

La Legislazione Penale

4
—
2014



Jovene editore

LA LEGISLAZIONE PENALE

Fondata da: Mario Chiavario e Tullio Padovani

Diretta da: Giovannangelo De Francesco - Alberto Gargani
Domenico Manzione - Enrico Marzaduri - Laura Scomparin

Direttore responsabile: Serena Quattrocolo

Comitato scientifico: Chiara Amalfitano - Donato Castronuovo - Francesco Cingari
Alberto di Martino - Luciano Eusebi - Benedetta Galgani - Mitja Gialuz - Ciro Grandi
Daniele Negri - Domenico Notaro - Serena Quattrocolo - Stefano Ruggeri
Giandomenico Salcuni - Paola Spagnolo - Antonio Vallini

Redattori: Serena Quattrocolo - Paola Spagnolo

Revisori: Marta Bargis - David Brunelli - Stefano Canestrari - Gilberto Lozzi
Francesco Mucciarelli - Guido Neppi Modona - Francesco Palazzo - Marco Pelissero
Domenico Pulitanò - Lucia Risicato - Metello Scaparone - Enzo Zappalà

La collaborazione alla Rivista è di volta in volta richiesta dalla Direzione. Le opinioni espresse nei singoli saggi impegnano esclusivamente la responsabilità dei rispettivi autori. Al fine di garantire ulteriormente il livello scientifico dei contributi, la Direzione di «LP» ha inoltre costituito un Comitato di Revisori, formato da qualificati esponenti della cultura giuridica italiana che, secondo le rispettive competenze, saranno chiamati a fornire in forma anonima le loro valutazioni, secondo una procedura tale da garantire trasparenza di criteri e autonomia di giudizi, sugli scritti di Autori non facenti parte della Direzione, da pubblicare nelle sezioni «Testi sotto obiettivo», «Commenti articolo per articolo», «Il punto su».

Amministrazione e pubblicità

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli - Italia
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87
website: www.jovene.it email: info@jovene.it

Condizioni di abbonamento: Italia € 182,00 - Estero: € 362,00

Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore:

- a) con versamento sul c.c. bancario IBAN IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento;
- b) a ricezione fattura; c) on line collegandosi al sito dell'Editore: www.jovene.it.

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore. I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Registrazione presso il Tribunale di Torino n. 2989 del 30 ottobre 1980.

Finito di stampare nel marzo 2015 - Ink Print Service - Napoli.

INDICE

Editoriale p.259

TESTI SOTTO OBIETTIVO

- Verso la chiusura degli O.p.g.: una svolta (ancora) solo annunciata? (d.l. 31.3.2014 n. 52, conv. in l. 30.5.2014 n. 81)*
Analisi di MARIA TERESA COLLICA » 261
- I recenti interventi dell'Unione Europea in materia di confisca post delictum e le ripercussioni sull'ordinamento italiano. Direttiva 2014/42/UE (in GUUE, L 127, 29.4.2014)*
Analisi di CARMINE LUCA VOLINO » 287
- Lo sport che non diverte: frode sportiva e violenza negli stadi ancora al vaglio del legislatore. D.l. 22.8.2014 n. 119, convertito con modificazioni in l. dalla l. 17.10.2014 n. 146 (d.l. 22.8.2014 n. 119 in GU 22.8.2014 n. 194; l. 17.10.2014 n. 146 in GU 21.10.2014 n. 245)*
Analisi di DOMENICO NOTARO » 305

COMMENTI ARTICOLO PER ARTICOLO

- D.l. 23.12.2013, n. 146, conv. in l. dalla l. 21.2.2014, n. 10 Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria (GU 23.12.2013, n. 300; 21.2.2014, n. 10)*
- Art. 1, *Per un'effettiva gradualità delle misure cautelari personali*
Commento di PAOLA SPAGNOLO » 334
- Novità in tema di procedimento di sorveglianza*
Commento di VALENTINA BONINI » 345
- Art. 2, *Il mutamento della natura giuridica del fatto di lieve entità*
Commento di GIUSEPPE TOSCANO » 351
- Art. 3, *Una crescita della tutela dei diritti del detenuto accompagnata dall'inserzione di svariate novità nella disciplina delle ipotesi applicative e del procedimento delle misure alternative*
Commento di ENRICO MARZADURI » 359
- Art. 4, *Liberazione anticipata e "riduzione controllata" del sovraffollamento carcerario*
Commento di PASQUALE BRONZO » 381
- Art. 5, *Commento redazionale* » 401

Art. 6, <i>L'espulsione dello straniero irregolare come alternativa alla detenzione</i>	
Commento di ANDREA CALLAIOLI	p. 404
Art. 7, <i>Una authority di cartapesta per i diritti dei detenuti</i>	
Commento di MASSIMO CERESA-GASTALDO	» 413
<i>Legge 28.4.2014, n. 67 Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili (GU 2.5.2014 n. 100)</i>	
Art. 1, <i>Diritto penale domiciliare e tenuità dell'offesa nella delega 2014</i>	
Commento di DAVID BRUNELLI	» 427
Art. 2, <i>La delega per la "riforma della disciplina sanzionatoria" nell'art. 2 l. 67/2014</i>	
Commento di PAOLO VENEZIANI e MATTIA CELVA	» 461
Art. 3, <i>Cronaca di un successo annunciato</i>	
Commento di ADRIANO MARTINI	» 486
Artt. 4-5-6, <i>La sospensione del processo con messa alla prova: sulla falsariga dell'esperienza minorile, nasce il probation processuale per gli imputati adulti</i>	
Commento di CLAUDIA CESARI	» 510
Artt. 7-8-9, <i>Il "tramonto" della contumacia e l'affermazione di un'assenza "multiforme"</i>	
Commento di ANNALISA MANGIARACINA	» 556
<i>La revoca del procedimento di sospensione: presupposti e cadenze</i>	
Commento di VALENTINA BONINI	» 592
Art. 10, <i>Dichiarazioni spontanee e recupero dei riti alternativi a favore dell'imputato assente nell'udienza preliminare</i>	
Commento di FRANCESCO MORELLI	» 606
Art. 11, <i>Addio alla contumacia: la disciplina delle impugnazioni</i>	
Commento di ANGELO ZAPPULLA	» 618
<i>Un istituto nuovo ed uno vecchio: la rescissione del giudicato e la restituzione nel termine</i>	
Commento di PAOLA SPAGNOLO	» 636
Art. 12, <i>Un caso di sospensione "a termine" della prescrizione</i>	
Commento di MARCO VENTUROLI	» 655
Artt. 13-14,15, <i>Profili essenziali di coordinamento normativo</i>	
Commento di VALENTINA BONINI	» 665
Art. 15-bis, <i>Un faticoso assetto intertemporale</i>	
Commento di SERENA QUATTROCOLO	» 669
 IL PUNTO SU...	
<i>Rilevanza penale degli atti amministrativi adottati nel vigore della legge c.d. Fini-Giovanardi</i>	
di GIUSEPPE TOSCANO	» 677
<i>Elenco collaboratori</i>	» 685

Il compito di scrivere questo editoriale non è certo lieve... Si tratta, infatti, di accompagnare l'ultimo fascicolo di LP, nella forma tradizionale che la rivista assunse, oltre trent'anni fa, grazie all'iniziativa lungimirante e appassionata di Mario Chiavario e Tullio Padovani.

In un'epoca in cui l'informazione, anche giuridica, era legata a ritmi e a strumenti ormai apparentemente superati, questa rivista è stata, innanzitutto, un mezzo di diffusione, precisa e capillare, delle novità legislative penali. Pur arricchendosi di rubriche sempre nuove, il cuore pulsante di LP sono risultati essere i commenti "articolo per articolo", che ci sembra abbiano accompagnato generazioni di operatori del diritto, lasciando una traccia nel tempo attraverso contributi di firme di rilievo. Sotto la guida meticolosa di Mario e di Tullio, gli Autori che hanno prestato la propria penna a LP si sono sempre distinti per aver arricchito la rivista di spunti critici e di acute riflessioni. Alle loro spalle, e con impegno non minore, molti (allora) giovani si sono avvicendati nella cura editoriale di LP, avendo la possibilità di imparare "sul campo" e a tutto tondo, il non semplice mestiere della "dottrina".

Pur avendoli affiancati nel tempo, non è stato facile per noi raccogliere, poco più di un anno fa, il testimone dalle mani dei fondatori, esausti per l'impegno incessante, profuso in questa avventura.

Nel frattempo, i tempi sono cambiati. L'editoria, anche quella giuridica, risente sempre più delle leggi del mercato, della mutata natura dell'informazione – ormai liquida, volatile – e dell'incessante necessità di "rinfrescare" (traducendo dal comando inglese di ogni browser) costantemente il patrimonio conoscitivo del lettore. Nonostante l'encomiabile impegno del nuovo Editore, la formula tradizionale di LP non può più rispondere alle esigenze di questa mutata realtà... Come direttori abbiamo dovuto prenderne definitivamente atto.

Ma qui, la malinconia per ciò che è stato lascia il posto all'entusiasmo per ciò che potrà essere. La consegna ricevuta da Mario e da Tullio è un patrimonio troppo prezioso per andar perduto e ci sembra oggi d'obbligo impegnarci con i nostri lettori a tentare di trasferire LP in una sfera nuova e diversa. Riportare la rivista al servizio delle necessità di coloro che l'hanno sempre consultata è una sfida non banale, né agevole. La dimensione digitale, con il pregio dell'elasticità e della tempestività, consentirà di mantenere in vita le parti salienti della rivista – ossia gli studi ragionati sulle norme, quelli che, insensibili alla fretta di incamerare nozioni, offrono speculazione sistematica e plusvalore scientifico – affiancandole a spazi nuovi, rivolti al confronto con le realtà straniere e, possibilmente, al recupero di una riflessione d'insieme sulle li-

nee generali di politica criminale, ormai improcrastinabile. Non banale, non agevole... non per questo impossibile.

A voi, naturalmente di giudicare, nel tempo, se ci saremo riusciti.

Vi diamo appuntamento, allora, questa volta, non al prossimo fascicolo, ma... sul web.

#idirettoridiLP#

**Verso la chiusura degli O.p.g.:
una svolta (ancora) solo annunciata?**
(d.l. 31.3.2014 n. 52, conv. in l. 30.5.2014 n. 81)

Analisi di MARIA TERESA COLLICA

SOMMARIO: 1. I limiti insuperabili degli O.p.g. – 2. Il lento processo di superamento degli O.p.g. – 3. Cosa cambia e cosa resta della disciplina degli O.p.g. – 4. Le norme penalistiche della legge n. 81/2014: il carattere sussidiario delle misure custodiali. – 5. (Segue) Le modifiche sull'accertamento della pericolosità sociale. – 6. (Segue) La determinazione del limite massimo della misura di sicurezza. – 7. Verso una terza fase del processo di superamento degli O.p.g.?

1. Con il d.l. 31.3.2014 n. 52, conv. in l. 30.5.2014 n. 81, contenente “*Disposizioni urgenti in materia di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*”, si è posto un nuovo tassello nel percorso normativo volto alla chiusura delle attuali strutture custodiali¹.

Sebbene l'immagine attuale degli O.p.g. non sia più quella di lombrosiana memoria, da anni si continua a discutere dell'anacronismo e dell'inadeguatezza della struttura².

Ufficializzato con il r.d. n. 260/1891 sul nuovo regolamento generale degli stabilimenti carcerari e dei riformatori³, il manicomio crimi-

¹ Per un commento della nuova legge, G.L. Gatta, *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli O.p.g. e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima*, in *www.penalcontemporaneo.it*, 6 giugno 2014; M. Pelissero, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *DPP* 2014, 918 ss.; F. Fiorentin, *La riforma sceglie tre linee guida fondamentali per coniugare salute del reo e libertà personale*, in *GD* 2014 (26), 19.

² Gli articoli da 469 a 480 del Regolamento contengono *Disposizioni speciali per i manicomi giudiziari, stabilimenti speciali per la repressione e cura dei condannati colpiti da alienazione mentale*. Particolarmente critici, tra gli altri, U. Fornari, *L'ospedale psichiatrico giudiziario. Alcune proposte di revisione*, *Fed. Medica*, XXXVIII/8, 1985, 861; U. Fornari, S. Coda, *Dall'ospedale psichiatrico giudiziario al territorio*, in *RIMed-Leg* 2001, 42 ss.; A. Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle «Finzioni giuridiche» alla «Terapia sociale»*, Torino 1997, 79 ss.; L. Monteverde, *La nozione di imputabilità penale*, in G. Ferrando, G. Visintini, *Follia e diritto*, Milano 2001, 201 ss. Riferimenti bibliografici anche in F. Sclafani, P. Di Ronza, *Bibliografia penitenziaria italiana 1975-1996*, in *RassPenitCrim* 1997, 3 ss. Nella giurisprudenza costituzionale C. cost. sent. n. 228/1999, in *FI* 1999, I, 3127 e in *CP*, 1999, 3068. Sull'evoluzione della misura, C.A. Romano, I. Saurgnani, *L'ospedale psichiatrico giudiziario oggi, tra ideologia e prassi*, in *RassCrim*. 2001, 496 ss.

³ Il primo manicomio fu istituito, però, già nel 1876 ad Aversa (Caserta) in una sezione della casa di pena per gli invalidi, ad opera del direttore delle carceri Beltrani

nale rimase per alcuni decenni un vero e proprio carcere, in cui confluivano i condannati, quindi imputabili, ma divenuti infermi durante l'espiazione della pena, gli imputati accusati con personalità difficili, ed i prosciolti per infermità di mente, destinati in sezioni apposite, non a fini di cura e di recupero, ma repressivi ed emarginanti.

Come è noto, il codice Zanardelli non prevedeva le misure di sicurezza, per cui il prosciolto folle, se pericoloso, era affidato all'autorità di Pubblica Sicurezza, che prevedeva provvisoriamente il ricovero in manicomio "in stato di osservazione". Successivamente, il presidente del Tribunale civile, "ad istanza del P.M. e assunte le opportune informazioni", ne ordinava il ricovero definitivo o la liberazione⁴.

La scelta in ordine all'internamento nel "manicomio giudiziario" era dunque rimessa al giudice civile, che poteva optare discrezionalmente per il ricovero definitivo, sostituirlo con l'affidamento del prosciolto a persona idonea ovvero decidere per la dimissione dal manicomio, ma chiaramente il tutto per ragioni prevalentemente repressive e di neutralizzazione del malato di mente pericoloso.

Neanche la trasformazione del manicomio in misura di sicurezza, operata dal codice Rocco, come strumento aggiuntivo o alternativo alla pena per gli autori di reato semi o non imputabili è riuscita a migliorarlo. Le intenzioni originarie del legislatore di farne una misura destinata alla prevenzione speciale e alla cura, fondata sulla pericolosità sociale, rispetto alla pena, finalizzata alla retribuzione e basata sulla colpevolezza, furono pertanto tradite. La prospettiva di un periodo obbligatorio di ricovero nel manicomio giudiziario, predefinito nel minimo, ma non nel massimo⁵, sulla base di una presunzione di pericolosità dell'infermo autore di reato, ha contribuito al mantenimento di un carattere prevalentemente carcerario dell'istituto. In particolare, negli anni, al termine del periodo minimo, salvo rari casi di revoca anticipata riservata al Ministro della Giustizia, la persona sottoposta a un nuovo giudizio di pericolosità, al perdurare del disturbo, è stata automaticamente riconosciuta ancora pericolosa e il ricovero protratto⁶, e ciò anche succes-

Scalia, con lo scopo, in realtà, di ospitare condannati "impazziti in carcere", i c.d. delinquenti impazziti. Per più ampi riferimenti sull'evoluzione storica dei manicomi criminali si rinvia a I. Cappelli, *Manicomio giudiziario*, in *ED*, XXV, 1975, 427 ss.; G. Russo, *Il manicomio giudiziario come luogo di trattamento per detenuti difficili*, in *RIMedLeg* 1982, 928; M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino 2008, 85 ss.

⁴ Così disponeva, precisamente, il d.P.R. 1.12.1889 n. 6509, contenente disposizioni di attuazione del codice penale.

⁵ La determinazione della durata minima del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario è regolata dall'art. 222 co. 2 Cp, tra 2-5-10 anni in rapporto alla pena massima prevista dalla legge per il reato commesso, valutato secondo il criterio della gravità astratta e tenuto conto di tutte le circostanze, aggravanti e attenuanti, incidenti sulla gravità del fatto e sulla pericolosità. Per cui al massimo edittale della pena prevista per il reato commesso va aggiunto il massimo aumento per ogni circostanza aggravante meno la minima diminuzione per ogni attenuante, salvo l'eventuale giudizio comparativo, ai sensi dell'art. 69 Cp.

⁶ Il binomio malattia mentale-pericolosità sociale, su cui si reggeva l'intera disciplina in materia, era, del resto, espressione della concezione fino ad allora domi-

sivamente al venir meno della presunzione della pericolosità sociale ad opera della Corte costituzionale con la sent. n. 139/1982. Di fatto, pertanto, la misura manicomiale, apparentemente protettiva, ha finito molte volte per trasformarsi in una condanna a vita, anche quando il reato commesso fosse di lieve entità.

La realtà degli ospedali psichiatrici giudiziari è rimasta da allora sostanzialmente immutata, conservando, salvo rare eccezioni affidate al buon senso degli operatori, le stesse caratteristiche del carcere.

Con la l. 13.5.1978 n. 180, nota come “legge Basaglia”, che ha abolito i manicomi civili, si è delineata una nuova considerazione della malattia psichica, che ha superato l'impronta custodialistica a favore di una risposta socio-sanitaria e farmacologica con la medicalizzazione dei servizi. I problemi del trattamento in O.p.g., tuttavia, rimasti fuori dalla riforma, sono da allora paradossalmente aumentati, anche perché le sezioni speciali degli ospedali, previste dalla stessa legge, cui sarebbero dovuti essere destinati i sofferenti psichici, non sono state realizzate, né sono stati garantiti validi servizi di cura sul territorio, col risultato che molti malati, giudicati non più pericolosi, sono stati affidati esclusivamente alle cure delle loro famiglie, oppure sono stati giudicati con una forzatura ancora pericolosi e trattenuti in istituto anche laddove sarebbe bastato un minimo di assistenza terapeutica per non esserlo più⁷. Inoltre, venuta meno la l. 14.2.1904 n. 36 sui manicomi e sugli alienati, in base alla quale l'autorità di polizia, di fronte alla commissione di piccoli reati, poteva anche rinunciare ad attivare l'azione penale e ricorrere ad una gestione medico-psichiatrica del soggetto, l'applicazione dell'O.p.g. è divenuta sempre maggiore. L'impronta riformista della legge Basaglia, in definitiva, non ha prodotto gli effetti sperati.

Parimenti, scarsa applicazione ha avuto la modifica introdotta nel 1989 con la riforma del codice di procedura penale, che in materia di misure cautelari ha previsto il ricovero in “*idonea struttura del servizio psichiatrico ospedaliero*”, adottando i provvedimenti necessari per prevenire il pericolo di fuga, ai sensi dell'art. 286 Cpp, al fine di limitare il ricorso all'O.p.g. nelle fasi preliminari del processo⁸. Previsione tradita da

nante della pazzia. Con l'avvento dello Stato borghese liberale si era affermata una concezione premoderna, ancestrale e teologico-sacrale della giustizia e della pena come espiazione, che si aggancia all'aggressività dell'individuo. Parallelamente, si era assistito al passaggio da una concezione mistica della follia ad una idea della devianza come pericolo dal quale difendersi. L'assoluta incapacità dell'infermo e la necessità del suo isolamento erano, all'epoca, convinzioni diffuse e comuni tanto alla psichiatria quanto alla società e al diritto.

⁷ Su questi aspetti v. L. Daga, *Ospedali psichiatrici giudiziari, sistema penale e sistema penitenziario: appunti sulla funzione dell'Opg*, in *RassPenCrim* 1985, 12 ss. Sull'influenza della disciplina attuale del trattamento sanzionatorio sulle scelte degli esperti in materia di accertamento della pericolosità sociale, sia consentito rinviare a M.T. Collica, *La crisi del concetto di autore non imputabile “pericoloso” del reato*, in A. Gaboardi, A. Gargani, G. Morgante, A. Presotto, M. Serraino (a cura di), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere*, Torino 2013, 280 ss.

⁸ G. Dell'Acqua, S. D'Autilia, *Abbandonare quei luoghi, abitare le soglie*, in *RI-MedLeg* 2013, 1361, che sottolineano come allorché nelle fasi preliminari del processo si presenti il bisogno di cure urgenti, dovrebbe intervenire il Dipartimento di salute

una prassi che, al contrario, ha portato ad un aumento del ricorso alla misura di sicurezza provvisoria in O.p.g. (art. 206 Cp).

Se pure negli anni siano quindi stati fatti passi avanti sul piano scientifico, avendo ormai i moderni studi della psichiatria e della psicologia minato lo stereotipo dell'infermo di mente pericoloso socialmente, imperante all'epoca dell'entrata in vigore del codice Rocco, e sia, peraltro, mutata la percezione sociale della malattia mentale, il trattamento degli autori di reato incapaci di intendere e di volere continua ad assumere ancora oggi una forte connotazione neutralizzatrice. Cosicché gli O.p.g. sono rimasti luoghi «peggiori del carcere, che vorrebbero evitare; peggiori del manicomio» da cui sono derivati⁹. La messa al bando della psichiatria custodialistica ed il superamento dei pregiudizi sul malato di mente non sono bastati a far prevalere una caratterizzazione della misura in chiave di cura e di risocializzazione, fondamentali per un trattamento sanzionatorio efficace.

Diversi gli ostacoli che lo hanno impedito, dalla stessa conformazione strutturale degli O.p.g., alle carenze croniche di risorse che hanno di fatto vanificato la funzione di cura degli internati.

Una forte criticità deriva, in particolare, dall'eterogeneità delle situazioni giuridiche e psichiatriche che confluiscono nelle strutture. Sotto il primo profilo, si ritrovano nello stesso istituto non solo gli autori di reato pericolosi, prosciolti per vizio totale di mente (*ex art. 222 Cp*), ma anche quelli che sono stati riconosciuti al momento del fatto semi imputabili per infermità di mente, cronica intossicazione da alcool o da stupefacenti, ovvero sordomutismo. L'originaria intenzione del legislatore che avrebbe voluto destinare i semi imputabili in strutture apposite, le case di cura e di custodia, non ha mai trovato attuazione, per cui sono stati ricondotti in sezioni apposite degli O.p.g. o direttamente mescolati insieme al resto degli internati. Confluiscono nelle strutture inoltre gli imputati provvisori in attesa di rinvio a giudizio, in considerazione di una presunta pericolosità sociale (artt. 206 Cp e 312 Cpp); i detenuti condannati in caso di infermità sopravvenuta durante l'esecuzione della pena (*ex art. 148 Cp*); gli internati con infermità sopravvenuta per i quali sia stato ordinato l'internamento in O.p.g. o nella casa di cura e di custodia (art. 212 Cp); i detenuti deficienti psichici (art. 111 d.P.R. 30.6.2000 n. 230, Regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario)¹⁰; infine i c.d. detenuti *osservandi*, dei quali deve essere accertata l'infermità psichica per un periodo non superiore a trenta giorni, che vengono trasferiti in O.p.g. in attesa di osservazione psichiatrica

mentale territorialmente competente e, se necessario, essere predisposto il ricovero nel servizio psichiatrico ospedaliero, eventuale piantonamento, oppure conduzione della persona agli arresti domiciliari.

⁹ G. Dell'Acqua, S. D'Autilia, *Abbandonare*, cit., 1356.

¹⁰ Si tratta di una categoria particolarmente controversa, riguardando soggetti considerati imputabili e quindi condannati, ma che presentano al momento del fatto una patologia psichiatrica tale da sconsigliarne la permanenza in un istituto ordinario, ma non così grave da richiedere il riconoscimento dell'incapacità di intendere e di volere.

(art. 112 co. 2 d.P.R. 230/2000, Regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario).

Sul piano psichiatrico, poi, le diverse tipologie di disturbi diagnosticati negli internati, sotto il profilo strutturale e psicodinamico, sono talmente tante e tali, che una sintesi è di difficile ricostruzione.

Tutto questo ha portato gli esperti del settore, giuristi e psichiatri, ma anche esponenti impegnati nel mondo dell'associazionismo, a potere sancire il "fallimento" della misura¹¹, sì da dichiarare la necessità di un suo "superamento".

2. Nel processo di superamento dell'O.p.g. è possibile individuare due diversi momenti: uno riguardante gli interventi che hanno modificato la disciplina originaria, particolarmente rigida, del codice Rocco, pur senza mettere in discussione l'esistenza della struttura; e un secondo, più recente, volto, invece, quantomeno a trasformarne radicalmente le modalità esecutive se non proprio a cancellarne l'esistenza.

La prima fase si è avviata in realtà dopo una prolungata paralisi, con la l. 26.7.1975 n. 354, sulla riforma dell'ordinamento penitenziario, che ha comportato però solo un adeguamento formale della struttura custodialistica alle nuove conoscenze psichiatriche, stabilendo, all'art. 62, un "mutamento delle etichette", con la scomparsa della denominazione di "manicomio giudiziario" e la sua sostituzione con quella di "ospedale psichiatrico giudiziario".

La già citata l. 180/1978 sull'abolizione dei manicomi comuni¹², se pure ha posto le basi per un ripensamento generale dell'infermo di mente e del disturbo mentale, non ha coinvolto, come detto, i manicomi giudiziari, finendo addirittura per potenziarli indirettamente e per creare una diversificazione di trattamento tra malati di mente e malati di mente autori di reato, da alcuni ancora oggi contestata.

Un impulso riformatore della disciplina codicistica dell'infermità mentale, orientata in senso positivistico, è venuto negli anni in particolare dalla Corte costituzionale. In alcuni casi, è vero, la Consulta ha dovuto riconoscere l'infondatezza o l'inammissibilità delle questioni al suo vaglio, ora perché, posta davanti a richieste volte a produrre effetti puramente ablatori, ha temuto l'*horror vacui*, ora in quanto coinvolta in un giudizio che, anziché vertere sull'adeguatezza della disciplina normativa, si concretava sull'adeguatezza fattuale delle strutture di ricovero¹³ (pro-

¹¹ In questo senso, da ultimo G.L. Gatta, *Aprite le porte agli internati!*, cit., 1.

¹² Nel 1978 due referendum abrogativi riguardarono la materia in esame. Il primo coinvolgeva alcuni articoli del codice Rocco riguardanti l'ospedale psichiatrico giudiziario, ma fu ritenuto inammissibile dalla Corte costituzionale; il secondo, relativo alla legge sui manicomi civili del 1904, fu evitato proprio con la l. 180/78, approvata con urgenza. Nello stesso periodo, un importante intervento legislativo fu l'attribuzione del potere di revoca anticipata della misura dell'O.p.g. al Magistrato di sorveglianza, anziché al Tribunale di sorveglianza. Si trattò, invero, di un ritorno alla disciplina precedente alla l. 354/75, che, con l'attribuzione del potere di revoca anticipato alla Sezione di Sorveglianza, ne aveva reso la concessione più difficile.

¹³ Valga come esempio T. Caltanissetta, ord. 7.7.1999, in cui si faceva derivare l'inidoneità dell'ospedale psichiatrico giudiziario ad assicurare il trattamento terapeu-

filo che esulava dalle competenze della Corte¹⁴). In altre occasioni ha assunto, invece, un ruolo determinante nel processo di superamento dell'O.p.g. Inizialmente con le sentenze nn. 139/1982 e 249/1983, che hanno eliminato uno degli aspetti più criticabili dell'O.p.g.: la presunzione, prevista dalla legge, della pericolosità sociale dell'autore del reato incapace¹⁵. Successivamente si è pervenuti alla caducazione della norma rispetto ai minori infermi di mente e al riconoscimento del contrasto dell'automatismo del ricovero in O.p.g. del minore totalmente incapace, ex art. 222 Cp, rispetto ai principi costituzionali, di cui agli artt. 2, 3, 27 e 32 Cost.¹⁶, in base ai quali è necessario prendere in considerazione le esigenze peculiari della minore età nell'ambito del trattamento sanzionatorio da riservare ai medesimi¹⁷.

tico opportuno da una carenza di natura strettamente organizzativa, quale è la mancanza di operatori.

¹⁴ In questo senso, C. cost., sent. n. 139/1982; C. cost., sent. n. 333/1994; C. cost., sent. n. 396/1994; C. cost., sent. n. 111/1996; C. cost., sent. n. 324/1998; C. cost., sent. n. 228/1999; C. cost., ord. n. 88/2001, nelle quali si ribadisce la propria incompetenza ad adottare interventi additivi di revisione della disciplina delle misure di sicurezza, riservati all'esclusiva competenza del legislatore. Talvolta, però, la Corte non ha mancato di manifestare il proprio dissenso circa il trattamento penale riservato agli autori di reato infermi di mente (C. cost., sent. n. 111/1996) arrivando ad indicare, nei limiti del possibile, soluzioni pratiche adeguate o addirittura segnalando l'esigenza di una "attenta revisione" dell'intera disciplina dell'applicazione delle misure di sicurezza (C. cost., sent. n. 228/1999, cit.).

¹⁵ La Corte costituzionale aveva già riconosciuto l'illegittimità costituzionale della presunzione di pericolosità del minore non imputabile (v. C. cost., 20.1.1971 n. 1, in *GCos* 1971, con nota di G. Vassalli, *La pericolosità presunta del minore non imputabile*) e ammise in seguito l'illegittimità anche della presunzione di pericolosità del seminfermo (v. C. cost., 28.7.1983 n. 249, in *GCos* 1983, 1498). A risolvere il problema in radice è intervenuto il legislatore con l'art. 31 l. 10.10.1986 n. 663, più nota come legge Gozzini, che ha abrogato tutte le presunzioni di pericolosità previste dal codice penale, sia quelle di pericolosità qualificata, sia quelle connesse a certi tipi di reati, sia le presunzioni nei confronti dei portatori di vizio totale o parziale di mente. Da quel momento in avanti, quindi, l'applicazione della misura di sicurezza è stata subordinata al previo accertamento della pericolosità sociale dell'agente da parte del Magistrato di Sorveglianza, sulla base delle circostanze di cui all'art. 133 Cp, cui rinvia l'art. 203 Cp.

¹⁶ C. cost., sent. n. 324/1998, cit., in cui si chiarisce che il «trattamento penale dei minori deve essere improntato, sia per quanto riguarda le misure adottabili, sia per quanto riguarda la fase esecutiva alle specifiche esigenze proprie dell'età minorile». Sul complesso tema dell'imputabilità del minore v., fra gli altri, G. Panebianco, *Il sistema penale minorile. Imputabilità, pericolosità ed esigenze educative*, Torino 2012; D. Pulitanò, *La giustizia minorile: dopo una battaglia vinta, quali prospettive?*, in *LP* 2004, 186 ss.

¹⁷ A seguito della richiamata sentenza, la Cassazione (per tutte, Cass. 19.5.1999, in *CP* 2001, 1485 ss., con nota di G. Casaccia, *Sull'applicazione di una misura di sicurezza al minore infermo di mente*) ha poi preferito applicare la misura del riformatorio giudiziario, ritenuta più idonea a soddisfare istanze di contenimento della pericolosità del minore, in considerazione delle modalità di esecuzione della misura stessa, specie alla luce delle modifiche apportate dal d.P.R. 22.9.1988 n. 448 (l'art. 36, co. 2 d.P.R. n. 448/88 prevede, infatti, che la misura del riformatorio giudiziario va eseguita nelle forme dell'art. 22 dello stesso decreto, disciplinante le forme e le modalità della misura cautelare del collocamento in comunità). In quell'occasione si è, inoltre, riconosciuto che la cura della malattia mentale deve attuarsi prevalentemente in strutture extraospedaliere.

Ancora più incisivamente la Corte è intervenuta in materia di trattamento sanzionatorio applicabile agli adulti infermi di mente autori di reato, con la storica sentenza n. 253/2003, che ha finalmente dichiarato l'illegittimità dell'art. 222 Cp nella parte in cui non consentiva al giudice di adottare, nei riguardi del soggetto proscioltosi per infermità psichica e giudicato socialmente pericoloso, in luogo del ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, tra quelle previste dalla legge, «idonea a soddisfare contemporaneamente le esigenze di cura dell'infermo di mente con quelle di controllo della sua pericolosità sociale»¹⁸.

L'automatismo del ricovero in O.p.g. è apparso irrazionale, in riferimento agli artt. 3 e 32 Cost. In particolare, il contrasto con l'art. 3 Cost., è emerso dalla disparità di trattamento in cui si veniva a trovare il maggiorenne affetto da vizio totale di mente e giudicato socialmente pericoloso, al quale era "imposta" la misura di sicurezza del ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario, come unica soluzione possibile, rispetto al minore non imputabile o al seminfermo pericolosi socialmente, cui potevano invece essere applicate, rispettivamente, la misura del riformatorio giudiziario e della libertà vigilata (artt. 224 e 232 co. 1 e 2 Cp) e del ricovero in una casa di cura e di custodia (art. 219 Cp), di "più soddisfacente" valenza terapeutica¹⁹. L'irrazionalità della disciplina nasceva dunque dalla rigidità dei criteri adottati dal legislatore per l'applicazione della misura del ricovero in O.p.g. da destinare al maggiorenne totalmente incapace e socialmente pericoloso, retaggio di una vera e propria presunzione di maggiore pericolosità dei soggetti affetti da vizio totale di mente rispetto ai seminfermi o al minore non imputabile, la quale non trovava, però, da tempo, nella realtà alcun supporto scientifico giustificativo.

In relazione all'art. 32 Cost.²⁰, inoltre, la scelta "obbligata" del ricovero segregante in O.p.g. poteva finire per risultare non adeguata alle condizioni cliniche dell'imputato e contrastare con l'obiettivo del suo recupero. Ciò premesso, sulla base delle acquisizioni derivanti dalla mo-

¹⁸ Un «plauso nell'ottica psicopatologico forense» alla sentenza è stato espresso da I. Merzagora Betsos-Martelli, *I cascami del Positivismo: ancora su ospedali psichiatrici giudiziari e pericolosità sociale*, in *RI MedLeg* 2003, 1149. Cfr. anche A. Famiglietti, *Verso il superamento della "pena manicomiale"*, in *GCos* 2003, 2118 ss.; F. Minniti, *La Consulta apre la strada a misure più flessibili rispetto all'Opg. Malattia psichica e giustizia, un problema irrisolto*, in *D&G* 2003 (32), 46 ss.; F. Della Casa, *La Corte costituzionale corregge l'automatismo del ricovero provvisorio nella struttura manicomiale promuovendo la libertà vigilata al rango di alternativa*, in *GCos* 2004, 3398. Per un commento a caldo della sentenza sia consentito rinviare anche a M.T. Collica, *Ospedale psichiatrico giudiziario: non più misura unica per l'infermo di mente adulto e pericoloso*, in *DPP* 2003, 300 ss.

¹⁹ L'esclusione della misura di sicurezza detentiva dell'O.p.g. era stata esclusa per i minori dalla Corte costituzionale già con la sent. 24.7.1998, n. 324, in *GCos* 1998, 2362 e in *FI* 1999, I, 763, con nota di G. Di Chiara.

²⁰ Sul contrasto tra l'ospedale psichiatrico giudiziario e l'art. 32 Cost. v. T. Padovani, *L'ospedale psichiatrico giudiziario e la tutela costituzionale della salute*, in F. Busnelli, U. Breccia (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano 1978, 235 ss.; A. Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzioni*, cit., 89 ss.

derna scienza psichiatrica, l'esigenza di valutare le peculiari condizioni del soggetto agente è apparsa alla Consulta della medesima consistenza tanto per il minore quanto per l'adulto incapaci. Né esigenze di difesa della collettività sono apparse sufficienti a giustificare una misura come l'O.p.g., se in concreto lesiva della salute del paziente²¹. Cura e controllo dell'infermo – chiarisce la Corte – devono stare in perfetto equilibrio, mentre l'obbligatorietà del ricovero in O.p.g. risponde solo ad esigenze di difesa sociale. Ne deriva che le misure di sicurezza per gli infermi di mente incapaci devono muoversi necessariamente tra queste polarità, cura e tutela del sofferente psichico, da un lato, e contenimento della sua pericolosità, dall'altro. Una soluzione che invece persegua solo una di queste due esigenze si rivela costituzionalmente inammissibile.

La sent. n. 253/2003 ha aperto un primo varco verso possibili alternative all'obbligatorietà del ricovero in O.p.g., suggerendo tra le misure in astratto applicabili la libertà vigilata, giudicata capace di soddisfare al contempo esigenze di cura dell'infermo e di controllo della sua pericolosità sociale²². L'opzione a favore della libertà vigilata ha segnato una svolta decisiva nel senso della finalità di cura della persona e nello stesso tempo, dovendo il giudice accompagnare questa misura con opportune prescrizioni, dal contenuto atipico²³, si è consentito un giusto recupero delle istanze di difesa²⁴.

²¹ Nello stesso senso, C. cost., sent. n. 258/1994; C. cost., sent. n. 118/1996, in *FI* 1996, I, 2326, con nota di G. Ponzanelli.

²² La scelta sarebbe potuta ricadere pure sull'assegnazione ad una casa di cura e di custodia, evidentemente però ritenuta inadeguata allo scopo in quanto ancora eccessivamente restrittiva. Il ricorso alla misura di cui all'art. 219 Cp non avrebbe cioè mutato di molto il quadro normativo originario, presentando in sostanza problemi analoghi, se non identici, al ricovero in O.p.g. Si tratta, in effetti, del ricovero presso reparti situati all'interno degli stesso ospedali psichiatrici giudiziari. Per queste valutazioni v. anche l'ordinanza 30.7.2003 T. Crotone, in *GMer*, 2003, 2195, che costituisce una prima applicazione giurisprudenziale della sentenza in commento. In dottrina v. ancora A. Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, cit., 105 ss. Ancora una volta, in altri termini, l'assegnazione ad una casa di cura e di custodia avrebbe significato il sacrificio della tutela effettiva della salute dell'infermo, in nome di una totalizzante esigenza di difesa sociale.

²³ Il codice vigente, a differenza di quello abrogato, si limita, infatti, ad imporre "prescrizioni idonee a prevenire occasioni di nuovi reati", consentendo di individualizzare il provvedimento.

²⁴ Si pensi, ad esempio, all'obbligo di una costante informazione da parte degli organi di Pubblica Sicurezza deputati al controllo dell'infermo all'Autorità Giudiziaria per consentire i provvedimenti conseguenti. Paventano, tuttavia, la possibilità che attraverso l'elasticità delle prescrizioni si arrivi all'introduzione surrettizia di nuove tipologie di misure di sicurezza, in violazione del principio di legalità, M. Minniti, F. Minniti, *I disabili mentali, i giudici e la comunità: resta il nodo delle misure di sicurezza*, in *D&G* 2004 (46), 14. Va sottolineato, però, come per questa via si arrivi ad uno snaturamento della misura della libertà vigilata, fatta poggiare, tradizionalmente, sul presupposto della capacità di autodeterminazione del soggetto destinatario, come comproverebbero, fra gli altri, gli artt. 190 NAttCp, 212 co. 4 e 231 Cp. Gli articoli richiamati configurano, infatti, prescrizioni che presuppongono la capacità del destinatario della misura di autodeterminarsi, nonché la capacità di scelta e di libertà di movimento. Si pensi, ad esempio, all'obbligo di conservare la "carta precettiva" delle prescrizioni e di presentarla alla richiesta dell'autorità o a quello di non trasferire la

Sulla scia della sent. del 2003, la Corte è tornata a incidere sulla disciplina del trattamento sanzionatorio degli infermi di mente giudicati pericolosi socialmente con la sent. n. 367/2004²⁵, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 206 Cp (*Applicazione provvisoria delle misure di sicurezza*), nella parte in cui non consente al giudice di disporre, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o della casa di cura e di custodia, una misura di sicurezza non detentiva, prevista dalla legge, idonea ad assicurare alla persona inferma di mente cure adeguate e a contenere la sua pericolosità sociale. Sarebbe stato, del resto, «irragionevole precludere al giudice l'applicazione in via provvisoria di una misura non detentiva consentita invece in via definitiva»²⁶. Si è riconosciuto che l'applicazione automatica della misura segregante come unica soluzione possibile viola il principio di ragionevolezza e, di riflesso, il diritto alla salute, tanto nella fase avanzata della conclusione del processo, quanto e "a maggior ragione", in quella anticipata dell'applicazione di eventuali misure cautelari.

Le modifiche fin qui richiamate hanno posto le basi per una rimeditazione più coraggiosa sugli O.p.g., da parte del legislatore, che caratterizza la seconda fase del loro processo di superamento. A partire dal 2008, infatti, si sono succeduti in tempi ravvicinati molteplici interventi normativi di rango diverso.

In particolare, in data 1.4.2008 è stato emanato il d.p.c.m.²⁷, in attuazione del d.lgs. 22.6.1999 n. 230, che ha trasferito la competenza delle funzioni sanitarie in ambito penitenziario (adulti e minori e O.p.g.) dal Ministero della Giustizia al Servizio Sanitario Nazionale. In tal modo, le responsabilità della loro gestione sono passate alle regioni di appartenenza²⁸, mentre all'amministrazione penitenziaria restano solo compiti organizzativi o di raccordo. Il decreto ha previsto tre fasi per il superamento degli O.p.g. In un primo stadio si sarebbe dovuto procedere ad uno "snellimento" degli internati nei casi di diminuita o cessata pericolosità sociale, da un lato, con il trasferimento dei detenuti in art. 148 Cp (*Sopraggiunta infermità psichica del condannato*) e delle c.d. osservazioni psichiatriche, ex art. 112 d.P.R. 230/2000, "nelle sezioni di cura e riabilitazione, all'interno delle carceri", cui si doveva dare al contempo attuazione;

propria residenza o dimora senza autorizzazione del magistrato di sorveglianza, tutte regole la cui violazione integra, tra l'altro, il reato di cui all'art. 231 Cp. Dall'altro lato, però, si tratta di un'applicazione evolutiva della misura medesima, resa necessaria da una interpretazione costituzionalmente orientata della normativa vigente e corrispondente alla convinzione, sempre più diffusa, che la terapia più efficace impone in determinati casi la custodia in istituzioni aperte.

²⁵ V. DPP 2005, 425 ss., con commento di F. Triulzi, e in D&G 2004, (46), 14 ss., con nota di M. Minniti, F. Minniti, *I disabili mentali*, cit., 12 ss. La relativa ordinanza di remissione del 13.10.2003 è stata sollevata dal G.i.p. T. Roma ed è pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 49, 1ª serie speciale, 2003.

²⁶ V. C. cost., sent. 367/2004, cit.

²⁷ L'allegato c) del d.p.c.m. pubblicato sulla G.U. n. 126 del 30.5.2008, contiene le *Linee di indirizzo per gli interventi negli ospedali giudiziari (OPG) e nelle case di cura e di custodia*.

²⁸ Per completezza deve constatarsi che la Regione Sicilia non ha ancora recepito il d.p.c.m.

e, dall'altro, dimettendo dagli O.p.g. i prosciolti *ex art.* 222 Cp, alla fine della misura di sicurezza, se le regioni si fossero attivate con programmi specifici a garantirne il reinserimento nel territorio di provenienza. Nella seconda fase, si sarebbe dovuto procedere all'aggregazione dei pazienti giudiziari delle regioni limitrofe alla regione dove ha sede l'O.p.g., sì da avviare un percorso di territorializzazione degli internati e consentire un ravvicinamento degli stessi alle zone di provenienza²⁹.

È inutile osservare come la maggior parte delle prescrizioni sia rimasta lettera morta o abbia ricevuto un'applicazione solo parziale. Le molteplici denunce che ne sono seguite hanno portato alla costituzione della Commissione parlamentare d'inchiesta sull'efficacia ed efficienza del Servizio Sanitario Nazionale, presieduta dall'On. Ignazio Marino ed alla Relazione³⁰ sulla grave situazione degli O.p.g. italiani emersa dalle ispezioni ministeriali³¹. Sull'onda emotiva dei sequestri di alcune aree delle strutture che hanno fatto seguito alle ispezioni, e del forte monito lanciato dal Presidente della Repubblica (in occasione di un Convegno sulla Giustizia prima, e ribadito nel discorso di fine anno, dopo, in cui parlò di "estremo orrore" per definire la realtà degli O.p.g. italiani), la questione venne affrontata dal Governo Monti con un provvedimento d'urgenza in sede di conversione del d.l. 22.12.2011 n. 211, recante misure per combattere il sovraffollamento carcerario, attraverso un emendamento volto ad inserire nel testo legislativo l'allora art. 3-*bis* recante "*Disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari e per la realizzazione dell'utilizzo delle risorse del Servizio sanitario nazionale e dell'Amministrazione penitenziaria*". L'emendamento è stato votato dal Senato, con alcune modifiche, ed il decreto è stato convertito dalla Camera nella l. 14.2.2012 n. 9³².

Con l'art. 3-*ter*³³, si sono concluse le fasi del percorso di superamento degli O.p.g. tracciate dal d.p.c.m. del 2008, decretando la chiu-

²⁹ In particolare la Sede di Montelupo deve accogliere i pazienti di Toscana, Sardegna, Lazio, Umbria; quella di Aversa, Campania, Abruzzo, Molise, Basilicata e Puglia, quella di Barcellona Pozzo di Gotto, Sicilia e Calabria; Castiglione delle Stiviere, Liguria, Lombardia, Piemonte e valle d'Aosta, quella di Reggio Emilia, Veneto, Emilia Romagna, Trentino Alto Adige, Friuli Venezia Giulia e Marche.

³⁰ *Relazione sulle condizioni di vita e cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari*, approvata dalla Commissione nella seduta del 20 luglio 2011, XVI Legislatura, Doc. XXII-*bis*, n. 4, 12 e s.

³¹ Le ispezioni hanno portato al sequestro della "sala contenzioni" e di parte della "sezione Ambrogiana" di Montelupo Fiorentino e del sequestro della sala contenzioni e del reparto I di Barcellona Pozzo di Gotto nel luglio 2011.

³² Per un primo commento, G. Barrocu, *Tra modifiche e nuove disposizioni il decreto "svuota carceri" diventa legge*, in *SI* 2012, 971 ss.; C. Fiorio, *Sovraffollamento carcerario e tensione detentiva (commento al d.l. 22.12.2011, n. 211 convertito in l. 17.2.2012, n. 9)*, in *DPP* 2012, 409 ss. Cfr. pure G.L. Gatta, *La riforma degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *www.treccani.it*; G. Valvo, *Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: la delicata attuazione dell'art. 3-ter D.L. 211/2011*, in *www.penalecontemporaneo.it* (21.11.2012); F. Della Casa, *Basta con gli OPG! La rimozione di un fossile vivente quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *RIDPP* 2013, 64 ss.

³³ La rubrica dell'articolo definitivo s'intitola "*Disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*".

sura degli O.p.g. entro la data del 31.3.2013 e la loro sostituzione con strutture più piccole, le c.d. “Rems”, ad esclusiva gestione sanitaria, ma con attività perimetrale di sicurezza e vigilanza esterna, se necessaria, per la realizzazione delle quali la stessa legge ha disposto finanziamenti specifici³⁴. È ormai noto, tuttavia, come quella data sia stata fatta slittare nel frattempo ben due volte: la prima, con l’art. 1 d.l. 25.3.2013 n. 24, convertito nella l. 23.5.2013 n. 57, al 1.4.2014, tenuto conto che non si erano verificate le condizioni stabilite dalla legge n. 9/2012 per definire il percorso di chiusura; la seconda, per le stesse ragioni, al 31.3.2015³⁵, proprio ad opera della l. 81/2014, che qui si commenta.

La normativa del 2014, tuttavia, è molto più di una proroga,: essa incide, infatti, su alcuni punti nevralgici della disciplina delle misure di sicurezza, tanto da legittimarne la qualificazione addirittura come “riforma epocale”³⁶.

3. A differenza di quanto il titolo della nuova legge potrebbe fare pensare, facendo riferimento al “superamento” degli O.p.g., è bene chiarire subito che anche con l’ultima novella non si decreta la fine degli O.p.g., ma più semplicemente si apporta una modifica alle modalità esecutive della misura, con particolare riguardo al luogo fisico in cui l’internamento dovrà essere eseguito al maturare della scadenza dell’ultima proroga.

Può anticiparsi sin d’ora, tuttavia, come alcune novità normative relative ai criteri di applicazione della misura, a partire dalla modifica del presupposto soggettivo di applicazione della misura di sicurezza, all’eliminazione dell’indeterminatezza della durata dell’internamento, sembrano destinate ad assumere una rilevanza e un impatto applicativo dirompente nel nostro sistema penale.

La l. 81/2014 contiene importanti novità sul piano amministrativo, per comprendere le quali è bene soffermarsi preliminarmente sulle caratteristiche che dovrebbero avere le nuove strutture di gestione sanitaria, introdotte dalla l. 9/2012, in cui dover trasferire gli internati degli O.p.g. Maggiori dettagli sulla loro consistenza erano stati affidati all’adozione di un decreto di natura non regolamentare³⁷ del Ministero della

³⁴ Sono stati previsti 120 milioni di euro per il 2012, 60 milioni di euro per il 2013, destinati alla riconversione delle strutture, oltre a 38 milioni di euro destinati agli oneri di gestione delle attività ad esse legate per il 2012 e altri 55 milioni di euro per il 2013.

³⁵ In realtà, la legge pone all’1.2.2013 il termine per il completamento del processo di superamento degli O.p.g. e fissa al 31.3.2013 la data dalla quale le misure del ricovero negli O.p.g. o nelle Case di cura e di custodia debbano essere eseguite esclusivamente nelle nuove strutture sanitarie.

³⁶ Parla invece di «vocazione minimalista» dell’intervento legislativo, ma avvertendo nello stesso tempo che sarebbe «riduttivo leggere la riforma semplicemente come una revisione delle concrete modalità di esecuzione della misura di sicurezza dell’O.p.g.», G. Dodaro, *Ambiguità e resistenze nel superamento dell’OPG in regione Lombardia: verso l’“istituzionalizzazione ospedaliera” del malato di mente autore di reato*, in *RIMedLeg* 2013, 1388.

³⁷ Si tratta del decreto interministeriale dell’1.10.2012.

Salute, di concerto con il Ministero della Giustizia e di intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano³⁸, che ne ha specificato, nell'allegato A), i requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi. Il decreto ha avuto il merito di aver dissipato il rischio, paventato da alcuni, che nella realizzazione e gestione delle strutture sanitarie potessero inserirsi anche imprenditori privati³⁹, limitando invece tale possibilità al Servizio Sanitario Regionale e delle province autonome di Trento e Bolzano, nonché per la parte assistenziale al Dipartimento di salute mentale territorialmente competente, nel rispetto di quanto previsto negli allegati A e C del citato decreto interministeriale.

Fra i vari requisiti previsti, merita attenzione la fissazione del numero massimo di pazienti da ospitare in venti unità provenienti di norma dal territorio regionale di ubicazione delle stesse strutture, prevedendosi finanche gli spazi abitativi delle singole residenze⁴⁰. Per la gestione delle residenze si è stabilita la necessaria dotazione del personale sanitario, indicando il numero dei medici, professionalità e la presenza minima di personale durante le ore notturne⁴¹. Non si è, peraltro, ancora intervenuti sugli aspetti organizzativi del lavoro, che deve fondarsi sui principi della *governance* clinico-assistenziale⁴².

Nonostante ripetute integrazioni normative della l. 9/2012, restano ancora oggi poco chiari alcuni aspetti delle Rems, tra cui la gestione della "sorveglianza".

Il decreto interministeriale stabilisce che le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, ferma restando la gestione sanitaria, "possono" implementare e diversificare le misure già indicate al suo in-

³⁸ L'affidamento di importanti integrazioni della disciplina prevista dalla legge del 2012 attraverso il ricorso ad una norma secondaria come il decreto è stata, in realtà, criticata, a causa del mancato rispetto della riserva di legge sancita dall'art. 13 Cost. che attribuirebbe solo alla fonte primaria la possibilità di incidere sulle modalità restrittive della libertà personale. Cfr. sul punto, G. Valvo, *Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., 5 s.

³⁹ G. Valvo, *op. ult. cit.*; M. Perrone, *Ospedali psichiatrici giudiziari: le nuove strutture affidate anche al privato*, in *www.sanita.ilsole24ore.com*, 28 febbraio 2013.

⁴⁰ Le camere dovranno essere preferibilmente a uno o due posti letto, fino ad un massimo di quattro. In ogni camera deve essere presente un bagno con doccia separata. Prescrizioni sono contenute anche in relazione ai locali comuni e a quelli destinati allo svolgimento dell'attività sanitaria, e ad uno spazio verde destinato esterno dedicato ai soggetti ospiti nella residenza.

⁴¹ Il personale che deve organizzarsi in forma di équipe di lavoro multi professionale deve comprendere 2 medici psichiatri, 12 infermieri, 6 OSS, 1 psicologo, 1 educatore o terapeuta della riabilitazione psichiatrica, 1 assistente sociale. Responsabile dell'équipe è un medico dirigente psichiatra. Lamenta l'esiguità della componente destinata alla riabilitazione, rispetto a quella medica, L. Venchiaruti, *Superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: profili civilistici*, in *RIMedLeg* 2013, 1381.

⁴² Le organizzazioni sanitarie, in particolare, devono impegnarsi per il miglioramento continuo della qualità dei servizi e del raggiungimento di standard assistenziali elevati. Gli strumenti del governo clinico devono essere le linee guida professionali e i percorsi assistenziali, nonché le procedure scritte che ogni residenza dovrà adottare nell'ambito delle direttive dei DSM, le cui tematiche minime sono indicate nello stesso allegato a) del decreto.

terno, rapportandole alle differenti caratteristiche psicopatologiche dei ricoverati. Nello specifico, la sorveglianza interna potrà essere garantita con una dotazione tecnologica delle strutture, attraverso sistemi di sicurezza congrui rispetto alla missione delle strutture stesse quali sistemi di chiusura delle porte interne ed esterne, sistemi di allarme, telecamere, nel rispetto delle caratteristiche sanitarie e dell'intensità assistenziale. Tra le tematiche che le procedure scritte dovranno affrontare, tra l'altro il decreto inserisce anche quella relativa alle "modalità di attivazione delle Forze dell'Ordine, nelle situazioni di emergenza attinenti alla sicurezza".

Non manca chi ha criticato la genericità di queste indicazioni, paventando il rischio che si possano così riproporre le condizioni di costringimento e di limitazione della libertà di movimento dei pazienti che da anni vengono contestate da molti esperti del settore⁴³. In realtà maggiore chiarezza sui comportamenti che i medici potranno adottare nei casi problematici, sarebbe stata opportuna. Così come pure sulla possibilità di applicare o meno i T.S.O.⁴⁴. Ancora più controversa la questione della sicurezza esterna, che il decreto demanda, senza ulteriori specificazioni, "ove necessario" ad appositi accordi⁴⁵ rimessi alle volontà delle regioni e delle Prefetture per definirne le modalità, dopo avere chiarito che le competenze non appartengono né al Servizio Sanitario Nazionale né alla polizia penitenziaria⁴⁶.

Altrettanto problematica l'assenza di norme più esplicite circa la necessità di una differenziazione delle residenze in base alle diverse caratteristiche psicopatologiche degli infermi. In questo senso, gioverebbe una più stringente indicazione normativa. È evidente, infatti, che le caratteristiche strutturali e le competenze professionali dovrebbero essere tarate proprio su questo aspetto, tenuto sempre conto del principio di territorialità.

⁴³ Così F. Rotelli, *I nuovi vestiti degli Ospedali psichiatrici giudiziari*, in www.stopopg.it/node/224, 27 gennaio 2012; G. Dell'Acqua, *Lettera aperta di Peppe dell'Acqua*, in www.newsforumsalutementale.it, 12 maggio 2014. Interessante appare il programma che la Regione Lombardia ha attuato sulla sicurezza all'interno delle Rems, puntando oltre che alla "sicurezza fisica", attraverso misure volte ad impedire le fughe e i comportamenti auto lesivi dei pazienti (ad es. delimitazioni perimetrali, allarmi, telecamere, chiusura delle porte, vetri antisfondamento, ecc.), anche sulla "sicurezza procedurale", garantita, ad esempio, dalla selezione del personale, dal giusto rapporto di quantitativo tra il personale e il numero dei pazienti, dal tipo e dalla frequenza dell'osservazione, ma soprattutto sulla "sicurezza relazionale", indicata come la "più importante", e cioè sulla capacità del personale sanitario di riconoscere le situazioni di rischio dai comportamenti inadeguati dei pazienti. Per maggiori riferimenti: G. Dodaro, *Ambiguità*, cit., 1395.

⁴⁴ La questione è in realtà controversa, poiché secondo un indirizzo interpretativo, l'internato nelle residenze è di per sé nelle condizioni di subire un trattamento obbligatorio, senza che ciò debba essere deciso dal magistrato di sorveglianza.

⁴⁵ Particolarmente critici per il mancato raccordo di queste previsioni di formazione secondaria con alcune previsioni legislative preesistenti, G. Di Rosa, *Il superamento dell'ospedale psichiatrico giudiziario*, in *RIMedLeg* 2013, 1414 ss.

⁴⁶ Ritiene, tuttavia, che si tratti di una funzione obbligatoria e non facoltativa T. Reggio Emilia 13.3.2012., in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/7742.pdf>.

Sui nodi richiamati non interviene neppure la recente l. 81/2014. Laddove, invece, l'ultima novella riesce ad essere più determinante sul piano delle previsioni amministrative, è in merito alla predisposizione di paletti volti a superare le lentezze burocratiche che hanno finora impedito il rispetto dei termini previsti per il completamento delle fasi volte al superamento effettivo degli O.p.g.

Si è già detto come l'originario termine del 31.3.2013 per l'attuazione delle Rems sia stato già fatto slittare due volte, proprio a causa del mancato compimento da parte delle regioni degli atti propedeutici alla chiusura degli O.p.g. Non era bastata neppure la previsione contenuta nella l. 9/2012 che attribuiva al Governo (art. 3-*bis* punto 9) la possibilità di provvedere in via sostitutiva all'esecuzione delle disposizioni normative in caso di inadempienza delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano, posto che si è trattato di una minaccia che non ha avuto alcuna conseguenza pratica.

L'art. 1 co. 1-*bis* lett. b l. 81/2014 si sforza di rendere ancora più vincolante il potere sostitutivo del Governo alle regioni, le quali saranno monitorate da un "*Comitato permanente per la verifica dell'erogazione dei livelli essenziali di assistenza*", organismo istituito presso il Ministero della Salute⁴⁷.

Tra le novità di carattere amministrativo, il nuovo art. 3-*ter* co. 6 l. n.9/2012, stabilisce, inoltre, che entro il 15.6.2014, i DSM debbano presentare i progetti individuali, affinché le Regioni possano modificare i programmi presentati in precedenza e dirottare i finanziamenti statali in questa direzione; sì da poter riqualificare i dipartimenti di salute mentale e contenere il numero dei posti letto da realizzare nelle Rems. In tal modo, si dedica una doverosa attenzione a ciò che era stato fino ad ora totalmente trascurato dall'impianto originario della riforma, che, come detto, destinava i finanziamenti solo alla realizzazione delle Rems. Finalmente si garantisce adesso una concreta possibilità di una gestione dell'infermo di mente autore di reato anche e soprattutto all'esterno delle strutture restrittive (sia pure a gestione sanitaria).

Si tratta di una scelta che segna una svolta effettiva in direzione di percorsi di cura e riabilitazione individuali, che blocca finalmente il trend normativo volto a focalizzare la riforma sulla costruzione delle Rems con un numero di posti letto eguale a quello degli attuali internati e, quindi, chiaramente sovradimensionato.

È intuibile, invece, che una riforma efficace e che non voglia ridursi all'ennesima "truffa delle etichette" debba far funzionare le Rems in via sussidiaria, destinando alle nuove strutture solo i casi che richiedono davvero, a parte la cura, la necessità di un intervento custodialistico, e fornendo ai DSM territoriali la possibilità di gestire con programmi individuali la maggior parte di coloro che ancora oggi si trovano internati negli O.p.g. le cui condizioni potrebbero farli considerare dimissibili. Ed è proprio a questi ultimi e ai programmi di dimissione

⁴⁷ L'organismo è composto da rappresentanti del Ministero della salute, del Ministero della Giustizia, delle regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano.

che la nuova legge destina un'altra disposizione importante. Già la l. n. 57/2013, che aveva aggiunto all'art. 3-ter un sesto comma, aveva esteso gli interventi oltre che alla realizzazione delle strutture anche alle «attività volte progressivamente a incrementare la realizzazione dei percorsi terapeutico-riabilitativi, definendo prioritariamente tempi certi e impegni precisi per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari prevedendo le dimissioni di tutte le persone internate per le quali l'autorità giudiziaria abbia già escluso o escluda la pericolosità sociale, con l'obbligo per le aziende sanitarie locali di presa in carico all'interno di progetti terapeutico-riabilitativi individuali che assicurino il diritto alle cure e al reinserimento sociale, nonché a favorire l'esecuzione di misure di sicurezza alternative al ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario o all'assegnazione a casa di cura e custodia».

Con l'ultima novella si cerca di dare un impulso ancora più efficace in questa direzione; l'art. 1 comma 1-ter prevede, infatti, che «i percorsi terapeutico-riabilitativi individuali di dimissioni [...] devono essere obbligatoriamente predisposti e inviati al Ministero della Salute e alla competente autorità giudiziaria entro 45 giorni dalla data di entrata in vigore della legge. I programmi sono predisposti delle regioni e dalle province autonome di Trento e di Bolzano attraverso i DSM delle proprie aziende sanitarie in accordo con le direzioni degli O.p.g.».

Su questo punto si registra ancora oggi in realtà una situazione di forte criticità, perché non solo le dimissioni risultano troppo poche in molti O.p.g., ma anche laddove i dati sono più confortanti, resta altissimo il numero dei nuovi internati; in sostanza, tanti ne escono e altrettanti ne continuano ad arrivare.

È questo il vero e principale limite in cui il sistema si infrange a causa della mancanza di professionalità di chi è chiamato ad applicare le norme e, addirittura, dell'assenza di dialogo tra magistratura di sorveglianza, magistratura ordinaria e DSM. Ostacolo questo che limiterebbe gli effetti positivi di una qualunque nuova previsione normativa in materia.

Più volte gli esperti hanno lamentato la mancanza di una specifica formazione dei soggetti coinvolti ad ampio raggio nel giudizio di imputabilità, tanto dei DSM, tanto della magistratura⁴⁸.

Nel processo accade spesso che dedichi poco spazio a valutazioni sulla personalità del soggetto e sulle circostanze indicate nell'art. 133 Cp, per cui ci si impegna prevalentemente all'accertamento dei fatti e all'acquisizione di una diagnosi psichiatrica della malattia, considerando quasi *in re ipsa* gli altri aspetti. Nel procedimento di sorveglianza en-

⁴⁸ A conferma di una simile preoccupazione basta pensare all'attuale situazione in cui versano molti Dsm, in cui tra i direttori aleggia una forte riserva verso ciò che la legge 81/2014 sta avviando, alimentata dalla scarsità di informazioni a riguardo. Nello stesso tempo molti magistrati continuano ad applicare la misura dell'O.p.g., senza neppure chiedere se esistano sul territorio alternative a questa misura, così come invece imporrebbe già la disciplina vigente alla luce della sentenza C. cost. 253/2003.

trano, invece, in gioco necessariamente anche i fattori legati alla dimensione relazionale della persona e il contesto ambientale in cui può operare. È certo che al momento raramente la magistratura ordinaria si interessa dei problemi dell'infermità mentale, che più spesso è trattata dalla magistratura di sorveglianza. E che gli operatori dei DSM, che avrebbero dovuto garantire anche l'accesso in carcere e negli O.p.g. per rilevare le condizioni dei soggetti e concordare eventuali misure con gli operatori penitenziari ai fini della presa in carico del servizio pubblico⁴⁹, adempiono alla disposizione in un numero limitatissimo di casi.

Il più delle volte gli operatori non dispongono la presa in carico⁵⁰ per l'assenza di risorse e di strutture o, più semplicemente, perché la grande mole di lavoro non consente una valutazione specifica. Ma accade pure, purtroppo, che in alcuni casi l'indagine non venga effettuata solo per mero disinteresse. In verità, sarebbe necessario che i magistrati che si occupano di questa materia, come di tutte quelle che presuppongono un tipo di conoscenza scientifica, acquisiscano precise cognizioni, estranee al sapere giuridico tradizionale, ma indispensabili per consentire il vaglio giudiziale di alcune questioni⁵¹. Parimenti, gli esperti di psichiatria o criminologia che frequentano le aule giudiziarie dovrebbero imparare ad usare una metodologia standardizzata, confrontabile, ripetibile e comprensibile dal giudice, accettando di rivedere eventualmente la propria formazione e impostazione, nonché di sottostare alle regole processuali⁵². A questi soggetti si aggiunge oggi il personale del Servizio Sanitario Nazionale e dei DSM che necessita di nuove conoscenze, essendo chiamato a svolgere anche una funzione custodialistica.

Già la l. 9/2012 chiudeva le sue previsioni normative imponendo di "dimettere senza indugio" le persone che hanno cessato di essere socialmente pericolose con la contestuale presa in carico sul territorio dai Dipartimenti di Salute Mentale. Resta da vedere, a questo punto, quale effetto sortirà il nuovo monito contenuto nella l. 91/2014.

Alla luce di quanto precede, assumono una grande importanza le previsioni normative che destinano una parte delle risorse finanziarie

⁴⁹ Così dispone l'art. 20 d.P.R. 30.6.2000 n. 230.

⁵⁰ Cfr. G. Di Rosa, *Il superamento*, cit., 1410.

⁵¹ Trova per questo sempre maggior credito l'invito rivolto da più parti ai giudici a voler dedicare nella loro formazione un'attenzione particolare allo studio dei fondamenti epistemologici e metodologici delle scienze moderne, sì da poter comprendere il linguaggio e le categorie concettuali degli esperti ed orientarsi nei giudizi. Cfr., tra gli altri: M. Taruffo, *La prova scientifica nel processo civile*, relazione al Convegno di Firenze del 7.8.2004 su "Scienza e diritto. Il giudice di fronte alle controversie tecnico scientifiche", 23 datt.; G. Fiandaca, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico scientifiche - Il processo penale*, in *Diritto&Questioni pubbliche*, 2005, 22 s.; D. Pulitanò, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *RIDPP* 2006, 814; G. Canzio, *Prova scientifica, ricerca della "verità", e decisione giudiziaria nel processo penale*, in C. De Maglie, S. Seminara (a cura di), *Scienza e causalità*, Padova 2006, 153.

⁵² Nel mondo anglosassone si è proceduto addirittura ad una diversificazione degli esperti in quattro categorie: clinici, sperimentali, matematici e consultivi; per cui nella nomina si procede ad una loro selezione a seconda della natura del caso da trattare. Per più ampi riferimenti, A. Forza, *La psicologia*, cit., 113 ss.

della riforma ai progetti individuali, al fine di facilitare la presa in carico degli internati da parte dei DSM territoriali.

4. Fra le novità di carattere più strettamente penalistico introdotte dalla nuova legge vi è la specificazione del “principio di sussidiarietà” nell’applicazione dell’O.p.g. e della casa di cura e di custodia. Nella nuova formulazione dell’art. 3-ter co. 4 l. 9/2012 si prevede, infatti, che il giudice disponga «nei confronti dell’infermo di mente e del seminfermo di mente l’applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa dal ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e custodia, salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale, il cui accertamento è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all’articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale. Allo stesso modo provvede il magistrato di sorveglianza quando interviene ai sensi dell’articolo 679 del codice di procedura penale. Non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali».

Si tratta di un ulteriore passo avanti del legislatore ordinario che ha formalmente recepito, così, quanto affermato dalla citata sentenza C. cost. 253/2003, che aveva escluso l’automatismo dell’O.p.g., considerata non più quale misura obbligatoria per l’infermo di mente autore di reato, a favore del riconoscimento di misure diverse idonee a garantire il contenimento tra esigenze di cura e di difesa sociale.

A bene vedere, tuttavia, il principio in questione è destinato ad arricchirsi di significato man mano che il legislatore dimostrerà la capacità di allargare il ventaglio di soluzioni sanzionatorie alternative alla misura custodiale da destinare agli infermi di mente autori di reato, che restano al momento limitate in alternativa alle future Rems, alla libertà vigilata a contenuto “terapeutico”.

Si pone, infatti, il problema dei limiti della discrezionalità del giudice nella scelta di misure di sicurezza alternative.

È ovvio che l’abbattimento degli automatismi sanzionatori nei confronti dei soggetti incapaci di intendere e di volere ma socialmente pericolosi, ad opera sia delle sentenze della Corte costituzionale sia della l. 81/2014, deve tenere conto del principio costituzionale di legalità, per cui il giudice può operare solo tra le misure previste dalla legge⁵³.

Di ciò hanno tenuto conto alcune sentenze di legittimità⁵⁴ con cui sono state annullate ordinanze che avevano applicato nei confronti di un soggetto non imputabile, ex art. 312 Cpp, la misura provvisoria del “ricovero coatto in luogo di cura”, giudicandolo “estraneo alla misura tipica” dell’O.p.g. o della casa di cura e di custodia.

⁵³ Su questo aspetto si rinvia a A. Natalini, *La custodia dei soggetti non imputabili. Prevale il principio di legalità*, in *D&G* 2006 (26), 56 ss.

⁵⁴ Tra queste, Cass., I, 30.5.2006, in *D&G* 2006 (26), 58 ss.; Cass, V, 8.1.2010, n. 9656 in *www.dejure.it*.

Il principio di legalità vale, sia pure se in termini più elastici, anche per le misure di sicurezza, ancorché provvisoriamente applicate, pertanto, il giudice non può applicare misure atipiche. Da qui la scelta della Corte di Cassazione di annullare provvedimenti dei giudici apparsi “eccentrici” rispetto alla disciplina vigente delle misure di sicurezza.

Espedienti più radicali ed efficaci di quelli ottenibili anche a seguito della l. 81/2014, possono, in definitiva, essere realizzati solo dal legislatore attraverso un’organica e complessiva riforma, auspicata dalla migliore dottrina⁵⁵, laddove occorre prevedere un quadro variegato e flessibile di risposte sanzionatorie a secondo degli effetti prodotti dalle diverse tipologie di disturbi.

5. La seconda rilevante novità attiene ai criteri di accertamento della pericolosità sociale, che resta presupposto per il ricovero nelle Rems.

Con la nuova legge si stabilisce, infatti, che la pericolosità può essere accertata sulla base delle qualità soggettive della persona, ma non sulle condizioni di vita individuale e familiare e sociale del reo, indicate nell’art. 133 co. 2 n. 4 Cp⁵⁶. In sostanza, situazioni di indigenza, disagio familiare e sociale, abbandono non possono più essere rilevanti nella determinazione della pericolosità sociale.

Parimenti, l’accertamento del presupposto per l’applicazione delle misure di sicurezza dell’infermo autore di reato non può più essere basato unicamente sulla mancanza di programmi terapeutici individuali.

La modifica, apparentemente in linea con le indicazioni che negli anni sono state espresse sia dagli studiosi del settore, sia da esponenti del mondo dell’associazionismo che hanno promosso il superamento degli O.p.g., non si presenta tuttavia esente da gravi riserve.

La complessità della categoria della pericolosità sociale e l’ambiguità del ruolo che è chiamata a svolgere nel nostro sistema sono, in verità, da tempo oggetto di accese critiche.

È noto, per un verso, come siano troppo numerose le sentenze che continuano a prorogare misure di sicurezza per gli infermi di mente non necessarie, affermando che pur non presentando il soggetto esaminato rinnovati elementi attestanti una pericolosità in atto, non possa essere rimesso in libertà per l’assenza nel territorio di strutture pronte ad accoglierlo o per la mancanza di assistenza familiare⁵⁷. Ciò accade addirittura anche quando le relazioni psichiatriche suggeriscono la collocazione all’esterno del paziente, essendo proprio l’internamento in una

⁵⁵ Fra gli altri, M. Romano, *sub pre-art. 85*, in M. Romano, G. Grasso, *Commentario al codice penale*, Milano 2005, 15 ss.

⁵⁶ Art. 1 co. 1 lett. b seconda parte, che aggiunge pure che “Allo stesso modo provvede il magistrato di sorveglianza quando interviene ai sensi dell’art. 679 Cpp”

⁵⁷ Tra le tante Cass., 7.12.1993, in *MassCP* 1994, 71. Ciò si verifica soprattutto nei casi di intossicazione cronica cui è stato riconosciuto il vizio parziale ed applicata la Casa di cura e di custodia. Per più ampi riferimenti, E. Calvanese, R. Bianchetti, *L’internamento in ospedale psichiatrico giudiziario: le revoche delle misure nelle ordinanze del magistrato di sorveglianza di Mantova (anni 1992-2003)*, in *RassPenitCrim.* 2005, 27 ss.

struttura segregante a compromettere la stabilità del soggetto⁵⁸, in pieno dispregio dei dettami della Corte costituzionale, che, come ricordato, ha sancito l'incostituzionalità dell'obbligatorietà dell'O.p.g. nei casi in cui si rivela dannoso, non potendo mai esigenze di difesa sociale prevalere su quelle di cura dell'infermo⁵⁹.

Appare chiaro l'intento perseguito dal legislatore: escludendo la rilevanza dei fattori socio-ambientali dall'accertamento della pericolosità sociale, si è voluto evitare che le disfunzioni organizzative delle regioni, la cui responsabilità non dipende certamente dall'internato, finiscano per ripercuotere effetti negativi solo sull'infermo, con un totale sacrificio della dignità e dei diritti fondamentali della persona. Si vuole in definitiva evitare che il malato di mente resti la vittima unica di un sistema che non funziona.

Avere posto un freno a questo tipo di decisioni potrebbe sembrare la giusta soluzione al problema, se non fosse, però, per le conseguenze che ne derivano sul significato residuale che così assume la pericolosità sociale.

Impedire l'accertamento dei fattori richiamati ai fini del giudizio di pericolosità sociale fa ridurre quest'ultima ad una nozione personalistica ed organicistica, fundamentalmente legata alla malattia, e come tale da tempo oggetto di critiche da parte degli esperti⁶⁰.

La necessità di allargare i requisiti originanti la pericolosità sociale, al di là di caratteristiche strettamente individuali, iniziò, infatti, ad essere evidenziata già nei primi del diciannovesimo secolo con gli studi di Exner, per il quale la probabilità della commissione di futuri reati dipenderebbe non tanto da requisiti organici, bensì da "inclinazioni" con l'aggiunta di altre "circostanze sfavorevoli"⁶¹.

L'attenzione verso questo tipo di fattori, legati più al contesto in cui il soggetto opera e alle relazioni che è portato a stringere, rispetto alle caratteristiche criminologiche, ha dato vita a quella che viene definita "pericolosità situazionale"⁶².

⁵⁸ Cfr. G. Di Rosa, *Il superamento*, cit., 1412, che segnala l'atteggiamento di alcuni giudici coraggiosi, che non hanno mancato di dichiarare la cessazione della misura di sicurezza, ma chiedendo l'intervento dei servizi territoriali competenti e minacciando il coinvolgimento della Procura della Repubblica in caso di comportamento omissivo.

⁵⁹ C. cost., n. 253/2003, cit.

⁶⁰ Fa riferimento al ritorno ad una forma di presunzione di pericolosità sociale dell'infermi mascherata, M. Pelissero, *Ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., 922 s., aggiungendo la preoccupazione che in questa chiave la nuova nozione di pericolosità sociale rischi di avere gravi ripercussioni alla luce delle acquisizioni delle neuroscienze in riferimento all'incidenza di fattori genetici sui giudizi prognostici sul pericolo di comportamenti violenti.

⁶¹ F. Exner, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, Berlin, 1914. In senso analogo gli studi di Zimmerl. Riferimenti in M. Pelissero, *Pericolosità sociale*, cit., 116.

⁶² O. De Leonardis, *Statuto e figure della pericolosità sociale tra psichiatria riformata e giustizia penale: note sociologiche*, in O. De Leonardis, G. Gallio, D. Mauri, T. Pitch (a cura di), *Curare e punire. Problemi e innovazioni nei rapporti tra psichiatria e giustizia penale*, Milano 1988, 45 ss.; L. Grassi, C. Nunziata, *Infermità di mente e disagio psichico nel sistema penale*, Padova 2003, 65 ss.

Legare la valutazione della pericolosità sociale alla sola malattia mentale è, infatti, riduttivo, dovendosi ormai considerare per assodata l'assenza di consequenzialità necessaria tra le due nozioni, legate tra loro da un nesso di possibile correlazione, e solo rispetto ad alcune patologie, e in ogni caso mai in termini presuntivi. Se, cioè, può essere vero che episodi di recidività o manifestazioni violente sono più frequenti statisticamente in soggetti affetti da alcune particolari patologie (si pensi, ad es., alle psicosi gravi)⁶³, il legame con la pericolosità sociale non può mai essere affermato in termini di certezza assoluta, essendo spesso smentito nei casi in cui il soggetto è ricondotto in un contesto ideale. Al contrario, ad incidere sulla pericolosità sociale è anche, e in maniera determinante, il contesto ambientale.

Va da sé che ad avere bisogno di correttivi non è tanto la nozione della pericolosità sociale situazionale, quanto il sistema di fondo su cui queste decisioni vengono prese, nei termini già espressi.

Non manca chi, preoccupato dal significato che la pericolosità sociale assumerebbe a seguito della riforma, propone un'interpretazione "minimalista" per evitare un contrasto con l'art. 3 Cost., in termini di irragionevolezza della disposizione normativa, sostenendo che «le condizioni di vita individuali, familiare e sociale non possono essere lette in favore del soggetto quali fattori in grado di escludere il rischio di recidiva»⁶⁴.

In realtà, se si vuole modificare la nozione della pericolosità sociale, volendo mantenerla come presupposto delle misure di sicurezza, è opportuno ridefinirla in collegamento non solo a dati oggettivi, basati sulla tipologia dei reati commessi o sull'entità della pena per gli stessi prevista⁶⁵, ma anche ad elementi sintomatici, che consentano di supportarla con una base empirica di riferimento⁶⁶, altrimenti si finisce per le-

⁶³ La percentuale è destinata inevitabilmente ad aumentare nei casi in cui il soggetto risulti affetto anche da altre disfunzioni come l'alcolismo o la tossicodipendenza.

⁶⁴ M. Pelissero, *Ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., 925.

⁶⁵ Fra gli autori che propongono di riformulare la valutazione della pericolosità sociale restringendone l'applicazione ai soli reati contro l'incolumità personale, v. G. Cerquetti, *Riflessioni sulla pericolosità sociale come presupposto delle misure di sicurezza nella Costituzione*, in AP 1983, 456.

⁶⁶ In questo senso, G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso*, cit., 242 ss. In questo senso si inserisce la proposta delle regioni Emilia Romagna e Toscana (d.d.l. 8.10.1997 n. 2746, *Disposizioni per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*), che all'art. 3.3 contiene una definizione più puntuale della pericolosità sociale, tramite criteri oggettivi. In particolare si considera socialmente pericolosa «la persona non imputabile che ha commesso taluno dei fatti indicati nel comma 1, quando è probabile che commetta nuovi fatti previsti dalla legge come delitto» e si aggiunge che «la pericolosità sociale va sempre accertata in concreto, avuto riguardo: a) alla gravità del fatto commesso, valutata anche con riferimento al primo comma dell'art. 133 Cp, o alla circostanza che il reato rappresenti la reiterazione di precedenti condotte di particolare rilievo; b) alle condizioni che hanno determinato la incapacità di intendere e di volere, al rilievo e alla attualità dello stesso, ai possibili interventi terapeutici ed alla adesione o meno del soggetto a tali progetti; c) alla concreta situazione relazionale ed ambientale del soggetto, anche in conseguenza del reato commesso».

Nella proposta suddetta, tuttavia, l'accertamento della pericolosità sociale è fun-

garla esclusivamente alla malattia mentale, contro le moderne acquisizioni della scienza.

Un giudizio prognostico sulla pericolosità sociale deve, perciò, poter essere espresso dai periti attraverso una giusta metodologia, basata sull'analisi dei diversi fattori, interni ed esterni, che possono effettivamente determinarla.

Anziché, quindi, pretendere una risposta secca dal perito – circa la sussistenza o meno di pericolosità, come se questa fosse una qualità intrinseca di una specifica alterazione mentale, occorre consentire all'esperto di emettere un giudizio prognostico più ampio e articolato, fino a prendere in considerazione anche quei fattori rientranti nella pericolosità situazionale. Così, ad esempio, non basterà inquadrare solo la patologia, le sue caratteristiche e delinearne il possibile sviluppo, ma anche fornire indicazioni sulle soluzioni terapeutico-riabilitative, sulla suscettibilità al trattamento del sofferente psichico, ovvero sulla sua situazione familiare, esistenziale, lavorativa, sociale, sulla presenza di altre condizioni aggiuntive, come l'abuso di sostanze o le condizioni di estrema indigenza, ecc.; tutti elementi, questi, che incidono sulla vicenda della malattia mentale. In quest'ottica anche la valutazione sull'idoneità delle strutture presenti sul territorio a fornire quell'aiuto tecnico per il contenimento delle manifestazioni del disturbo riveste la sua importanza⁶⁷. Esiste, infatti, una stretta correlazione fra la riduzione dei casi di recidiva e la capacità ricettiva del sistema di assistenza psichiatrica, comprovata da decenni di studi, non solo sociologici.

In definitiva, quanto meglio funziona il sistema assistenziale tanto più è destinato a ridimensionarsi l'ambito della giustizia penale.

Pur apprezzando il messaggio della legge, che non intende, come detto, far gravare sul soggetto infermo di mente le disfunzioni delle amministrazioni sanitarie regionali, che non riescono a garantire la presa in carico di quanti non sono più in condizioni di pericolosità sociale conclamata, non risulta condivisibile lo strumento con cui si è inteso realizzare l'obiettivo. Il fine, cioè, non giustifica i mezzi utilizzati dal legislatore: si pone, infatti, il rischio di introdurre una disciplina ancora più problematica in termini di tutela della salute del soggetto.

Resta pertanto da risolvere 'a monte' il problema dell'efficienza del sistema assistenziale e della professionalità degli operatori coinvolti nel giudizio dell'imputabilità, pena ne sia l'assoluta mancanza di scientificità di questo tipo di processo⁶⁸ e le inevitabili disfunzioni che poi si riflettono sul trattamento sanzionatorio.

zione esclusiva del giudice, così come accade per qualunque cittadino autore di reato, per cui perde carattere sanitario e diventa oggetto di una valutazione complessiva che supera la diagnosi del disturbo, per monitorare la storia e il contesto di appartenenza del soggetto, mentre nella prospettiva che qui si predilige si tratta di proporre una indagine collegiale.

⁶⁷ Sia consentito rinviare sul punto a M.T. Collica, *Vizio di mente*, cit. 222 ss.

⁶⁸ Sulla necessità di maggiore scientificità del giudizio dell'imputabilità cfr. M. Bertolino, *Le incertezze della scienza e le certezze del diritto a confronto sul tema della infermità mentale*, in *RIDPP* 2006, 594 ss.; F. Centonze, *Il giudizio di imputabilità tra*

6. Il nuovo art. 8 co. 1-*quater* l. 9/2012, stabilisce che le «*misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima*».

Nonostante non incida su disposizioni codicistiche, quest'ultima innovazione normativa rappresenta, certamente la norma dall'effetto più dirompente sul sistema penale.

La fissazione di una durata massima della misura di sicurezza destinata ai non imputabili è pienamente condivisibile, potendosi individuare proprio nell'indeterminatezza della durata il limite più grave delle misure di sicurezza detentive, tale da annullare di fatto la finalità di cura e risocializzazione che avrebbe dovuto connotarle. Tuttavia, può da subito aggiungersi che la mancata previsione di alcune norme a corredo della limitazione temporale e l'assenza di una puntuale disciplina relativa al regime transitorio suscitano qualche perplessità.

Secondo un orientamento consolidato, legare la misura di sicurezza al principio di proporzione, così come accade in altri modelli⁶⁹, non si addice al nostro sistema, che fonda questo tipo di sanzioni sulla pericolosità sociale, per definizione indeterminabile e non già sulla gravità del reato⁷⁰.

Sull'opportunità di determinare la durata delle misure di sicurezza, converge, tuttavia, la dottrina prevalente, anche a prescindere dall'esigenza del rispetto del principio di proporzione⁷¹.

La nuova normativa rispecchia una scelta precisa in questa direzione: cessato il limite massimo di durata della misura di sicurezza (legato al limite edittale di pena del reato commesso), anche se permane lo stato di pericolosità, il soggetto «deve essere rimesso in libertà».

Proprio la radicalità della disposizione normativa, che non prevede alcuna eccezione e produce immediatamente i suoi effetti anche per quelle misure in corso di esecuzione, che hanno già maturato il periodo massimo di durata, ha suscitato alcune riserve, da parte di quanti temono un eccessivo sacrificio delle esigenze di difesa sociale.

Una scelta in tal senso era stata fatta propria, in prospettiva di riforma al codice penale, dal progetto Grosso, che aveva optato per la

complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico, ivi 2008, 1170 ss.; M.T. Collica, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, cit., 222 ss.

⁶⁹ Accade così, ad esempio, nel sistema spagnolo (art. 103 Codice Penal). Per più ampi riferimenti, M. Pelissero, *Pericolosità sociale*, cit., 197 ss.

⁷⁰ Così G.L. Gatta, *Aprite le porte agli internati!*, cit., 3.

⁷¹ In questo senso, ad esempio, M. Pelissero, *Pericolosità sociale*, cit., 197, ritiene meno convincente basare la dichiarazione d'incostituzionalità dell'indeterminatezza della durata delle misure di sicurezza al principio di proporzione, proprio in quanto la scelta del codice Rocco si fonda su un giudizio prognostico di pericolosità, mentre ammette il contrasto rispetto all'art. 3 Cost., poiché ne deriva un trattamento sanzionatorio per i soggetti non imputabili più gravoso di quello previsto per i soggetti imputabili, e ancora rispetto al principio di determinatezza. Sottolinea il contrasto col principio di determinatezza, anche G. de Vero, *Corso di diritto penale*, Torino 2012, 196 ss.

determinazione della durata massima delle misure di sicurezza da eseguire nei confronti dei non imputabili per infermità mentale o altro grave disturbo della personalità, per i quali si fissava un tempo non superiore ai cinque anni, divenuti dieci nel testo modificato nel 2001⁷². In ogni caso, però, era stata mantenuta una clausola di salvaguardia in base alla quale il limite dei dieci anni poteva essere eccezionalmente superato «per il tempo strettamente necessario, in presenza di un pericolo concreto e non altrimenti fronteggiabile di atti gravemente aggressivi contro la vita o l'incolumità delle persone, nei casi di cui all'art. 97 comma 4». A ben vedere però se, da un lato, la limitazione dell'eccezione ai reati più gravi circoscrive il campo applicativo, dall'altro, l'espressione "per il tempo necessario" si presta a manipolazioni in quanto particolarmente indeterminata, col rischio di annullare l'effetto della previsione di un limite di durata. Non è facile, in sostanza, pur volendo preservare possibili esigenze di difesa sociale, approntare una formula che eviti quest'ultimo inconveniente.

Preferibile è allora ancorare il limite massimo di durata della misura detentive al limite massimo della pena in astratto del reato, così come fa la l. 81/2014, consentendo tuttavia, nei casi in cui dovessero permanere esigenze di contenimento della pericolosità sociale, l'applicazione della libertà vigilata.

A ben vedere, inoltre, è comunque prevista un'eccezione alla regola del proscioglimento, nei casi di delitti puniti con la pena dell'ergastolo, per i quali si stabilisce che non si applica la disciplina della durata massima⁷³.

Nel caso di reato continuato la durata massima della pena va determinata ai sensi dell'art. 278 Cpp, ai sensi del quale riguardo alla pena prevista dalla legge per ciascun reato consumato o tentato, non si tiene conto della continuazione, della recidiva e delle circostanze del reato, fatta eccezione della circostanza aggravante di cui all'art. 61 n. 5 Cp e della circostanza attenuante prevista dall'art. 62 n. 4 Cp, nonché delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. L'art. 278 Cpp, pertanto, non tiene conto del concorso di reati ed esclude espressamente che debba essere presa in considerazione la continuazione nel calcolo della durata. Ciò ha dato vita già a difformità di pensiero su come la nuova norma debba essere applicata in questi casi.

⁷² Art. 99 co. 7 del Progetto Grosso. Critica per l'inasprimento del limite massimo nella seconda stesura del progetto Grosso, M. Bertolino, *Fughe in avanti*, cit., 872 s. Ad ogni modo, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, i vari progetti al codice penale italiano (Progetti Pagliaro, Grosso, Nordio, Pisapia) hanno costantemente riproposto la riduzione drastica del ricorso alle misure di sicurezza, applicandole ai soli soggetti non imputabili (con garanzie maggiori di quelle attuali, ad es. prevedendo limiti massimi di durata), mentre destinando agli autori imputabili solo le pene e agli autori semi-imputabili un particolare percorso penitenziario che consenta di conciliare esigenze di difesa sociale con quelle di cura.

⁷³ Critico sul punto M. Pelissero, *Ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., 928.

In relazione al concorso di reati, alcuni⁷⁴ hanno proposto di riportare il limite massimo di durata alla pena massima edittale derivante dall'applicazione del cumulo delle pene. Diversamente, altri⁷⁵, ritengono più corretto ancorare la durata massima delle misure di sicurezza al limite edittale massimo previsto per il più grave dei reati in concorso.

In sede di calcolo della durata massima della misura di sicurezza detentiva si deve considerare anche il periodo trascorso in seguito all'applicazione provvisoria della stessa. Mentre non è chiaro se vadano inseriti nel calcolo eventuali provvedimenti in tema di libertà vigilata che si frappongono a periodi trascorsi in esecuzione di misure di sicurezza detentive, non essendo misura custodiale in senso stretto.

La nuova normativa pone, infine, un problema di diritto intertemporale, rispetto alla sua applicabilità alle misure in esecuzione al momento della sua introduzione.

Nei casi in cui è già maturata la durata massima della misura, tenuto conto del limite massimo della pena edittale per il reato commesso, il soggetto, nel silenzio di norme transitorie, deve essere rimesso in libertà. L'art. 200 co. 2 Cp fa sì che la nuova disciplina trovi immediata applicazione. Da qui la preoccupazione, sollevata in giurisprudenza, di dover revocare la misura nei confronti di determinati soggetti, anche permanendo situazioni di pericolosità sociale⁷⁶.

È bene comunque ricordare, che le nuove disposizioni si applicano per le misure di sicurezza detentive, pertanto, è in ogni caso possibile, se ne ricorrono i presupposti applicare in questi casi la misura della libertà vigilata.

7. L'analisi dell'evoluzione normativa sul trattamento sanzionatorio degli infermi di mente non imputabili pericolosi socialmente ha messo in evidenza gli sforzi che il legislatore ha compiuto, a più riprese, nell'ottica del superamento delle criticità legate alla disciplina del codice Rocco sulle misure di sicurezza custodiali.

I risultati finora raggiunti fanno intravedere solo una possibile trasformazione delle strutture segreganti nell'ottica della medicalizzazione del trattamento.

È stato scartato, invece, il modello abolizionista "carcerizzante", proposto nei disegni di legge Grossi, Corleone e Cento, che, cancellando la categoria della non imputabilità, avrebbe comunque destinato gli infermi di mente al trattamento carcerario, col rischio di peggiorare probabilmente le condizioni attuali. Di recente, il legislatore ha, invece, op-

⁷⁴ G.L. Gatta, *Aprite le porte agli internati!*, cit., 4; F. Fiorentin, *La riforma sceglie*, cit., 25.

⁷⁵ M. Pelissero, *Ospedali psichiatrici giudiziari*, cit., 928.

⁷⁶ Emblematica la sentenza del T. Roma, sez. VII, 3.6.2014, con nota di G.L. Gatta, *Revoca del decorso della durata massima: un primo provvedimento*, in www.penalecontemporaneo.it, 16.6.2014, che di fronte ad un «problema (sanitario e di sicurezza) che va al di là del caso singolo sottoposto all'esame», ha accompagnato la disposizione della liberazione di un internato da una comunicazione del provvedimento alle autorità amministrative, di polizia e giudiziarie.

tato per l'uscita dell'infermo autore di reato dal sistema penale e per il trasferimento delle competenze in materia al servizio sanitario nazionale, attraverso la realizzazione, però, di specifiche strutture.

Va ribadito, tuttavia, come le nuove Rems, per quanto strutturalmente più tranquillizzanti, restino misure segreganti, come tali da destinare correttamente solo ai casi di grave pericolosità. Negli altri casi le misure devono essere attuate *extra moenia*.

Senonché la realizzazione di strutture dall'aspetto più accettabile delle macrostrutture ancora vigenti, affidate a personale sanitario e in difetto di controllo da parte della polizia giudiziaria, può creare un effetto perverso nell'applicazione delle nuove disposizioni, alla luce del rischio che, nel nuovo quadro normativo, diventi ancora più facile per il magistrato chiamato a valutare la pericolosità sociale, giungere ad un giudizio affermativo, più di quanto accada oggi,

Altro rischio è quello che si applichi una medicalizzazione *tout court*, come ad esempio sta accadendo per l'ospedale psichiatrico di Castiglione delle Stiviere, dove la struttura dell'O.p.g., già da anni a gestione sanitaria, sta subendo solo un'azione di *restyling* con una separazione in più sezioni dell'originaria struttura, in contraddizione con il principio di territorializzazione che dovrebbe guidare l'organizzazione delle nuove strutture.

Di fronte a simili preoccupazioni, diventa sempre più stringente la necessità di una riforma complessiva della materia, che metta definitivamente mano anche alla disciplina generale delle misure di sicurezza, superando la logica del doppio binario.

Diventa parimenti importante garantire un ventaglio di soluzioni sanzionatorie diversificate a seconda delle caratteristiche psicopatologiche degli infermi di mente. Sarebbe, altresì, auspicabile che, come già anticipato, in quest'ottica anche le Rems siano diversificate, garantendo personale con specifiche professionalità, nel rispetto del principio della territorialità.

Infine, occorre garantire un sistema flessibile nell'applicazione delle misure di sicurezza, che consenta di passare da misure più restrittive ad altre più elastiche e viceversa, a seconda della possibile modificabilità delle condizioni del soggetto.

Solo così potrà determinarsi un reale e definitivo superamento degli O.p.g.

**I recenti interventi dell'Unione Europea
in materia di confisca *post delictum*
e le ripercussioni sull'ordinamento italiano**
Direttiva 2014/42/UE
(in *GUUE*, L 127, 29.4.2014)

Analisi di CARMINE LUCA VOLINO

SOMMARIO: 1. La direttiva 2014/42/UE nel quadro normativo europeo in tema di confisca. – 1.1. Inquadramento generale: la distinzione tra congelamento e confisca. – 1.2. La confisca. – 1.2.1. Confisca del provento e confisca estesa. – 1.2.2. I reati-presupposto della confisca. – 1.3. Le ipotesi “anomale” di confisca: la confisca nei casi in cui non sia possibile concludere il processo di merito. – 1.3.1. La confisca nei confronti di terzi. – 1.4. Il congelamento. – 1.5. L'autorità competente ad emettere i provvedimenti di confisca e congelamento. – 2. Considerazioni dal punto di vista dell'ordinamento italiano.

1. Oggetto di questo scritto è l'analisi della direttiva 2014/42/UE del 3.4.2014, in materia di congelamento e confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione Europea. La direttiva in questione non è la prima nel suo genere, in quanto l'Unione aveva già avuto modo di intervenire sul tema della confisca *post delictum* attraverso l'azione comune 98/699/GAI e le decisioni quadro 2001/500/GAI, 2003/577/GAI, 2005/212/GAI e 2006/783/GAI. L'obiettivo dichiarato della direttiva 2014/42/UE è per l'appunto quello di modificare ed ampliare le disposizioni delle decisioni quadro 2001/500/GAI e 2005/212/GAI, al fine di ridurre le divergenze tra le previsioni dei singoli ordinamenti nazionali¹. Oggetto della direttiva non sono pertanto i profili relativi al mutuo riconoscimento delle decisioni in materia di congelamento e confisca, quanto piuttosto la fissazione di regole minime comuni ai diversi ordinamenti nazionali.

1.1. Occorre, in primo luogo, rilevare che la direttiva disciplina due diversi istituti: il congelamento e la confisca. Il congelamento è definito come divieto temporaneo di trasferire, distruggere, convertire, eliminare o far circolare un bene o di assumerne temporaneamente la custodia o il controllo. La confisca, dal canto suo, consiste nella privazione defini-

¹ Sull'auspicabilità di una maggiore coerenza nel quadro giuridico europeo in tema di confisca in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona si veda U. Sieber, H. Satzger, B. v. Heintschel-Heinegg (cur.), *Europäisches Strafrecht*², Baden-Baden 2014, 723.

tiva di un bene ordinata dall'autorità giudiziaria in seguito alla formazione di un giudicato penale di condanna.

È interessante rintracciare le origini di questa distinzione. Un primo riferimento in tal senso può rinvenirsi già nella Convenzione del Consiglio d'Europa dell'8.11.1990. Questo strumento giuridico, pur essendo stato adottato nel contesto, appunto, del Consiglio d'Europa, rappresenta un punto di riferimento costante della legislazione europea in materia di confisca².

Sebbene menzioni esclusivamente la confisca tra le misure da adottare a livello nazionale (artt. 2-6), la predetta convenzione disciplina l'istituto del congelamento nell'ambito degli strumenti di cooperazione internazionale e, in particolare, lo definisce come *provisional measure* che deve essere adottata da uno degli Stati aderenti alla Convenzione, allorché una richiesta in tal senso provenga da un altro Stato che abbia avviato un procedimento penale o comunque un procedimento volto alla confisca.

L'azione comune 98/699/GAI, all'art. 5 co. 1, menziona il congelamento come strumento per assicurare l'eseguibilità della richiesta di confisca proveniente da un altro Stato membro.

Un assetto non dissimile si ritrova nella decisione quadro 2001/500/GAI, la quale, sulla scia della Convenzione del 1990, contiene un riferimento al *freezing* esclusivamente nell'ambito della disciplina della cooperazione internazionale (art. 4).

Specificamente dedicata al tema del congelamento è poi la decisione quadro 2003/577/GAI. Anche in questo caso l'Unione si è interessata ai profili di cooperazione internazionale, in quanto il congelamento è qui considerato come misura da eseguire in uno Stato membro su richiesta dell'autorità di un altro Paese, in vista di un futuro provvedimento di confisca o della futura acquisizione di una prova³. Speculare a quest'ultimo atto normativo è la decisione quadro 2006/783/GAI, avente ad oggetto esclusivamente il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca⁴.

² In tal senso depone l'intera decisione quadro 2001/500/GAI, che è volta a garantire l'esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa al fine di rafforzare la lotta al crimine organizzato nei Paesi membri dell'Unione. Anche la decisione quadro 2005/212/GAI, nella premessa n. 7, contiene un espresso riferimento alla Convenzione del 1990. Riconosce che tale Convenzione, ratificata da ciascuno Stato membro dell'Unione, possa fungere da fondamento di una più ampia regolamentazione comune: v. U. Sieber, H. Satzger, B. v. Heintschel-Heinegg (cur.), *Europäisches Strafrecht*, cit., 728.

³ Sugli aspetti relativi all'acquisizione di elementi probatori v. H. Satzger, *International and European Criminal Law*, Monaco di Baviera/Baden-Baden/Oxford/Portland 2012, 123 e ss. Per un parallelo con il mandato d'arresto europeo, anche per quanto concerne le eccezioni all'esecuzione fondate sul rispetto dei diritti fondamentali, v. K. Ligeti, *Strafrecht und strafrechtliche Zusammenarbeit in der Europäischen Union*, Berlin 2005, 185 e s.

⁴ Rileva H. Satzger, *International and European Criminal Law*, cit., 125, che anche questo provvedimento, così come la decisione quadro 2005/214/GAI in riferimento alle *financial penalties*, estende alla confisca i principi in materia di mandato d'arresto

Infine, nella decisione quadro 2005/212/GAI, non si rinviene una disciplina specifica del congelamento, essendo questo provvedimento esclusivamente dedicato alla disciplina della confisca.

Il diritto euro-unitario ci consegna pertanto, alla vigilia della direttiva 2014/42/UE, un quadro in cui il congelamento assume rilievo esclusivamente tra gli istituti di cooperazione internazionale e, specificamente, nell'ottica di assicurare la fruttuosa esecuzione di un provvedimento di confisca nel territorio di un altro Stato membro.

Per effetto della direttiva qui commentata, questo stato di cose è stato significativamente modificato. La lettura degli artt. 1 co. 1 e 7 co. 1 dimostra, infatti, che il congelamento è considerato come un istituto teleologicamente connesso all'eventuale confisca futura.

In altre parole, il congelamento si atteggia nei confronti della confisca come un provvedimento di natura cautelare: il meccanismo che, a partire dalla Convenzione del 1990 era stato disciplinato a garanzia dell'effettività della cooperazione internazionale, viene in questo modo esteso anche al piano di quei provvedimenti destinati a spiegare effetti solo all'interno dei confini del Paese membro.

Stante questo legame funzionale, è opportuno che l'analisi si concentri inizialmente sulle caratteristiche della confisca: a partire da esse si procederà successivamente con l'approfondimento dell'istituto del congelamento.

1.2. Oggetto del provvedimento di confisca possono essere, ai sensi dell'art. 4 co. 1 della direttiva, i beni strumentali alla commissione del reato e i proventi che ne derivano. Inoltre, possono essere assoggettati a confisca beni di valore equivalente ai beni strumentali e ai proventi. In entrambi i casi, presupposto del provvedimento di confisca è una condanna penale definitiva, che può essere pronunciata anche a seguito di procedimento *in absentia*.

1.2.1. Tralasciando per il momento le disposizioni dettate per il caso in cui sussistano impedimenti di natura processuale alla pronuncia di una sentenza definitiva, bisogna osservare che l'art. 5 co. 1 disciplina il fenomeno della cosiddetta confisca estesa (*extended confiscation*).

Già la decisione quadro 2005/212/GAI, all'art. 3, aveva disciplinato i cosiddetti poteri estesi di confisca. Si trattava, in tal caso, del potere di confiscare proprietà della persona condannata qualora l'autorità giudiziaria ne avesse accertata la derivazione da determinate attività criminali.

In questo contesto, la sproporzione tra il valore della proprietà e il reddito legittimo veniva espressamente menzionata come criterio sulla base del quale, considerando altre specifiche circostanze di fatto, si po-

europeo, in particolar modo per quanto concerne il superamento del tradizionale requisito della doppia incriminazione. Su questa decisione quadro e, in generale, sulle questioni relative al mutuo riconoscimento delle decisioni di confisca cfr. M. Colamussi, *Sequestro e confisca in territorio dell'Unione Europea. Il punto in tema di norme italiane di attuazione*, in *CP* 2010, 2473.

tesse concludere in senso affermativo sulla connessione tra i beni e la condotta penalmente illecita.

Già nell'ambito della decisione quadro del 2005 non risulta facile rintracciare un chiaro criterio di demarcazione tra confisca del provento e confisca estesa, sebbene vada riconosciuto che in questo testo normativo non è sancita espressamente la possibilità di qualificare come provento un vantaggio economico che consegua *indirettamente* al reato. A partire da questo dato, sarebbe stato pertanto possibile delimitare l'applicazione della confisca estesa a tutte le ipotesi in cui il bene non fosse stato immediatamente riconducibile all'illecito. Questa strada non è più percorribile alla luce della direttiva del 2014.

Da un lato, infatti, l'art. 5 co. 1 si muove nel tracciato della decisione quadro del 2005: esso legittima l'assoggettamento al provvedimento di confisca di una parte o dell'intera proprietà di una persona condannata in sede penale e affida all'autorità giudiziaria il compito di valutare le circostanze del caso, compresi i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili, al fine di individuare i beni appartenenti alla persona condannata per un reato suscettibile di produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico e di verificare se essi derivino dalle condotte criminose: tra le circostanze da valutare, la direttiva individua a titolo esemplificativo l'eventuale sproporzione tra il valore dei beni, per così dire, sospetti e il reddito legittimo della persona⁵.

Così come avveniva nel caso della decisione quadro del 2005, la differenza tra la confisca del provento *ex art. 4 co. 1* e la confisca estesa *ex art. 5 co. 1* si muove, anche nella direttiva del 2014, sul crinale della distinzione tra il concetto di provento – definito dall'art. 2 e richiamato dall'art. 4 co. 1 – e il generico riferimento – di cui all'art. 5 co. 1 – alla derivazione della proprietà da una condotta penalmente rilevante.

Tuttavia, la direttiva contiene un significativo elemento di novità, in quanto il provento confiscabile *ex art. 4 co. 1* corrisponde ad un qualsivoglia vantaggio economico derivante *direttamente* o *indirettamente* dal reato, il quale può consistere in ogni forma di proprietà e include ogni successivo reinvestimento o trasformazione dei proventi diretti ed ogni beneficio che sia economicamente apprezzabile⁶.

⁵ Va evidenziato il fatto che l'art. 5 co. 1 si riferisce genericamente alla condanna e non ripete l'attributo della definitività sancito dal precedente art. 4 co. 1. Tuttavia, per garantire una maggiore coerenza interna del testo normativo, sembra necessario interpretare il riferimento alla condanna contenuto nell'art. 5 co. 1 come un richiamo del requisito già precedentemente stabilito dall'art. 4 co. 1: in entrambi i casi, si allude alla condanna definitiva.

⁶ La definizione di provento adottata nel 2005 è la seguente: «*Any economic advantage from criminal offences. It may consist of any form of property as defined in the following indent*». Nel 2014, invece, è qualificato come provento «*any economic advantage derived directly or indirectly from a criminal offence; it may consist of any form of property and includes any subsequent reinvestment or transformation of direct proceeds and any valuable benefits*». Si legga inoltre la premessa n. 11 della direttiva: «*There is a need to clarify the existing concept of proceeds of crime to include the direct proceeds from criminal activity and all indirect benefits, including subsequent reinvestment or transformation of direct proceeds. Thus proceeds can include any property*

Posta in questi termini, la definizione del provento da reato appare talmente ampia da far smarrire ogni criterio di distinzione tra la confisca *ex art. 4 co. 1* e quella *ex art. 5 co. 1*. In altre parole, ogni elemento patrimoniale astrattamente assoggettabile alla confisca estesa è – per effetto della definizione del concetto di provento – già assoggettabile alla confisca in senso stretto.

I requisiti enucleati dall'art. 5 co. 1, infatti, sembrano combaciare perfettamente con i presupposti di cui al precedente art. 4 co. 1: *i*) in entrambi i casi si assume la proprietà dell'oggetto da confiscare in capo alla persona condannata⁷; *ii*) il reato deve essere sempre tale da apportare direttamente o indirettamente un beneficio economico⁸; *iii*) il provento è infine *per definitionem* una proprietà derivante dalla condotta penalmente illecita.

Stante questa corrispondenza tra l'art. 4 co. 1 e l'art. 5 co. 1, non riesce a rinvenirsi nel testo della direttiva un ambito di autonomia dell'istituto della confisca estesa rispetto a quello della confisca del provento. Sembra, infatti, che un cespite patrimoniale rientrante nella definizione di proprietà confiscabile in maniera estesa sia di per sé qualificabile come provento indiretto del reato e viceversa. Le due definizioni, pertanto, si equivalgono e non è agevole individuare un ambito applicativo dell'art. 5 co. 1 che costituisca un *quid pluris* rispetto all'art. 4 co. 1.

Questo momento di difficoltà può essere superato mediante un coordinamento più stringente tra le due disposizioni in questione. In altre parole, è possibile interpretare l'art. 5 co. 1 come norma chiamata a delineare il parametro d'individuazione del bene confiscabile a titolo di provento indiretto.

Infatti, poiché la nozione di provento indiretto non contiene elementi significativamente diversi da quelli caratterizzanti la proprietà confiscabile in modo esteso, è verosimile che il criterio di valutazione imposto all'autorità giudiziaria dall'art. 5 co. 1 debba essere applicato proprio in occasione della decisione sulla confisca del provento indiretto.

S'intende sostenere, pertanto, che l'individuazione del provento indiretto del reato debba avvenire sulla base delle circostanze del caso, inclusi i fatti specifici e le prove disponibili, come la sproporzione tra il valore del bene e il reddito legittimo della persona condannata, cosicché

including that which has been transformed or converted, fully or in part, into other property, and that which has been intermingled with property acquired from legitimate sources, up to the assessed value of the intermingled proceeds. It can also include the income or other benefits derived from proceeds of crime, or from property into or with which such proceeds have been transformed, converted or intermingled». Sulla nozione di *proceed* nelle fonti internazionali e sopranazionali, v. F. De Simone, *La 'piccola' modifica alla confisca per equivalente a un anno dalla legge n. 190 del 2012*, in *CP 2014*, 782 e ss.

⁷ La confisca nei confronti di terzi rappresenta del resto un istituto a sé stante, su cui si avrà modo di soffermarsi nel prosieguo.

⁸ Ciò è espressamente sancito dall'art. 5 co. 1, ma è implicito anche nell'art. 4 co. 1, in quanto questa caratteristica discende dal fatto stesso che la condotta illecita determini un provento.

si formi il convincimento della derivazione di tale bene dalla condotta criminosa.

In particolar modo, merita attenzione il riferimento alla sproporzione tra il valore del bene e il reddito legittimo. Questo parametro può, infatti, diventare decisivo nel momento in cui si tratta di valutare la qualificabilità di un bene come provento indiretto.

La direttiva fornisce, infatti, una definizione molto ampia di provento, legittimando la qualificazione in questi termini di un cespite patrimoniale che, pur non costituendo conseguenza diretta della condotta criminosa, sia semplicemente il risultato della trasformazione o del reinvestimento del vantaggio economico che direttamente consegua al reato.

Così stando le cose, non sembra avere rilievo pratico la specificazione dell'istituto autonomo della confisca estesa, essendo invece opportuno introdurre un parametro di individuazione del provento indiretto, che funga da criterio di orientamento e da limite alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria.

Tale parametro si rinviene nell'art. 5 co. 1 e in particolare nel riferimento alla sproporzione tra il valore del bene e il reddito legittimo del condannato. A tale parametro bisogna orientarsi ogniqualvolta non sussista un nesso immediato tra il reato e il vantaggio economico conseguito e il giudice sia pertanto chiamato a verificare se il bene in questione costituisca una conseguenza indiretta della condotta illecita.

1.2.2. Passando ad altro aspetto, bisogna osservare che la direttiva non lascia al legislatore nazionale assoluta libertà d'individuare i reati ai quali possa seguire la confisca dei beni strumentali o dei proventi. L'Unione Europea, nell'ottica di una maggiore armonizzazione delle legislazioni nazionali, ha, infatti, individuato un nucleo di fattispecie per le quali la previsione del potere di confisca in capo all'autorità giudiziaria è obbligatoria. A tal proposito, occorre, tuttavia, rilevare che la tecnica normativa adottata a livello euro-unitario non è particolarmente perspicua. Si rinvencono, infatti, due distinti cataloghi di fattispecie penali cui è riconnessa l'applicazione della direttiva: prima nell'art. 3 – rubricato “ambito di applicazione” – e poi nell'art. 5 co. 2.

Il problema ermeneutico sorge perché l'art. 3 definisce l'ambito applicativo dell'intero testo della direttiva, mentre l'art. 5 co. 2 specifica i reati per i quali è necessario prevedere i poteri di confisca estesa.

L'art. 5 co. 1, come si è già osservato, non possiede un ambito applicativo autonomo chiaramente distinguibile rispetto a quello della confisca del provento indiretto. Ciò discende dall'ampia definizione del concetto di provento contenuta nell'art. 2.

È possibile pertanto estendere all'art. 5 co. 2 le considerazioni precedentemente avanzate a proposito dell'ambito applicativo dei criteri d'individuazione del bene confiscabile, previsti dall'art. 5 co. 1. In altre parole, si può sostenere che il catalogo di cui all'art. 5 co. 2 contenga le ipotesi in cui la confisca del provento indiretto – in quanto istituto assimilabile, ai sensi della direttiva, alla confisca estesa – non può non essere prevista dalla legislazione nazionale.

Mentre l'art. 5 co. 2 espressamente stabilisce che i reati ivi indicati costituiscono un limite minimo per il legislatore nazionale e che dunque la confisca del provento indiretto potrà legittimamente essere estesa dalle stesse ad ulteriori fattispecie penali, l'art. 3 afferma *sic et simpliciter* che le ipotesi di reato previste delimitano l'ambito applicativo della direttiva.

L'art. 3 individua, pertanto, il confine di applicabilità *in generale* del potere di confisca disciplinato dalla direttiva, mentre l'art. 5 co. 2 determina soltanto un novero di fattispecie per le quali la confisca del provento indiretto non può non essere prevista sul piano nazionale.

Ne consegue che la mancata previsione della confisca del provento indiretto in uno dei casi di cui all'art. 5 co. 2 costituisce violazione del diritto "dell'Unione", mentre la previsione della confisca in un caso diverso da quelli di cui all'art. 3, pur non rientrando nel raggio di copertura della direttiva, non può dirsi per ciò solo in contrasto con essa. È esplicitamente sancito, infatti, dall'art. 1 co. 1 che la direttiva intende porre delle norme minime e non esaurire interamente la disciplina in materia di confisca nei Paesi dell'Unione.

Più precisamente, bisogna osservare che non è la direttiva stessa ad attribuire il potere di confisca agli Stati membri dell'Unione, in quanto essa si limita piuttosto a disciplinare un potere di confisca già sussistente in capo alle autorità nazionali.

Diversamente opinando, infatti, bisognerebbe ritenere che, al di fuori del raggio di copertura della direttiva, l'attribuzione, attraverso la legislazione nazionale, di un potere di confisca si ponga in contrasto con il diritto dell'Unione. Ciò, come già accennato, non sarebbe conciliabile con l'espresso riferimento alle regole minime, contenuto nell'art. 1 co. 1⁹.

Se così stanno le cose, emerge una questione ermeneutica in riferimento all'art. 3. Bisogna interrogarsi, infatti, sul significato che ha la limitazione del generale ambito applicativo della direttiva alle fattispecie penali ivi menzionate. In altre parole, se lo scopo della direttiva è quello di individuare regole minime del potere di confisca, non è chiaro cosa abbia inteso il legislatore europeo nel momento in cui ha sancito *in generale* che la direttiva debba applicarsi in riferimento a determinate ipotesi di reato.

Il catalogo di cui all'art. 5 co. 2 deve essere allora interpretato come un'integrazione di quello presente nell'art. 3: dal combinato disposto di questi due articoli si evince l'insieme dei reati-presupposto della confisca estesa. La prima parte dell'art. 5 co. 2 lett. *e* – limitatamente all'espressione «*a criminal offence that is punishable, in accordance with the relevant instrument in Article 3*» – deve essere di conseguenza considerata pleonastica, in quanto è evidente che il catalogo dell'art. 3, siccome riferito alla direttiva in generale, si applichi anche alle ipotesi di confisca estesa.

⁹ Anche la premessa n. 5 menziona il criterio delle regole minime. Ancora più chiara la premessa n. 22: «*This Directive lays down minimum rules. It does not prevent Member States from providing more extensive powers in their national law, including, for example, in relation to their rules on evidence*».

La parte restante dell'art. 5 co. 2 lett. *e* precisa che il rinvio all'art. 3 è limitato ai casi in cui gli strumenti giuridici ivi menzionati determinino una soglia di punibilità. In mancanza di una simile previsione, l'obbligo di introdurre la confisca estesa deve ritenersi sussistente soltanto allorché la legislazione nazionale, nell'implementare lo strumento giuridico euro-unitario, abbia previsto una pena detentiva la cui durata massima sia pari almeno a quattro anni.

Questa seconda parte dell'art. 5 co. 2 lett. *e* restringe, dunque, l'ambito applicativo della confisca estesa rispetto a quello della direttiva nel suo complesso: la sua funzione è specifica ed ulteriore rispetto a quella dell'art. 3 e dunque questa seconda parte della norma non può essere considerata pleonastica.

Infine, in riferimento al ruolo assolto dall'art. 3 nell'economia complessiva della direttiva, sembra doversi riconoscere che esso – nonostante il tenore letterale della disposizione – non faccia altro che individuare i casi minimi in cui il legislatore nazionale è tenuto ad introdurre gli istituti del congelamento e della confisca così come disciplinati dal diritto euro-unitario.

Non sarebbe, infatti, compatibile con lo scopo dichiarato della direttiva ritenere che, al di fuori delle ipotesi di reato di cui all'art. 3 e – per quanto riguarda la confisca estesa – anche dell'art. 5 co. 2, l'esercizio del potere di confisca si ponga in contrasto con il diritto dell'Unione. La direttiva, infatti, fa salvi poteri più estesi di confisca e congelamento eventualmente riconosciuti dal diritto nazionale¹⁰.

1.3. Una considerazione a parte meritano le disposizioni contenute negli artt. 4 co. 2 e 6: si tratta, rispettivamente, della confisca applicata in determinate ipotesi in cui non sia possibile pervenire ad una sentenza di condanna e della confisca applicata nei confronti di soggetti diversi dal condannato.

L'ipotesi di confisca speciale disciplinata dall'art. 4 co. 2 si riferisce a procedimenti penali in cui, in seguito all'accertamento definitivo della responsabilità penale, possa essere disposta la confisca dell'*instrumentum sceleris* e del provento da reato. Inoltre, data la tesi qui sostenuta della equivalenza tra confisca del provento indiretto e confisca *ex art.* 5 co. 1, è giocoforza estendere la previsione dell'art. 4 co. 2 anche alla cosiddetta confisca estesa.

L'art. 4 co. 2 fa riferimento al caso in cui il procedimento volto all'accertamento della responsabilità penale non possa proseguire e addivenire ad un provvedimento definitivo di condanna a causa della fuga o della malattia dell'indagato o dell'imputato. La disposizione appare destinata a trovare applicazione in riferimento a quegli ordinamenti in cui

¹⁰ In altre parole, la stessa tecnica normativa impiegata dall'Unione preclude la possibilità di configurare questa direttiva come un caso di cosiddetta *preemption ex art. 2 co. 2 TFUE*. In tal senso depone anche il protocollo n. 25 sull'esercizio della competenza concorrente. Su questi aspetti v. P. Craig, *The Lisbon Treaty, Revised Edition: Law, Politics and Treaty Reform*, Oxford 2010, 338 ss.

anche l'assenza volontaria dell'indagato o dell'imputato infici la costituzione del rapporto processuale: allorché invece la fuga – la quale non può concepirsi che come atto di volontaria sottrazione al procedimento – non faccia venir meno il dovere del giudice di pronunciarsi sulla re-giudicanda, non non è necessario prevedere la possibilità di emanare di un provvedimento di confisca a prescindere dalla condanna definitiva¹¹.

L'art. 4 co. 2 persegue, infatti, lo scopo di non frustrare le esigenze di tutela sottese alla direttiva a fronte di un avvenimento che incide esclusivamente sul procedimento penale: quando quest'ultimo può continuare il suo corso naturale, non è necessario ricorrere alla confisca a prescindere dalla condanna.

Il caso della malattia non sembra destinato invece ad applicazioni diversificate negli Stati membri, se questa nozione viene correttamente intesa come un riferimento a quelle patologie che impediscano la consapevole partecipazione dell'interessato all'*iter* procedimentale, come del resto lascia intendere lo stesso considerando n. 16 della direttiva. In base alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in relazione all'art. 6 CEDU, deve essere infatti esclusa la possibilità che il procedimento penale prosegua a prescindere dalla verifica dell'effettiva capacità dell'interessato di parteciparvi¹².

Tuttavia bisogna osservare che i casi della fuga e della malattia non sono tassativi. L'art. 4 co. 2 sembra, infatti, autorizzare la confisca a prescindere dalla condanna in ogni caso in cui, nonostante l'avvio del procedimento penale, non sia possibile pronunciare una sentenza definitiva di merito. Deve trattarsi, comunque, di un impedimento di natura processuale che nasca dall'incapacità dell'indagato o dell'imputato di prendere parte al procedimento: lo si evince chiaramente dal fatto che la confisca a prescindere dalla condanna presuppone che l'autorità si convinca del fatto che il procedimento si sarebbe concluso con una condanna, qualora l'interessato avesse avuto la possibilità di parteciparvi.

La confisca *ex art. 4 co. 2* ha una natura giuridica assolutamente peculiare: essa è pur sempre una confisca *post delictum*, in quanto presuppone l'avviamento del procedimento penale e si fonda sul fatto di cui alla *notitia criminis*, ma prescinde dall'accertamento pieno della responsabilità penale e, a ben vedere, anche del fatto di reato sulla scorta del quale potrebbe essere emessa la sanzione o misura ablativa.

Si tratta, in altre parole, di un provvedimento definitivo adottato sulla base di una logica e di un impianto probatorio tipici di un procedimento cautelare, in quanto il giudice deve accertare la possibilità di un eventuale provvedimento di merito affermativo della responsabilità penale.

¹¹ Dal punto di vista dell'art. 6 Cedu non si può evincere l'obbligo di sospendere il dibattimento qualora l'imputato si sottragga volontariamente al processo di cui abbia sufficiente conoscenza. In questo caso, infatti, si potrà piuttosto concludere nel senso della sua tacita rinuncia al diritto di partecipare al dibattimento. Su questi aspetti v. R. Esser, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, Berlino 2002, 721 ss. e, in particolare, 727.

¹² V. C. Eur, Gr. Ch., 6.12.1988, Barberà - Messegué - Jabardo c. Spagna.

A ben vedere la struttura di questo provvedimento si distingue da quella del congelamento soltanto per la definitività degli effetti: in entrambi i casi la valutazione circa la responsabilità penale – e, dunque, l'assoggettabilità alla confisca – dell'interessato è effettuata *ex ante* ed è di tipo probabilistico.

1.3.1. La confisca nei confronti di terzi è limitata ai proventi da reato, ovviamente nell'accezione estesa di provento di cui si fa portatrice la direttiva.

A tal proposito, è stata predisposta una fattispecie, per così dire, elastica, in quanto è previsto un limite massimo – la confisca non può mai essere disposta nei confronti dell'acquirente di buona fede – e minimo – la confisca deve sempre essere prevista qualora il terzo fosse a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza del fatto che il trasferimento sia avvenuto con lo scopo di evitare l'assoggettamento del bene al provvedimento ablativo.

L'obbligo d'introdurre la confisca verso terzi sussiste, dunque, esclusivamente nel caso in cui il terzo – volontariamente o negligenemente – si renda partecipe della dinamica elusiva.

La direttiva individua, inoltre, i parametri in base ai quali accertare questa partecipazione: essi sono in generale le caratteristiche concrete della vicenda, in particolare la sproporzione tra la controprestazione del terzo e il valore del bene o il fatto che il trasferimento sia avvenuto a titolo gratuito. Si tratta evidentemente di indicazioni di natura presuntiva, che non autorizzano alcun automatismo probatorio.

La confisca nei confronti di terzi non è definita come provvedimento di natura sussidiaria rispetto alla confisca ordinaria: a tale conclusione si perviene sulla base della lettura della premessa n. 25. Ciò sta a significare che l'ordinamento nazionale è libero di prevedere che si proceda alla confisca nei confronti del terzo anche qualora sia teoricamente ancora possibile la confisca per equivalente nei confronti del diretto interessato.

1.4. Il congelamento dei beni è, come già accennato, un provvedimento strumentale alla confisca. Questa caratteristica emerge chiaramente dal fatto che l'istituto del *freezing* è sempre accostato alla prospettiva del provvedimento definitivo di confisca («*with a view to possible subsequent confiscation*»). Inoltre l'art. 8 co. 3 espressamente sancisce che l'efficacia del congelamento non possa estendersi oltre il tempo necessario ad assicurare l'eseguibilità del provvedimento di confisca.

Il nesso strumentale, per lo meno a livello di legislazione europea, è pertanto innegabile, al punto da ripercuotersi sulle vicende estintive del congelamento. Infatti, come dispone l'art. 8 co. 5, il bene congelato che non sia successivamente sottoposto a confisca deve essere restituito all'avente diritto, secondo le procedure stabilite dal diritto nazionale.

Data la natura strumentale del congelamento, non è necessario soffermarsi sui presupposti della sua applicazione, i quali possono essere desunti dalle caratteristiche della confisca, in quanto il congelamento si

situa necessariamente in un contesto di possibile applicazione di tale provvedimento definitivo. In particolar modo, il novero dei reati in riferimento ai quali è applicabile il congelamento così come le categorie di beni su cui esso può incidere non possono che corrispondere a quelli previsti in tema di confisca.

Un'ultima considerazione in tema di congelamento deve essere dedicata ai rapporti tra questa forma di cautela e le ipotesi speciali di confisca di cui agli artt. 4 co. 2 e 6. In altre parole, si tratta di verificare se il congelamento sia ammissibile anche in ottica strumentale alle confische speciali.

In riferimento all'art. 6, il punto è espressamente affrontato e risolto in senso affermativo dall'art. 7 co. 2. In relazione all'art. 4 co. 2 bisogna invece osservare che, prima che si verifichi l'impedimento alla prosecuzione del procedimento, il congelamento può essere adottato secondo le regole ordinarie, mentre in seguito o vi sono i margini per procedere direttamente alla confisca o evidentemente mancano anche i presupposti del congelamento.

1.5. Visto che il provvedimento di confisca presuppone, di regola, la pronuncia di una sentenza definitiva di condanna o comunque l'avvio di un procedimento penale, sembrerebbe naturale che la competenza ad emetterlo fosse riservata all'autorità giudiziaria.

Ad una simile conclusione sembra inoltre doversi pervenire per via indiretta e precisamente a partire dalle disposizioni in tema di congelamento.

Sia l'art. 7 co. 1 che l'art. 8 co. 4 chiariscono che l'autorità competente in tema di congelamento può non essere l'autorità giudiziaria. È, infatti, prevista proprio per tale ipotesi una disciplina specifica, a mente della quale il provvedimento di congelamento emesso da un'autorità diversa dall'autorità giudiziaria deve essere innanzi tutto convalidato o riesaminato da quest'ultima e, in un momento successivo, suscettibile d'impugnazione dinanzi alla stessa. Occorre, dunque, osservare che il congelamento può essere disposto dall'autorità giudiziaria o da una diversa autorità all'uopo competente: nel primo caso, esso può essere impugnato dinanzi ad un differente organo giudiziario, nel secondo caso esso deve essere convalidato o riesaminato dall'autorità giudiziaria prima di poter essere impugnato di fronte ad altro organo giudiziario.

Poiché il provvedimento di confisca – data la stabilità degli effetti – è per definizione più invasivo del congelamento, un meccanismo di garanzia analogo avrebbe dovuto essere previsto qualora fosse stata consentita l'adozione della confisca da parte di un organo diverso dall'autorità giudiziaria. Visto che queste disposizioni si riferiscono invece esclusivamente al congelamento – mentre per la confisca è previsto dall'art. 8 co. 6 semplicemente il potere d'impugnazione dinanzi ad un differente organo giudiziario – si può concludere *a fortiori* che la confisca possa essere disposta soltanto dall'autorità giudiziaria.

2. Nei paragrafi precedenti si è cercato di dar conto degli aspetti essenziali della direttiva 2014/42/UE. In questa sede, è stata omessa l'analisi di quelle disposizioni che esulano dall'ambito d'interesse penalistico: si pensi alle norme sulla gestione dei beni confiscati (art. 10) o sulla redazione e la raccolta di statistiche in materia di confisca (art. 11). A questo punto, è necessario considerare le possibili ricadute della direttiva nell'ordinamento italiano.

Nell'ottica di semplificare il quadro che emerge dalla direttiva, è possibile procedere alla seguente schematizzazione degli obblighi incombenti sul legislatore nazionale:

a) previsione della confisca dell'*instrumentum sceleris* o di un bene di valore equivalente in riferimento ai reati di cui all'art. 3;

a1) previsione della confisca dell'*instrumentum sceleris* o di un bene di valore equivalente nel corso del procedimento penale per l'accertamento di uno dei reati di cui all'art. 3, allorché il procedimento non possa proseguire per fuga, malattia dell'indagato o dell'imputato o altri fattori analoghi;

b) previsione della confisca dei proventi da reato – nell'accezione ampia cui si è fatto più volte riferimento – o di beni di valore equivalente in riferimento alle fattispecie di cui agli artt. 3 e – per i proventi indiretti – 5 co. 2;

b1) previsione della confisca dei proventi da reato o di beni di valore equivalente nel corso del procedimento penale per l'accertamento di uno dei reati di cui agli artt. 3 e – per i proventi indiretti – 5 co. 2, allorché il procedimento non possa proseguire per fuga, malattia dell'indagato o dell'imputato o altri fattori analoghi;

c) previsione – non necessariamente come ipotesi residuale rispetto al caso *b)* – della confisca dei proventi da reato o di beni di valore equivalente nei confronti di terzi che, non essendo in buona fede, abbiano ottenuto il trasferimento del bene sapendo (volontarietà) o avendo dovuto sapere (negligenza) che il trasferimento avveniva al fine di eludere il meccanismo della confisca;

d) previsione del congelamento come cautela in riferimento alle ipotesi di confisca *sub a), b) e c)*.

La verifica della sussistenza nell'ordinamento italiano di misure o sanzioni – analoghe alla confisca e al congelamento – in riferimento a ciascuna delle ipotesi criminose di cui agli artt. 3 e 5 co. 2 esula dall'oggetto del presente lavoro.

L'aspetto di maggiore interesse è, infatti, un altro: è opportuno verificare se l'ordinamento italiano abbia già a disposizione strumenti giuridici idonei a produrre gli effetti ablativi che la direttiva riconnette alla confisca e al congelamento o se sia invece necessario, al fine di non incorrere in una violazione del diritto euro-unitario, coniare istituti giuridici nuovi.

La confisca dell'*instrumentum sceleris* non è una novità per il nostro ordinamento: essa è già prevista come istituto di carattere generale dall'art. 240 co. 1 Cp, sotto forma di misura di sicurezza patrimoniale. Non si rinviene invece né nel codice penale né nella legislazione

penale complementare una disposizione generale sulla confisca di un bene di valore equivalente all'*instrumentum sceleris*. Sembrano mancare previsioni di questo tipo anche in riferimento a particolari ipotesi criminose.

In effetti, la confisca dello strumento del reato ha natura squisitamente preventiva e si fonda sul pericolo che sorgerebbe dalla permanenza dell'oggetto in questione nella disponibilità dell'autore¹³. Nel momento in cui si ammette la possibilità di confiscare un valore equivalente a quello dello strumento, viene travalicato il limite logico dello scopo precauzionale: un intervento di questo genere, avendo ad oggetto il valore equivalente e non direttamente lo strumento pericoloso, non può assumere alcuna natura preventiva e, di conseguenza, smarrisce quel riferimento teleologico che solo può legittimare la confisca dei beni strumentali alla commissione del reato. La *ratio* di quest'ipotesi di confisca per equivalente sembra pertanto difficile da individuare.

Questa considerazione è confermata dal fatto che sia l'art. 3 della decisione quadro 2001/500/GAI, sia l'art. 2 della decisione quadro 2005/212/GAI limitavano in modo più razionale la confisca per equivalente al caso dei proventi da reato.

Per quanto attiene alla confisca dei proventi da reato, bisogna specificare che la nozione di provento è talmente ampia da ricomprendere al suo interno quella di prezzo, prodotto e profitto, sia diretto che indiretto¹⁴.

L'ordinamento italiano prevede già ipotesi di confisca del prodotto – si pensi al caso generale del citato art. 240 co. 1 Cp – nonché del profitto e del prezzo del reato, anche per equivalente, come previsto dall'art. 322-ter Cp¹⁵ –.

Non è possibile in questa sede soffermarsi sulle delicate questioni relative alla nozione di profitto confiscabile nel diritto interno. Bisogna dare atto del fatto che, a fronte di una tradizionale concezione restrittiva del profitto confiscabile – secondo la quale esso corrisponderebbe all'u-

¹³ Sulla natura precauzionale della confisca dello strumento utilizzato per la commissione del reato cfr. Cass., S.U., 22.1.1983, in *GP* 1984, II, 35. Cass., 19.3.1986, n. 9903, in *CP* 1987, 2115 fa riferimento al "rapporto di «asservimento» effettivo tra cosa e reato nel senso che la prima deve risultare oggettivamente collegata al secondo da un nesso strumentale che riveli effettivamente la possibilità futura del ripetersi di un'attività punibile".

¹⁴ Sul punto v. F. Bottalico, *Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronto*, in *RIDPP* 2009, 1741. L'A osserva inoltre che il termine *proceed* indicherebbe in generale i proventi della condotta illecita e dunque il profitto lordo, mentre il termine *profits* farebbe riferimento al guadagno, quindi al solo profitto netto.

¹⁵ Cfr. F. De Simone, *La 'piccola' modifica alla confisca per equivalente*, cit., 778 e ss. In questo articolo ci si sofferma sulla recente modifica – ad opera della l. 6.11.2012, n. 190 – che ha interessato l'art. 322-ter co. 1 Cp, prevedendo per l'appunto la possibilità di applicare l'istituto della confisca per equivalente non solo – come previsto dalla versione previgente della norma – al prezzo, ma anche al profitto del reato. In questo modo il legislatore ha armonizzato le previsioni del citato primo comma con quelle del successivo secondo comma.

tilità economica immediatamente derivante dal reato¹⁶ – è diffusa anche un'esegesi meno stringente – secondo cui il profitto ricomprenderebbe anche i vantaggi ottenuti indirettamente¹⁷.

Senza pretesa di esaurire la complessa tematica, sembra preferibile adottare la nozione restrittiva di profitto¹⁸, se non altro per evitare che si riproponga nel diritto interno la difficoltà – presente, come segnalato, nella direttiva – di distinguere tra confisca del profitto indiretto e confisca allargata.

Se si accoglie tale prospettiva ermeneutica, la confisca del profitto secondo il diritto interno corrisponderà alla confisca del provento diretto secondo il diritto dell'Unione, mentre la confisca allargata si porrà come corrispettivo nazionale della confisca del provento indiretto.

A tal fine, è necessario verificare se un meccanismo del tipo previsto dall'art. 12-*sexies*, d.l. 8.6.1992 n. 306, conv. in l. 7.9.1992 n. 356 possa corrispondere all'istituto della confisca del provento indiretto, così come delineata a livello euro-unitario.

In senso affermativo sembra deporre il fatto che sia il citato art. 12-*sexies* sia l'art. 5 co. 1 della direttiva si riferiscano al criterio della sproporzione tra il valore del bene e il reddito legittimo. In altre parole, se si interpreta l'art. 5 co. 1, piuttosto che come un'ipotesi ulteriore di confisca, come una precisazione dei criteri d'individuazione dei beni confiscabili a titolo di provento indiretto, allora si può ricondurre il meccanismo di cui al citato art. 12-*sexies* nel contesto delineato a livello euro-unitario.

In altre parole, la confisca del provento indiretto corrisponde ad un provvedimento ablativo di quei cespiti patrimoniali che, pur non rappresentando in senso stretto il profitto del reato, siano stati acquisiti impiegando le utilità economiche direttamente ricavate dalla condotta illecita.

In questi termini, si può dire che il citato art. 12-*sexies*, insieme all'istituto della confisca del profitto, rappresenti il corrispettivo nell'ordinamento interno delle ipotesi *sub b*). Si noti, inoltre, che il comma 2-*ter* del citato art. 12-*sexies* già disciplina un'ipotesi di confisca allargata per

¹⁶ In tal senso Cass., S.U., 24.5.2004, Curatela fallimento S.r.L. P.I., in *D&G* 2004, (34), 80. V. in relazione alla confisca *ex art.* 322-*ter* Cp anche Cass., 4.11.2003, n. 46780, in *CP* 2005, 1250, laddove sono qualificati come profitto quei beni "legati da un rapporto di pertinenzialità diretta con l'accorso corruttivo" (trattavasi di un caso di corruzione in atti giudiziari *ex art.* 319-*ter* Cp.). Sull'orientamento restrittivo – definito "causale-diretto" – v. anche F. Bottalico, *Confisca del profitto e responsabilità degli enti*, cit., 1730.

¹⁷ Cfr. Cass., S.U., 25.10.2007, Miragliotta, in *CEDCass*, m. 238700. Su questi aspetti v. in generale il commento *sub art.* 240 in E. Dolcini, G. Marinucci (cur.), *Codice penale commentato*³, Milano 2011, 2403 e ss. v. anche F. De Simone, *La 'piccola' modifica alla confisca per equivalente*, cit., 779.

¹⁸ In tal senso v. anche T. Padovani, *Diritto penale*¹⁰, Milano 2014, 357: «Per "profitto" si intende il vantaggio economico ricavato in via diretta e immediata dal reato». V. anche Cass., S.U., 27.3.2008 n. 26654, in *CP* 2008, 4544, con nota di L. Pistorelli. Su quest'ultima pronuncia si legga anche F. Bottalico, *Confisca del profitto e responsabilità degli enti*, cit., 1744 e ss.

equivalente, il che conferma la corrispondenza tra questa disposizione e le previsioni della direttiva, in cui è prevista allo stesso modo la confisca per equivalente del provento indiretto.

Restano da analizzare le ipotesi *sub a1, b1, c e d*.

Muovendo dalle prime due, bisogna rilevare come nell'ordinamento italiano le ipotesi di confisca *post delictum* siano generalmente ancorate al presupposto di un provvedimento definitivo e si pongano, pertanto, in un'ottica differente da quella delineata dall'art. 4 co. 2 della direttiva, in cui è prevista l'applicazione del provvedimento ablativo anche in casi in cui non sia possibile la definizione del giudizio di merito.

In effetti, l'idea di una confisca *post delictum* ordinata sulla scorta di un giudizio di possibilità della condanna si pone in contrasto sia con la concezione della confisca in termini di misura di sicurezza, sia con la riconduzione della confisca alla categoria della pena. Nell'ordinamento italiano, infatti, l'accertamento del fatto in un processo a cognizione piena è presupposto indefettibile sia della pena – come si evince chiaramente dall'art. 25 co. 2 Cost. – sia della misura, come si ricava dall'art. 202 Cp.

Si sottolinea il riferimento all'accertamento del fatto, che non equivale necessariamente alla pronuncia di una sentenza di condanna. Un'affermazione in tal senso, infatti, si porrebbe in contrasto con le ipotesi di cosiddetta confisca senza condanna previste dall'ordinamento nazionale¹⁹. In particolar modo, si fa riferimento a quei casi in cui il diritto interno consente l'applicazione della confisca nonostante l'estinzione del reato.

Poiché l'applicazione della confisca a prescindere dalla condanna nell'ordinamento italiano rappresenta nella maggior parte dei casi una soluzione non pacifica, oggetto di critiche soprattutto alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo²⁰, si farà qui riferimento a una delle ipotesi che suscita minori perplessità sul piano applicativo, per lo meno nella giurisprudenza nazionale.

L'esempio è quello tratto dall'art. 301 co. 1 d.P.R. 23.1.1973 n. 43: si tratta della confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato di contrabbando e delle cose che ne sono l'oggetto ovvero il prodotto o il profitto.

In questo caso la norma non fa riferimento alla sentenza di condanna ed è ritenuta dalla giurisprudenza applicabile a prescindere dall'accertamento della responsabilità penale²¹. Ciononostante essa non si pone nella prospettiva dell'art. 4 co. 2 della direttiva, in quanto è comunque previsto come presupposto indefettibile del provvedimento di

¹⁹ Sul punto v. M. Panzarasa, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *RIDPP* 2010, 1672 e ss.

²⁰ Cfr. C. eur., 25.9.2008, Paraponiaris c. Grecia; C. Eur., 20.1.2009, Sud Fondi s.r.l. et al. c. Italia. Sul punto v. M. Panzarasa, *Confisca senza condanna?*, cit., 1691 e ss.

²¹ Cfr. Cass., 26.11.2008, n. 3201, citata da M. Panzarasa, *Confisca senza condanna?*, cit., 1685 e s.

confisca l'accertamento del fatto oggettivo del contrabbando. Al giudice non è pertanto consentito di limitarsi ad una valutazione di possibilità della condanna, come invece afferma la direttiva²².

Non sembra dunque che la confisca senza condanna, nei limiti in cui essa è già riconosciuta dall'ordinamento italiano, possa rappresentare lo strumento giuridico per dare attuazione all'art. 4 co. 2 della direttiva. Lo stesso va detto in riferimento ai provvedimenti di natura cautelare previsti nel corso del procedimento penale – si pensi al sequestro preventivo – i quali si pongono nell'ottica del congelamento, non della confisca, in quanto non hanno il carattere della definitività. A ben vedere, l'esecuzione nell'ordinamento interno dell'art. 4 co. 2 corrisponderebbe all'estensione – nel settore della confisca *post delictum* – di un meccanismo che ricorda piuttosto quello delle misure di prevenzione, in quanto prescinde dalla cognizione piena del fatto. Ciò avverrebbe nonostante la circostanza che la misura di prevenzione sia per definizione applicata *ante delictum*, mentre il sistema delle misure di sicurezza e la stessa direttiva si pongono in un'ottica *post delictum*.

È verosimile, pertanto, che proprio l'implementazione dei casi *sub a1* e *b1* sia destinata a rappresentare il momento di maggiore novità e attrito rispetto alla configurazione odierna del nostro ordinamento nazionale. Inoltre, sembra che l'art. 4 co. 2 della direttiva si ponga in contrasto con i principi enucleati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di confisca *post delictum*²³.

Anche il caso *sub c* ripropone nel contesto della confisca *post delictum* un meccanismo che finora l'ordinamento italiano riserva alla confisca di prevenzione. Infatti né l'art. 240 Cp, né le altre ipotesi speciali di confisca *post delictum*, né lo stesso art. 12-*sexies* dapprima menzionato prevedono la possibilità di estendere la confisca nei confronti di terzi, così come delineata dall'art. 6 della direttiva.

Nell'ordinamento italiano il procedimento più affine a quello previsto dall'art. 6 è disciplinato dall'art. 26 d.lgs. 6.9.2011 n. 159. Questa disposizione sancisce al primo comma la possibilità di estendere la confisca al bene che sia stato fittiziamente trasferito a terzi e individua al secondo comma elementi da cui presumere la natura fittizia del trasferimento.

I requisiti enucleati dal citato art. 26 appaiono più stringenti rispetto a quelli previsti dall'art. 6 della direttiva. Il giudice, infatti, può evincere la natura fittizia del trasferimento o dalla sussistenza di un rapporto di coniugio, convivenza, parentela o affinità tra l'interessato e il terzo o dal fatto che il trasferimento sia a titolo gratuito o fiduciario. In

²² Si veda sul punto anche Cass., 25.5.2010, n. 32273, *CEDCass*, m. 248409: questa pronuncia, sposando l'orientamento secondo cui nel caso di cui all'art. 12-*sexies*, d.l. 8.6.1992, n. 306, conv. in l. 7.9.1992, n. 356, il giudice può disporre la confisca anche qualora dichiarato prescritto il reato, afferma che una simile decisione presuppone comunque l'accertamento del fatto di reato. Su questi aspetti v. M. Panzarasa, *Confisca senza condanna?*, cit., 1681 e ss.

²³ V. *supra*, nota n. 21.

entrambi i casi, inoltre, è necessario che il trasferimento si collochi in una determinata cornice cronologica anteriore alla proposta di misura di prevenzione.

Queste garanzie sono estranee alla direttiva, la quale, per lo meno nel caso in cui il terzo sia a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della finalità elusiva dell'atto traslativo, non pone limitazioni di sorta all'estensione del potere di confisca.

Sul punto, si registra una significativa retrocessione dei margini di tutela del terzo rispetto all'art. 3 co. 3 della decisione quadro 2005/212/GAI, in cui l'estensione della confisca era limitata a casi in cui potesse presumersi l'intestazione fittizia del bene a favore di una persona giuridica o in cui lo stesso fosse stato acquistato da un soggetto strettamente legato all'alienante²⁴.

Per quanto concerne il punto *d*, la risposta relativa alla conformità dell'ordinamento italiano alle prescrizioni euro-unitarie non può essere fornita a prescindere dalla valutazione delle ipotesi di confisca rispetto alle quali l'eventuale provvedimento cautelare corrispondente al congelamento si ponga in relazione strumentale.

Sia nel caso della confisca *post delictum* che in quello della confisca *ante delictum* la possibilità di anticipare in sede cautelare gli effetti del provvedimento definitivo – mediante il sequestro preventivo, se si tratta di confisca *post delictum*, o il sequestro di prevenzione, se si tratta di confisca *ante delictum* – è prevista dal nostro ordinamento: risolto dunque il problema relativo alla corrispondenza alle prescrizioni della direttiva dello strumento interno della confisca *ante o post delictum*, ne consegue che anche le disposizioni europee in tema di congelamento potranno rinvenire per ciò solo un istituto corrispondente nel diritto nazionale.

Si è rilevato che le ipotesi *sub a* e *b* non pongono problemi particolari in tema d'implementazione. Diverso è il discorso per le ipotesi *a1*, *b1* e *c*, mentre per il congelamento – *d* – la risposta segue automaticamente a quella fornita nei casi di confisca.

Sebbene sussistano delle analogie tra le ipotesi problematiche *a1*, *b1* e *c* e le disposizioni attualmente vigenti nel nostro ordinamento in materia di misure di prevenzione, si è potuto agilmente osservare che il d.lgs. 6.9.2011 n. 159 non appare idoneo a venire incontro alle richieste del diritto dell'Unione.

Rispetto ai casi *a1* e *b1*, infatti, bisogna rilevare che la confisca di prevenzione, pur potendo essere applicata a prescindere dalla condanna in sede penale, si colloca al di fuori del procedimento penale e cioè nel contesto specifico del procedimento di prevenzione. Inoltre, il parame-

²⁴ Sulla confisca nei confronti di terzi secondo le disposizioni della decisione quadro 2005/212/GAI cfr. G. Dannecker, J. Bülte, *Die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts unter dem Einfluss des Europarechts*, in H.B. Wabnitz, T. Janovsky (a cura di), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*⁴, Monaco di Baviera 2014, 121. Sui profili legati all'ordinamento italiano v. A. Fraioli, *Note in materia di confisca e persona estranea al reato*, in *GM* 2010, 859B.

tro in base al quale si decide sulla misura di prevenzione non corrisponde a quello della valutazione circa la possibilità che il procedimento, qualora non avesse dovuto essere interrotto per la fuga o la malattia dell'indagato o dell'imputato, si sarebbe concluso con un accertamento positivo della responsabilità penale.

In merito al caso *sub c* si sono già sottolineate le discrasie tra la confisca di prevenzione nel caso di trasferimento fittizio a terzi e la confisca nei confronti di terzi di cui all'art. 6 della direttiva.

Sembra pertanto che, in ossequio alla direttiva, il legislatore italiano sarà chiamato ad introdurre una nuova ipotesi di confisca *post delictum* dei beni strumentali e dei proventi da reato (nel senso ampio cui si è più volte accennato) a prescindere dalla sentenza di condanna – e, dunque, dall'accertamento in sede di giudizio di cognizione della sussistenza del fatto di reato – nonché la possibilità di estendere la confisca *post delictum* nei confronti di terzi, alla luce di parametri meno stringenti di quelli stabiliti dallo stesso codice antimafia.

A tutto ciò va aggiunto che la direttiva prevede anche la confisca per equivalente dell'*instrumentum sceleris*, ipotesi che pare quindi destinata a fare per la prima volta la sua comparsa nel nostro ordinamento penale.

**Lo sport che non diverte:
frode sportiva e violenza negli stadi
ancora al vaglio del legislatore**

D.l. 22.8.2014 n. 119, convertito con modificazioni in l. dalla l. 17.10.2014 n. 146 (d.l. 22.8.2014 n. 119 in GU 22.8.2014 n. 194; l. 17.10.2014 n. 146 in GU 21.10.2014 n. 245)

Analisi di DOMENICO NOTARO

SOMMARIO: 1. Introduzione: coordinate e finalità del provvedimento. – 2.1. Le modifiche concernenti il reato di frode in competizioni sportive. – 2.2. Le conseguenze sui rapporti con il delitto di doping. – 3.1. I nuovi strumenti di prevenzione dei fenomeni di violenza negli stadi. Le modifiche al divieto di accesso ai luoghi dove si svolgono le competizioni sportive. – 3.2. Il sindacato di convalida della prescrizione di comparizione personale. – 3.3. L'applicazione delle misure di prevenzione personali applicabili dal Tribunale. – 3.4. Le altre misure di carattere preventivo destinate a fronteggiare i tifosi violenti. – 4. Le disposizioni volte ad adeguare le procedure di riconoscimento dello *status* di protezione internazionale. – 5. Le misure di potenziamento della funzionalità del Ministero dell'Interno.

1. Il testo normativo in esame concerne fenomeni fra loro eterogenei: da un lato, le manifestazioni di criminalità che si agitano in occasione dello svolgimento degli appuntamenti sportivi di maggior richiamo nazionale; dall'altro, i flussi migratori di stranieri provenienti dalle aree più disagiate del mediterraneo e in cerca di sistemazione nel Continente europeo. Tali fenomeni hanno però in comune, innanzitutto, la loro pertinenza alle competenze istituzionali del Ministero dell'Interno, chiamato a salvaguardare l'ordine pubblico: non a caso, la terza parte del "pacchetto" di misure normative contiene provvedimenti rivolti a potenziare, in particolare, le dotazioni (anche finanziarie) delle forze di Polizia e del Corpo dei vigili del fuoco. Inoltre, agli occhi del legislatore, i fenomeni considerati sottendono un tasso di così rilevante "emergenza" criminale, da sollecitare il ricorso allo strumento della decretazione d'urgenza¹.

Si deve nondimeno rilevare che le emergenze considerate sono ben lungi dal costituire fenomeni di nuova emersione², essendo semmai in-

¹ Esplicita in tal senso la *Relazione al d.d.l. n. 2616*, presentata dalla maggioranza alla Camera dei deputati per la conversione in legge del d.l. 22.8.2014 n. 119, reperibile sul sito www.camera.it, secondo cui entrambi i fenomeni considerati denotano un riacutizzarsi durante la stagione estiva. Opposta, invece, la valutazione della Relazione di minoranza n. 2616 *A-bis*, secondo cui i requisiti di straordinaria necessità ed urgenza non vi sono affatto.

tollerabile il grado di problematicità da esse raggiunto negli ultimi tempi. Da un lato, la crisi sociale e culturale in cui affonda la passione sportiva³, continua a manifestarsi in forme tanto pericolose quanto sorprendenti, come dimostrano le vicende consumatesi intorno ad alcune partite di calcio, sia della Nazionale, che dei più importanti *clubs* professionistici⁴. A questa emergenza l'attuale legislatore si rivolge, peraltro, non solo con nuove prescrizioni destinate a contrastare i tifosi violenti, ma anche con modifiche apportate al reato di frode in competizioni sportive, salito nuovamente alla ribalta delle cronache giudiziarie per eclatanti casi di *combines* di cui si è dovuta occupare la magistratura ordinaria.

Di tutt'altro tenore è il disastroso fenomeno migratorio cui la politica continentale (e non solo) stenta ad offrire risposte rispettose dei valori di dignità della persona e di civiltà collettiva. Ad esso si rivolge il pacchetto di interventi tesi a rendere più efficienti le procedure di riconoscimento dello *status* di protezione internazionale per i migranti. Non essendo varate misure di stampo penalistico in quest'ambito, dei nuovi accorgimenti predisposti si darà conto solo sommariamente nel corso di questo commento.

Sul versante della criminalità da stadio l'odierno legislatore, rompendo un *trend* che lo aveva esasperatamente caratterizzato almeno dal 2001 in qua, ha scelto di non aggiornare l'armamentario propriamente penale degli strumenti di contrasto alle "manifestazioni" più esagitate di tifo sportivo, preferendo dedicarsi a rafforzare l'apparato preventivo delle condotte criminali. Non si registrano, infatti, sostanziali interventi sulle

² Basti considerare come almeno il problema della criminalità "da stadio" vanti un'esperienza normativa ultraventennale, scandita da ricorrenti modifiche, interpolazioni, inasprimenti e progressive articolazioni degli strumenti repressivi apportate sull'onda emozionale di tragici fatti di cronaca: v., per un *excursus* su tali precedenti, L. Fornari, *Giochi e scommesse. L. 13.12.1989, n. 401. Interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestini e tutela della correttezza nello svolgimento di manifestazioni sportive*, in F.C. Palazzo, C.E. Paliero, *Commentario breve delle leggi penali complementari*², Padova 2007, 1764; più analiticamente S. Del Corso, sub art. 6, l. 13.12.1989, n. 401. *Interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestini e tutela della correttezza nello svolgimento di competizioni agonistiche*, in LP 1990, 113 ss.; E. Marzaduri, L. Bresciani, sub art. 1 d.l. 22.12.1994 n. 717, conv. con modif. dalla l. 24.2.1995 n. 45. *Misure urgenti per prevenire fenomeni di violenza in occasione di competizioni agonistiche*, ivi 1995, 207 ss.; D. Notaro, S. Campanella, D.l. 20.8.2001 n. 336, conv. con modificazioni, in l. 19.10.2001 n. 377. *Disposizioni urgenti per contrastare i fenomeni di violenza in occasione di manifestazioni sportive*, ivi 2003, 11 ss.; S. Campanella, D. Notaro, *Ulteriori misure per contrastare i fenomeni di violenza in occasione di competizioni sportive* (d.l. 17.8.2005 n. 162, conv., con modif., in l. 17.10.2005 n. 210), ivi 2006, 1 ss.; S. Campanella, D. Notaro, *Misure urgenti per la prevenzione e la repressione di fenomeni di violenza connessi a competizioni calcistiche, nonché norme a sostegno della diffusione dello sport e della partecipazione gratuita dei minori alle manifestazioni sportive* (d.l. 8.2.2007 n. 8, conv., con modif., in l. 4.4.2007 n. 41), ivi 2008, 215 ss.

³ Il desolante panorama culturale che alimenta la perversa passione sportiva dei tempi presenti, è stigmatizzato, in particolare, da F. Mantovani, *Il calcio: sport criminogeno*, in RIDPP 2008, 1484 ss.

⁴ La memoria corre ai gravi disordini che, alcuni anni fa, hanno interessato le partite di calcio fra Italia e Serbia a Genova e, quest'anno, quelle fra Italia e Croazia a Milano e fra Fiorentina e Napoli a Roma (culminata con l'uccisione di un tifoso del Napoli).

fattispecie di reato⁵. Non che tale soluzione scongiuri qualunque obiezione; tuttavia, quanto ad un “approccio di fondo” al problema, la rinuncia ad inasprire ulteriormente l’apparato delle fattispecie sembra una buona notizia, dato che il panorama dei reati imputabili ai tifosi violenti, così come si presentava prima del recente intervento normativo, appare fra quelli più avanzati ed “estremi” per l’abbondanza di fattispecie ai limiti della compatibilità con i principi che reggono il sistema penale: reati di pericolo presunto o astratto-concreto sono, infatti, affiancati da reati-ostacolo e da reati da disobbedienza, i quali già comprendono le condotte più larvatamente aggressive dei beni offendibili dai tifosi.

Non deve peraltro essere trascurata la modifica – solo apparentemente marginale, eppure passata sotto silenzio presso gli organi di stampa – che investe in questa sede il reato di frode sportiva e che rappresenta l’unico intervento platealmente teso ad inasprire la risposta penale alle forme di criminalità sportiva. Sebbene la modifica sia volta a soddisfare in primo luogo istanze di maggiore severità di trattamento di certe pratiche delinquenziali, la stessa si rivela suo malgrado capace – forse più di quanto considerato dall’odierno legislatore – di alterare l’assetto di tutela destinato a fronteggiare le condotte fraudolente destinate ad influire sullo svolgimento delle prestazioni sportive.

2.1. L’art. 1 d.l. 22.8.2014 n. 119, convertito senza modificazioni nella l. 17.10.2014 n. 146, si occupa del reato di frode in competizioni sportive, contemplato dall’art. 1 l. 13.12.1989 n. 401. Com’è noto, tale fattispecie punisce chiunque offra o prometta denaro o altra utilità o vantaggio a taluno dei partecipanti ad una competizione sportiva organizzata dagli enti riconosciuti dallo Stato tramite il C.O.N.I. o l’U.N.I.R.E., allo scopo di alterare il regolare risultato della competizione medesima; la norma punisce, inoltre, l’atleta che accetti l’offerta o ne accolga la promessa e, ancora, chiunque compia «altri atti fraudolenti» volti al medesimo scopo di alterare il risultato della competizione.

L’odierno legislatore, senza toccare fisionomia e caratteri della fattispecie, inaspisce il trattamento sanzionatorio. La pena-base del reato sale dalla reclusione compresa fra un mese e un anno alla reclusione compresa fra due e sei anni; la multa, già prevista di entità variabile fra 258 e 1.032 Euro, è ora attestata fra i 1.000 e i 4.000 Euro. In più, scompare la possibilità di applicare la sola pena della multa «nei casi di lieve

⁵ Su tale versante si segnala soltanto l’ampliamento della fattispecie di introduzione all’interno di impianti sportivi di striscioni, cartelli, scritte o disegni inneggianti alla violenza o recanti ingiurie o minacce (art. 2-bis d.l. 8.2.2007 n. 8, conv. in l. n. 4.4.2007 n. 41, modificato dall’art. 3 co. 1 lett. a d.l. 119/2014, conv. in l. 146/2014) e l’inserimento del reato di manifestazione esteriore od ostentazione, in pubbliche riunioni, di emblemi o simboli propri o usuali di associazioni, organizzazioni, gruppi o movimenti che propugnano la discriminazione o il ricorso alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (art. 2 co. 1 d.l. 16.4.1993 n. 122, conv. in l. 25.6.1993 n. 205), fra quelli per i quali è consentito l’arresto in flagranza anche “differito” (art. 8 co. 1-bis l. 401/1989, modificato dall’art. 4 co. 1 lett. a d.l. 119/2014, conv. in l. 146/2014).

entità». Infine, nel terzo comma della disposizione richiamata – riguardante i più gravi casi nei quali il risultato della competizione di cui si voglia alterare l'esito, sia rilevante per lo svolgimento di concorsi pronostici e di scommesse regolarmente esercitate – la pena non è più autonomamente fissata nella reclusione da tre mesi a due anni e nella multa da 2.582 Euro a 25.822, ma si stabilisce ora che la reclusione di cui al fatto-base sia «aumentata fino alla metà», mentre la multa deve correre da 10.000 a 100.000 Euro.

Lo stesso legislatore non fa mistero del fatto che i nuovi limiti editali sono stati pensati per consentire più efficaci strumenti investigativi e di indagine, a cominciare dalla possibilità di fare ricorso alle intercettazioni telefoniche⁶, essenziali per accertare il compimento di condotte dalla consistenza psicologica, svincolate dal conseguimento di un'effettiva alterazione del risultato sportivo⁷. Ma, grazie ai nuovi limiti editali, anche la possibilità di ricorrere alle più efficaci misure cautelari detentive si dischiude alla magistratura requirente⁸. È noto che agli uni e agli altri accorgimenti, prima d'ora, si poteva ricorrere solo se vi fossero elementi per contestare all'indagato l'appartenenza ad un'associazione per delinquere finalizzata al compimento della frode sportiva.

Data l'incidenza sfavorevole che le nuove disposizioni comportano sul trattamento sanzionatorio del reato, opportunamente il legislatore ha stabilito fin dall'emanazione del decreto-legge che le stesse sarebbero eventualmente divenute efficaci solo con l'entrata in vigore della legge di conversione del decreto d'urgenza. Non sono, d'altronde, solo di ordine processuale (e quindi rette dal principio *tempus regit actum*) le conseguenze cui danno luogo le nuove disposizioni. Gli effetti sostanziali delle modifiche apportate sono così destinati ad operare solo per i fatti commessi successivamente all'entrata in vigore della legge n. 146/2014.

In primo luogo, la scomparsa dell'attenuante speciale per i fatti di lieve entità comporta che anche per le frodi di risibile portata⁹ il giudice sarà tenuto ad applicare la pena detentiva, attestandola, oltretutto, a un livello di commisurazione almeno pari al doppio del *massimo* editale indicato dalla *previgente* previsione di base.

In secondo luogo, la modifica predisposta per la più grave ipotesi di frode accedente a competizioni legate a concorsi pronostici (art. 1 co. 3 l. 401/1989), in quanto volta ad aggravare *proporzionalmente* la pena

⁶ Cfr. *Relazione al d.d.l. n. 2616 cit.*, 10.

⁷ Per la conformazione della fattispecie cfr. Cass. 25.2.2010 n. 12562, in *CP* 2011, 331, con nota di D. Zingales.

⁸ Scettica, tuttavia, sul reale conseguimento di tale obiettivo la Relazione di minoranza al d.d.l. n. 2626 *A-bis cit.*, a causa della modifica dell'art. 275 Cpp. che non consente di disporre misure cautelari detentive qualora il giudice procedente ritenga che possa essere concretamente inflitta una pena non superiore a tre anni

⁹ T. Padovani, sub art. 1 l. 13.12.1989 n. 401, *Interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestini e tutela della correttezza nello svolgimento di competizioni agonistiche*, in *LP* 1990, 95, vi riconduceva i casi di frodi collegate a manifestazioni sportive di relativa importanza sociale e quelli che non abbiano concretamente influito sullo svolgimento della gara.

del reato base «fino alla metà», non soltanto “amplifica” l’inasprimento sanzionatorio già disposto per la fattispecie di base con la presente novella, ma potrebbe incidere sulla definizione della natura stessa della disposizione. La nuova indicazione dell’aumento della pena protrato “fino alla metà” sembrerebbe, infatti, corroborare la qualificazione della disposizione nei termini di una circostanza del reato, così sciogliendo il dubbio, avvertito sotto la precedente formulazione, che la stessa potesse costituire, invece, reato autonomo¹⁰. Se così è, allora, l’inasprimento della pena potrebbe, al limite, conseguire anche nell’eventualità di un’ignoranza colposa, da parte dell’agente, del collegamento della competizione con concorsi pronostici regolarmente patrocinati dallo Stato; l’operatività dell’aumento di pena sarebbe, però, concretamente rimesso all’eventualità che la frode aggravata non si accompagni a circostanze attenuanti da ritenersi equivalenti o addirittura prevalenti rispetto alla situazione presupposta dalla disposizione aggravante.

Ma, a ben vedere, è proprio l’inasprimento della pena della frode sportiva, stabilito per la previsione *di base* del reato, a sollecitare le maggiori riflessioni, per la possibilità che lo stesso produca indirettamente effetti considerevoli nei rapporti fra questa fattispecie e il delitto di doping disciplinato dall’art. 9 l. 14.12.2000 n. 376. Non è chiaro se tali possibili effetti siano stati adeguatamente considerati in sede legiferante.

2.2. Com’è noto, fin dai primi anni di vigenza della fattispecie contemplata dall’art. 1 l. 401/1989, ci si è chiesti se il delitto potesse operare anche per le condotte di doping, non solo eterogeno (cioè indotto da soggetti terzi rispetto allo sportivo), ma anche autogeno, ossia sollecitato dallo stesso atleta¹¹. La questione si poneva anche perché solo nel dicembre del 2000 è stata introdotta una specifica norma incriminatrice delle condotte di doping sportivo; fino a quel momento, infatti, non si disponeva di strumenti giuridici adeguati a contrastare, in particolare, le condotte dell’atleta che volontariamente assumesse sostanze capaci di potenziare artificialmente le sue prestazioni¹².

¹⁰ T. Padovani, *op. cit.*, 95; A. Traversi, *Diritto penale dello sport*, Milano 2001, 80. Viceversa L. Fornari, *op. cit.*, 1758, la riteneva senza dubbio una circostanza aggravante.

¹¹ La questione della possibile rilevanza “fraudolenta” delle condotte di doping *autogeno* ha attraversato la vicenda dell’accertamento dell’eventuale responsabilità penale rivestita dal ciclista Marco Pantani, trovato positivo ai controlli antidoping nel corso della manifestazione del “Giro d’Italia” del 1999. Condannato in primo grado dal Tribunale di Forlì per frode sportiva nel 2000, l’atleta venne assolto dalla Corte d’Appello di Bologna nel 2001. Su tale vicenda processuale v. S. Bonini, *Doping e diritto penale prima e dopo la legge 14.12.2000, n. 376*, in *Nuove esperienze di tutela nell’ambito dei reati contro la persona*, a cura di S. Canestrari, G. Fornasari, Bologna 2001, 280 s.; Id., *Doping e diritto penale*, Padova 2006, 109 s. Per un riesame critico della questione giuridica v. F. Bellagamba, *Intertemporalità e rapporti strutturali tra il reato di frode sportiva ed il reato di doping*, in *DPenCont* 2013, 76 ss.

¹² Del tutto insufficiente allo scopo si profilava, d’altronde, la l. 26.10.1971, n. 1099, in tema di tutela sanitaria delle attività sportive, specialmente dopo che gli illeciti da essa previsti sono stati depenalizzati nel 1981.

Il dubbio – che riguarda la frode c.d. generica, prevista dalla seconda parte del primo comma dell'art. 1 co. 1 l. 401/1989 e consistente nel compimento di «altri atti fraudolenti» rivolti a «raggiungere un risultato diverso da quello conseguente al corretto e leale svolgimento della competizione» – ha investito l'intera fisionomia della fattispecie, intersecandosi con l'individuazione del novero dei soggetti agenti del reato e con la definizione del significato di “atto fraudolento”.

Secondo un primo orientamento¹³, più aderente alla portata semantica dell'espressione adoperata dalla legge per formulare la norma, autori del reato potrebbero essere anche gli atleti, cui non sarebbe inibito porre in essere qualunque accorgimento fraudolento per influenzare artificialmente il risultato della competizione. A questa soluzione si arriva sia in ragione della *ratio legis* del reato, che intende preservare l'interesse alla lealtà sportiva nei confronti di chiunque possa minacciarlo, sia in ragione del carattere evidentemente residuale ed onnicomprensivo della frode generica la quale non distingue circa le modalità e il contesto in cui può essere perpetrato l'inganno. Sarebbe, d'altronde, profondamente contraddittorio punire gli estranei che predispongono stratagemmi per alterare il risultato sportivo e non anche gli atleti che, avendo più di altri il dominio dell'andamento della competizione di gioco, assi più facilmente possono conseguire l'esito vietato. Si è perciò ritenuto integrare il reato «anche l'atleta che abbia consapevolmente e volutamente accettato di compiere “altri atti fraudolenti” diversi da quelli dettagliatamente indicati dalla prima parte della stessa disposizione (ad esempio, accettando la somministrazione di sostanze dopanti per esaltare le proprie doti atletiche) al fine di alterare la genuinità del risultato di una competizione sportiva»¹⁴.

Secondo altro orientamento¹⁵, emerso fin dai primi anni di vigenza della fattispecie¹⁶, invece, autori del reato potrebbero essere soltanto gli “estranei” alla competizione sportiva, e quindi non gli atleti, sia perché la *ratio legis* della norma sarebbe orientata a proibire essenzialmente le forme *corruttive* di frode sportiva, sia perché l'interpretazione letterale e sistematica della disposizione penale mostra che il novero dei soggetti agenti che possono integrare il reato deve essere lo stesso per entrambe

¹³ A. Lamberti, *La frode sportiva*, Napoli 1990, 211; G. Vidiri, *La frode sportiva: soggetti e condotta del reato (art. 1 l. 13.12.1989, n. 401)*, in *RDSp* 1992, 132; Id., *Frode sportiva e repressione del giuoco e delle scommesse clandestine*, in *GP* 1992, II, 651.

¹⁴ Cass. 29.3.2007 n. 21324, in *GD* 2007 (24) 69 e in *CP* 2008, 2065. In favore di questa interpretazione si erano espressi a suo tempo T. Padovani, *op. cit.*, 94; R. Borgogno, *Sulla riconducibilità del “doping” al delitto di “frode in competizioni sportive”*, ex art. 1 l. 13.12.1989, n. 401, in *AP* 1992, 610 ss. La stessa è stata quindi appoggiata da S. Beltrani, *La somministrazione e l'assunzione di sostanze dopanti nello sport*, in *CP* 2008, 2086.

¹⁵ Cfr., per tutti, A. Traversi, *op. cit.*, 72.

¹⁶ Se ne fece portavoce per primo in giurisprudenza G.i.p. Roma 21.2.1992, Carnevale e a., in *RDSp* 1992, 123, a proposito della condotta di due calciatori della A.S. Roma e della Nazionale, trovati positivi ai controlli antidoping: escluso il reato di frode sportiva a loro carico, gli stessi subirono una squalifica dall'attività professionistica.

le modalità – corruttiva e generica – della frode; e, siccome per la forma corruttiva la condotta dell'atleta è eventualmente punita soltanto se egli accetta la promessa o l'offerta da altri proveniente (art. 1 co. 2 l. 401/1989), lo stesso dovrebbe ritenersi con riferimento alla realizzazione della modalità generica, la quale, quindi, non potrebbe essere perpetrata dagli atleti¹⁷. Corollario di tale interpretazione è la ridefinizione della fisionomia della fattispecie di frode generica. Se ne fece interprete la Corte di Cassazione già nel 1996. Secondo la Suprema Corte, onde restituire coerenza al sistema, il ricorrere dell'atto fraudolento dovrebbe essere subordinato all'accertamento di due condizioni implicitamente richieste dalla legge: la necessità che l'atto "proietti i suoi effetti all'esterno", rispetto alla sfera fisica di chi lo imbastisce; l'esistenza di una relazione di "sinallagmaticità" fra l'attività di distorsione della gara, perseguita dall'estraneo per il tramite dell'atleta, e l'offerta del danaro o di altra utilità dall'estraneo all'atleta¹⁸. Ne esce esclusa la possibilità di configurare il reato per le condotte esercitate dallo sportivo su se stesso. «Pertanto l'ambito di applicazione della legge non può essere esteso ai fenomeni autogeni di doping, che trovano la loro sanzione negli ordinamenti sportivi».

È l'affermazione del modello "corruttivo" di frode sportiva per l'intera fattispecie. Nei confronti di tale ricostruzione della versione "generica" del delitto la dottrina più attenta¹⁹ ha, tuttavia, rivolto considerazioni critiche per l'apoditticità dell'interpretazione elaborata dalla giurisprudenza e per il suo latente contrasto con il principio di legalità, essendo reciso il naturale apparentamento della previsione con il modello costituito dall'art. 640 Cp. Ma, ugualmente, la giurisprudenza che

¹⁷ Riprende tale orientamento, di recente, G.i.p. Bari 31.3.2012, s.n. «Con riferimento all'individuazione del soggetto attivo di tali ipotesi delittuose, deve escludersi che la fattispecie di cui al comma 1 possa applicarsi anche al partecipante alla competizione sportiva, non solo in considerazione della circostanza che la *ratio legis*, essendo la norma incriminatrice finalizzata soprattutto a contrastare forme di corruzione che dall'esterno si proiettano all'interno dell'ambiente sportivo, ma anche in virtù dell'interpretazione sia letterale che sistematica di tale disposizione. Più specificamente, il chiunque di cui al comma 1 sembra essere lo stesso soggetto dell'inciso ovvero compie altri atti fraudolenti ed esso, grammaticalmente, regge tutti i verbi descrittivi di condotte criminose che possono avere come destinatario anche il partecipante, per cui quest'ultimo, in caso di atti fraudolenti compiuti dall'*extraneus*, dovrebbe semmai essere considerato vittima di esso, non già correo, tanto più tenuto conto che se il partecipante accetta la dazione o la promessa di danaro o altra utilità, tale comportamento è comunque sanzionato ai sensi del comma 2».

¹⁸ Cass. 25.1.1996 n. 3011, in *CP* 1997, 529 s., in *GP* 1997, II, 172, e in *RDSp* con nota di Tanzi. «I comportamenti fraudolenti previsti dalla suddetta norma invero consistono in attività proiettate all'esterno delle persone che le hanno deliberate ed in qualche modo sinallagmatiche, posto che collegano alla distorsione della gara, che il soggetto esterno persegue, danaro od altra utilità perseguita dall'altro soggetto partecipante alla gara».

¹⁹ A. di Martino, *Giuoco corrotto, giuoco corruttore: due problemi penali dell'homo ludens*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino 2001, 242 ss. (e in *RIDPP* 2002, 140 ss.); G. Marra, *Tutela della salute umana ed etica sportiva nella nuova legge contro il doping. Profili penalistici*, in *CP* 2001, 2856; D. Zingales, *Osservazioni a Cass. sez. III, 25.2.2010, n. 12562*, in *CP* 2011, 332.

si è occupata dell'argomento, ha ritenuto di escludere che il doping *autogeno* valga ad integrare la frode sportiva²⁰.

Oltre a sollevare rilievi critici, l'interpretazione del reato influisce sulla configurazione dei suoi rapporti con il delitto di doping, introdotto dalla legge n. 376 del 2000. Nella misura in cui, infatti, l'ipotesi di frode generica si estenda a comprendere i fenomeni di doping (autogeno), si deve mettere in conto una pressoché inevitabile interferenza fra le fattispecie penali; viceversa, qualora la frode possa riguardare i soli casi di doping eterogeno, solo con questi si può profilare un concorso di reati²¹. Urge, comunque, capire in qual modo si possa disciplinare e risolvere la concorrente contestazione dei delitti e se, in particolare, gli stessi diano luogo ad un concorso (apparente) di norme o a una pluralità di reati con conseguente aggravio sanzionatorio della condotta degli agenti.

Pur muovendo dal consolidato approccio teso a valorizzare il dato strutturale delle fattispecie a confronto²², non si è giunti ad opinioni coincidenti circa la relazione insorgente tra frode in competizioni sportive e doping, in caso di assunzione o somministrazione di sostanze proibite per influenzare la prestazione dell'atleta e quindi l'esito della competizione sportiva. Secondo un orientamento maturato all'indomani dell'ingresso del delitto di doping nel sistema, le due fattispecie sarebbero fra loro in relazione di specialità reciproca per aggiunta bilaterale²³: la frode sportiva si caratterizzerebbe per l'indicazione del dolo specifico di alterazione della competizione, implicante un esito ulteriore rispetto a quello di potenziamento della prestazione del singolo atleta, oltre che per la necessità che le competizioni interessate siano "ufficialmente" organizzate da enti riconosciuti dallo Stato; il doping, viceversa, oltre a presupporre modalità di azione più precisamente tipizzate, prevede la possibilità che si agisca per eludere i controlli antidoping (c.d. manipolazione farmacologica o doping presunto), anziché per influire sulla prestazione sportiva²⁴. Nel caso ipotizzato si dovrebbe, quindi, rav-

²⁰ Lo riconosce anche M. Strumia, *Doping nel diritto penale*, in *DigDPen Agg*, II, 2004, 201. Oltre ad App. Bologna 23.10.2001, Pantani cit., si ricordino App. Torino 10.3.2006, G.A. e altro, in *CMer* 2006, 757; T. Trento 2.10.2003, P., in *GM* 2004, 1432. *Contra*, però, Cass. 29.3.2007 n. 21324 cit.; F. Bellagamba, *op. cit.*, 78.

²¹ Due sole ipotesi di doping sfuggono sicuramente ad una relazione di interferenza, perché capaci di integrare esclusivamente il delitto di frode sportiva generica: quella in cui siano somministrate sostanze non vietate dalle tabelle ministeriali sul doping, ma ugualmente capaci di alterare artificiosamente le prestazioni degli atleti, se usate in maniera *off-label*; quella di somministrazione di sostanze dopanti agli animali impegnati in gare organizzate da enti riconosciuti dallo Stato. Per questa demarcazione di ambito v. S. Beltrani, *op. cit.*, 2088; per una conforme applicazione v. T. Palermo, 16.1.2004, s.n., in *GM* 2004, 1089; *contra* App. Torino, 9.3.2006, G. e altro, in *RassDFarm* 2006, 1297.

²² Per la riaffermazione di un simile approccio, onde riconoscere l'apparenza o l'effettività di un concorso di reati, v. Cass., S.U., 28.10.2010 n. 1963, Giordano, in *CP* 2011, 2074; Cass., S.U., 28.10.2010 n. 1235, *ivi* 2011, 2501.

²³ A. di Martino, *op. cit.*, 249 e nt 32; A. Vallini, *L. 14.12.2000 n. 376. Disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping*, in *LP* 2001, 663 s.

²⁴ Conf. A. Vallini, *Doping. L. 14.12.2000, n. 376. Disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping*, in F.C. Palazzo, C.E. Paliero, *Commentario breve cit.*, 1752.

visare il perfezionamento di un concorso formale tra i reati, non impedito dall'anteposizione della clausola di riserva (a favore dei reati più gravi) che circonda il delitto di doping, dal momento che (anche a ritenere che questa possa funzionare per i reati in relazione di specialità reciproca) la frode sportiva risultava originariamente punita *meno* gravemente della fattispecie concorrente²⁵.

Altro orientamento (pur muovendo dai medesimi dati normativi strutturali sopra richiamati) ravvisava, invece, fra le fattispecie una relazione di specialità bilaterale suscettibile di essere risolta secondo il paradigma dell'art. 15 Cp²⁶. Prevalente dovrebbe ritenersi la fattispecie sul doping, in quanto risultante, oltre che maggiormente speciale²⁷, anche quella più gravemente sanzionata, come tale non inibita dalla clausola di riserva relativamente indeterminata.

Entrambi gli orientamenti passati in rassegna hanno potuto contare sulla circostanza che la clausola di riserva che apre l'art. 9 l. 376/2000, non esclude(va) l'operatività della fattispecie di doping, essendo questa (all'epoca) la norma più gravemente sanzionata. Basta confrontare, però, il nuovo disposto dell'art. 1 l. 401/1989, con quello, immutato, dell'art. 9 l. 376/2000, per rendersi immediatamente conto di come, per effetto delle modifiche apportate dal recente legislatore, le cose siano radicalmente cambiate: d'ora in poi, la norma più grave è quella che punisce la frode sportiva, sicché, in caso di concorrenza con il doping, l'intervento della clausola di riserva dovrebbe privilegiare l'applicazione della prima fattispecie. Si comprende, allora, come l'inasprimento della pena stabilita dall'art. 1 l. 401/1989 costringa il tema dei rapporti fra la frode in competizioni sportive ed il doping in un'alternativa perversa: o si assume di seguire l'interpretazione a suo tempo avallata dalla Sesta Sezione delle Corti di Cassazione nel 1996 (ma contraddetta dalla Seconda Sezione nel 2007, oltre che dalla dottrina), secondo la quale l'art. 1 l. 401/1989 non potrebbe mai punire le forme di doping autogeno; e allora a quest'ultimo riuscirebbe ad applicarsi l'art. 9 l. 376/2000. Oppure, l'interpretazione più ampia dell'art. 1 l. 401/1989 finirebbe col confinare l'ambito di operatività della fattispecie di doping entro margini oltremodo angusti: essenzialmente quelli di assunzione o somministrazione di sostanze dopanti nel contesto di pratiche sportive non ufficialmente organizzate – per chi ammette che la norma del 2000

²⁵ A. Vallini, *L. 14.12.2000 n. 376 cit.*, 664.

²⁶ Secondo F. Bellagamba, *op. cit.*, 81 s., la *frode generica* si presenta speciale *per aggiunta* quanto al dolo specifico di alterazione della competizione (rispetto al dolo di alterazione delle prestazioni agonistiche che rappresenta finalità più ampia), mentre si presenta speciale per specificazione quanto al novero delle competizioni che devono essere ufficialmente organizzate. Da parte sua, il *doping* si presenta speciale per specificazione quanto alle condotte e speciale *per aggiunta* quanto all'ulteriore finalità di manipolazione farmacologica, non considerata dall'art. 1 l. 401/1989. Nondimeno, secondo l'Autore, le fattispecie sarebbero fra loro «in rapporto di specialità reciproca, bilaterale in parte *per aggiunta* ed in parte *per specificazione*», sicché sarebbe possibile risolvere l'apparenza del concorso secondo il criterio posto dall'art. 15 Cp.

²⁷ S. Beltrani, *op. cit.*, 2088.

possa trovare applicazione in tali ambiti²⁸ – e quelli di utilizzo di sostanze dopanti al mero fine di alterare l'esito dei controlli medici sull'atleta; al di fuori di queste ipotesi, in sostanza, si dovrebbe decretare la tacita abrogazione del delitto di doping.

E allora, per recuperare un ambito di applicazione coerente con l'importanza del sistema normativo ed amministrativo imbastito dalla l. n. 376/2000 (quale emerge dalle finalità politico-criminali a suo tempo perseguite, dall'attribuzione ai Ministeri della Salute e dello Sport di compiti di regolamentazione amministrativa e dall'istituzione della Commissione per la vigilanza sul doping), non rimarrebbe che insistere con l'interpretazione profilata nel 1996. Questa richiederebbe, tuttavia, di comporre il latente contrasto aperto dalla pronuncia della Corte di Cassazione nel 2007, oltre che di accettare una fisionomia strutturale della fattispecie dell'art. 1 l. 401/1989, non immediatamente evincibile dal testo normativo. Eppure, questa stessa interpretazione – con l'attrarre pressoché inevitabilmente le ipotesi di doping *eterogeno* all'ambito dell'art. 1 l. 401/1989, lasciando quello *autogeno* al trattamento riservato dall'art. 9 l. 376/2000 – presenterebbe, forse, un inaspettato e sorprendente vantaggio: punire assai più gravemente le condotte del primo tipo (doping eterogeno), rispetto al secondo, così recuperando ad un più accettabile rapporto di proporzione il trattamento fra i due fenomeni di doping da sempre ritenuti portatori di un disvalore e di un significato offensivo differenti²⁹.

3.1. L'art. 2 d.l. 119/2014 in esame (in questa parte immediatamente efficace e tuttavia convertito con modificazioni dalla l. 146/2014) si rivolge al fenomeno della violenza negli stadi e tratta delle misure di prevenzione del divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive (c.d. D.a.spo.) e del connesso obbligo di comparizione negli uffici di pubblica sicurezza.

Novellando l'art. 6 co. 1 l. 401/1989, il legislatore ha, innanzitutto, ampliato il novero dei fatti e dei comportamenti indizianti una pericolosità sociale dei tifosi, che possono consentire al Questore l'irrogazione

²⁸ Di questo parere G. Micheletta, *I profili penalistici della normativa sul doping*, in *IP* 2001, 1341 s.; A. Vallini, *Doping cit.*, 1748. *Contra*, per l'inerenza della fattispecie al solo ambito professionistico delle competizioni ufficiali, G. Marra, *op. cit.*, 2863; S. Bonini, *Il doping*, in *Il governo del corpo*, I, a cura di S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, *Trattato di biodiritto*, dir. da S. Rodotà, P. Zatti, Milano 2011, 636 s. Recentemente, tuttavia, Cass. 18.4.2013 n. 32963, in *CEDCass* m. 257263, ha riconosciuto che, per incriminare la detenzione di sostanze anabolizzanti, non occorre che l'attività sia svolta a livello professionistico o agonistico.

²⁹ In particolare, A. Vallini, *L. 14.12.2000, n. 376 cit.*, 659 s. e 666 s.; Id., *Doping cit.*, 1750 s., lamentava l'inopportunità di prevedere la stessa pena per tutte le forme di doping sino a profilare l'illegittimità costituzionale del reato di doping autogeno, una volta affermatasi un'accezione non "paternalistica" del bene della salute. Al contrario, sia G. Marra, *op. cit.*, 2860 s., che S. Bonini, *Il doping cit.*, 645, non escludevano ragioni di plausibilità a sostegno della punibilità (anche con la medesima pena) di tutte le modalità di doping, pur riconoscendo l'effetto di scoraggiare in tal modo la collaborazione dell'atleta all'indagine sulla rete criminale che sostiene il traffico di sostanze dopanti.

delle predette misure preventive. Fra i fatti che costituiscono autonomo reato e per i quali è sufficiente che sia presentata una denuncia negli ultimi cinque anni, vengono aggiunti, innanzitutto, il delitto di introduzione o di esposizione negli impianti sportivi di striscioni, cartelli, altre scritte o immagini che comunque incitino alla violenza o contengano ingiurie o minacce (art. 2-*bis* d.l. 8.2.2007 n. 8, conv. in l. 4.4.2007 n. 41). Questa disposizione incriminatrice, che a suo tempo aveva sollevato più di un rilievo critico nel suo abito schiettamente punitivo³⁰, viene in quest'occasione recuperata alla matrice più propriamente sintomatico-preventiva, alla quale sembra, in effetti, appartenere³¹. Deve d'altronde ricordarsi, che, ai fini dell'imposizione della misura *ante delictum*, l'art. 6 co. 1 l. 401/1989, già contemplava, fin dal 2001, l'ipotesi di chi, in occasione o a causa di manifestazioni sportive, abbia incitato, inneggiato o indotto alla violenza; rispetto a tale ultima previsione, l'art. 2-*bis* d.l. 20.8.2001 n. 336 (conv. in l. 19.10.2001 n. 377) aveva precisato che essa dovesse comprendere le sole forme di «specifica istigazione alla violenza» e non anche, almeno secondo quanto inteso dalla giurisprudenza³², le scritte offensive o inneggianti alla violenza che compaiono sugli striscioni dei tifosi, le quali, quindi, non avrebbero potuto legittimare l'infrazione del D.a.spo. e dell'obbligo di comparizione negli uffici di pubblica sicurezza³³. L'attuale innovazione colma allora la lacuna ed estende sensibilmente il raggio di operatività dei provvedimenti preventivi³⁴. Si sarebbe, tuttavia, potuta cogliere l'occasione per espungere dal-

³⁰ Sia consentito richiamare S. Campanella, D. Notaro, *Misure urgenti* cit., 232 s.

³¹ In quest'ottica si spiega l'allargamento della fattispecie comprendere l'impiego di «altre scritte o immagini», disposto dall'art. 3 co. 1 lett. a d.l. 119/2014, conv. in l. 146/2014.

³² Cfr., ad es., Cass. 1.7.2003 n. 29581, in *CP* 2004, 1753; Cass. 17.1.2002 n. 7534, in *CP* 2002, 3553. Per la necessità che, prima dell'introduzione di queste previsioni, il comportamento offensivo del tifoso dovesse dare luogo a disordini e violenze, affinché si potesse irrogare il D.a.spo., cfr. Cass. 24.4.1998, in *CP* 1998, 3093.

³³ Lo ha puntualmente rilevato, di recente, Cass. 11.12.2013 n. 972, con riferimento alla posizione di un tifoso del Milan F.C., che era stato sottoposto a D.a.spo. con obbligo di comparizione negli uffici di p.s. per tre anni, per avere esposto all'interno dello stadio Meazza di Milano uno striscione contenente una scritta inneggiante a due tifosi del Catania condannati per l'omicidio di un Ispettore di Polizia nel 2007, e di sostegno ad altro tifoso che aveva a sua volta esposto una maglietta che affermava l'innocenza di uno degli autori di quel fatto. La S.C. ha constatato che, sebbene la generica affermazione di innocenza di due tifosi condannati per l'omicidio di un poliziotto possa costituire «una forma indiretta ma univoca di incitazione alla violenza contro le forze dell'ordine», la stessa non assume «il carattere di chiara e diretta induzione alla violenza» che è invece richiesto dall'art. 6 co. 1 l. 401/1989, da interpretarsi alla stregua dell'art. 2-*bis* l. 377/2001. *Contra*, Cass. 9.10.2013 n. 44306, con riferimento ad episodio simile. Sussisterebbe la condotta d'incitamento, inneggiamento e induzione alla violenza (contemplata dall'art. 6 co. 1 l. 401/1989), quando si tratti «di striscioni o scritte il cui contenuto non sia meramente insultante o diffamatorio, ma risulti specificamente ed effettivamente idoneo, avuto riguardo alle modalità dell'esposizione, a incitare alla violenza e a turbare la tranquilla competizione sportiva»; siffatta connotazione ricorrerebbe quando la condotta si concreti «in un contesto di esasperata competitività e in uno stadio affollato».

³⁴ Sembrano, peraltro, destinate a fuoriuscire ancora dall'ambito di applicabilità delle misure *preater delictum* «i cori e le grida offensive del decoro degli operatori

l'area penale queste stesse condotte, la cui capacità aggressiva stenta a palesare i caratteri minimi per meritare di costituire autonoma incriminazione.

Quali altri fatti indizianti, autonomamente costituenti reato (e perciò soggetti almeno all'onere di denuncia negli ultimi cinque anni), ora inseriti nell'art. 6 co. 1 l. 401/1989, devono segnalarsi: *a*) l'intero gruppo dei delitti contro l'ordine pubblico (artt. 414-419 Cp); *b*) l'intero gruppo dei delitti di comune pericolo mediante violenza (artt. 422-437 Cp); *c*) i reati di cui all'art. 380 co. 2 lett. *f* ed *h* Cpp, tra quelli per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza e comprendenti i delitti di rapina (art. 628 Cp), estorsione (art. 629 Cp), produzione e traffico di sostanze stupefacenti (art. 73 TuStup). L'inserimento di queste previsioni fra i presupposti delle misure *ante delictum* si deve alla ritenuta propensione dei loro autori a denotare un'inclinazione ad intraprendere condotte criminali comuni, le quali possono trovare motivo di sfogo in occasione dello svolgersi delle competizioni sportive³⁵. Non occorre, peraltro, che i fatti indizianti si manifestino in costanza di eventi sportivi, non essendo ciò richiesto dall'art. 6 co. 1 l. 401/1989.

Tale ultima condizione è, invece, pretesa per le condotte indizianti che *non* costituiscono di per sé (necessariamente) reato, ma che lasciano ugualmente temere che i loro autori possano perturbare la sicurezza pubblica in occasione di manifestazioni sportive. Anche in quest'ambito l'attuale legislatore concede al Questore maggiori margini d'intervento per imporre i divieti preventivi nei confronti dei tifosi pericolosi. Attraverso la completa riscrittura del *terzo periodo* dell'art. 6 co. 1 l. 401/1989, si stabilisce che il divieto di accesso agli stadi (cui acceda eventualmente l'obbligo di comparizione negli uffici di p.s.) possa essere inflitto solo nei confronti di chi, sulla base di *elementi di fatto* (e non più semplicemente "oggettivi"), risulti avere tenuto, *anche all'estero*, una condotta, *sia singola che di gruppo, evidentemente finalizzata* alla partecipazione attiva ad episodi di violenza, *di minaccia o di intimidazione*, tali da porre in pericolo la sicurezza pubblica *o da creare turbative per l'ordine pubblico* in occasione o a causa di manifestazioni sportive.

Due sono le direttrici di riforma di questa previsione normativa. Per un verso, essa rafforza il vincolo a subordinare l'individuazione del presupposto del provvedimento preventivo al riscontro di elementi quanto più possibile individuanti l'*effettiva* propensione pericolosa del prevenuto: agisce in tal senso la sostituzione della indicazione di elementi "oggettivi" con la necessità che si disponga di elementi "di fatto", più confacente al carattere *ante delictum* della misura; lo stesso obiettivo è perseguito dall'inserimento (avvenuto solo in sede di conversione del decreto-legge) della "evidenza" della finalizzazione della condotta del tifoso a partecipare ad episodi di violenza, minaccia o intimidazione in

di o.p.», se è vero che neanche queste condotte possono costituire inneggiamento, incitamento o induzione alla violenza: cfr., in tal senso, T.A.R. Roma - Lazio 4.12.2013 n. 10466, in *FammTAR* 2013, 3734.

³⁵ Cfr. *Relazione a. d.d.l. n. 2616 cit.*, 3.

occasione di competizioni sportive. Per altro verso, sono ampliate le condizioni d'irrogazione della misura. Si prevede, infatti, che: *a*) la condotta indiziante possa essere tenuta anche all'estero (senza pregiudizio della possibilità che la competente autorità di altri Stati membri UE disponga autonomamente il divieto di accesso alle manifestazioni sportive che si svolgono in Italia); *b*) che il divieto di accesso (e l'obbligo di comparizione) possa essere disposto sia per una condotta singola del prevenuto che per una condotta «di gruppo»; *c*) che la condotta indiziante possa denotare la propensione del prevenuto a dar luogo non solo ad episodi di violenza, ma anche a comportamenti di minaccia o di intimidazione; *d*) che i fenomeni paventati possano risultare pericolosi, oltre che per la sicurezza pubblica, anche per l'ordine pubblico.

Per quanto riguarda l'eventualità che i fatti indizianti siano commessi all'estero, si mette in conto che il loro accertamento possa essere effettuato dall'autorità straniera competente; ma in ogni caso il provvedimento limitativo dovrà essere concretamente disposto dal Questore della provincia di residenza del tifoso «ovvero del luogo di dimora abituale del destinatario della misura» (art. 6 co. 1 l. 401/1989, novellato dall'art. 2 co. 1 lett. *a* n. 2 d.l. 119/2014, ulteriormente modificato dalla l. 146/2014). È chiaro che la previsione *non* si rivolge ai tifosi stranieri al seguito delle proprie squadre in visita in Italia, ma a quelli "nostrani" che rientrino in patria dopo un soggiorno "movimentato" in territorio "ostile". L'elezione del Questore competente a pronunciarsi risponde a due esigenze: richiedere l'intervento dell'autorità più attrezzata a qualificare la pericolosità sociale del tifoso coinvolto negli episodi occorsi all'estero; individuare l'ufficio territorialmente competente in un caso nel quale *non può* ontologicamente funzionare il criterio di collegamento normalmente ritenuto operante per l'irrogazione delle misure *praeter delictum*, individuato in quello del luogo di verifica dei fatti indizianti³⁶.

Particolarmente significativa appare (anche per il riscontro massmediatico vantato nelle more dell'approvazione) la previsione della possibilità di assoggettare al D.a.spo. un intero «gruppo» di tifosi. Nel giustificare la complessiva riformulazione del passaggio normativo in esame, in vista di una più precisa e tassativa articolazione dei presupposti delle misure, la Relazione di accompagnamento al testo³⁷ richiama la necessità di soddisfare esigenze di contrasto sollecitate dalla giurisprudenza amministrativa³⁸. In realtà, ai pronunciamenti della giurisdizione speciale si deve, altresì, il merito di avere evidenziato come la precedente formulazione normativa consentisse l'adozione dei provvedimenti

³⁶ Cfr. Cons. St. 15.6.2010 n. 3743, in *FammCDS* 2010, 2763. Per la teorica possibilità di molteplici concorrenti criteri d'individuazione dell'ufficio territorialmente competente, sia consentito rinviare a D. Notaro, S. Campanella, *D.l. 20.8.2001, n. 336* cit., 18 e 30 s.

³⁷ *Relazione al d.d.l. n. 2616* cit., 3 e 22.

³⁸ Si tratta di T.A.R. Milano - Lombardia 6.5.2013 n. 1158 e di T.A.R. Lecce - Puglia 27.3.2013 n. 694, i quali avevano ritenuto che il D.a.spo. potesse essere disposto anche quando il prevenuto abbia tenuto comportamenti che suscitano o agevolano situazioni di allarme o di pericolo per l'ordine pubblico.

preventivi solo per comportamenti *individualmente* tenuti dai tifosi pericolosi e non anche per episodi attribuibili genericamente a gruppi organizzati³⁹. Col prevedere la possibilità del “D.a.spo. di gruppo”, la modifica colma, dunque, una carenza palesata dalla precedente disciplina, nella convinzione che l'appartenenza stessa del tifoso a compagini dedite ad episodi pericolosi per i beni minacciati in occasione o a causa di manifestazioni sportive, renda opportuno irrogare nei suoi confronti un provvedimento preventivo. Oltre a rendere più facile arginare le tifoserie più agguerrite, sgravando le autorità competenti dell'onere di espletare accertamenti di fatto sovente difficili, se non impossibili, da soddisfare, la nuova previsione potrebbe agire anche a livello generalpreventivo, spronando ciascun tifoso a valutare, non solo la propria condotta individuale nel contesto del gruppo, ma anche la scelta stessa di appartenere o meno a certe “frange” più esagitate. Nel bilanciamento fra le ragioni tese ad arginare il fenomeno delinquenziale, e quelle legate all'esigenza di salvaguardare le libertà di chi non sia direttamente coinvolto negli episodi indizianti, il legislatore ha premiato le prime. Si assume, evidentemente, non costituire un ostacolo il principio sancito dall'art. 27 co. 1 Cost., che si riferisce alle sanzioni strettamente penali⁴⁰. Non si deve d'altronde, trascurare la circostanza che la nuova previsione presuppone, pur sempre, che la prescrizione *praeter delictum* sia rivolta contro l'individuo che risulti avere tenuto una condotta «di gruppo»; per cui sarà necessario accertare (dandone conto nel provvedimento) che il prevenuto si sia effettivamente trovato al seguito di un'accollita di tifosi impegnata in episodi finalizzati a esercitare violenza, minaccia o intimidazione.

Ad un'esigenza di differenziazione delle responsabilità individuali all'interno del gruppo si rivolge, d'altronde, un'ulteriore modifica operante nel quadro di una ridefinizione della durata dei provvedimenti preventivi, informata ad un criterio di “progressività”. L'art. 6 co. 5 l. 401/1989 (innovato dall'art. 2 co. 1 lett. *b* e *b-bis* d.l. 119/2014, conv. con modif. in l. n. 146/2014) stabilisce, infatti, che la durata dei provvedimenti corra normalmente fra uno e cinque anni⁴¹; ma quando si tratti

³⁹ Cfr., in particolare, T.A.R. Firenze - Toscana 28.2.2014 n. 411, che aveva ritenuto illegittima l'adozione dei provvedimenti interdittivi che non indicassero i comportamenti *individuali* addebitati, essendo tale indicazione ritenuta «un presupposto indispensabile per l'applicazione di una misura che incide pesantemente sulla libertà personale».

⁴⁰ *Contra*, però, sul punto, P. Nuvolone, *Norme penali e principi costituzionali*, in *GCos* 1956, 1260; nonché G. Vassalli, *Nullun crimen, nulla poena sine lege*, in *DigDPen*, VII, 1994, 301.

⁴¹ Fa eccezione la durata delle medesime misure interdittive disposte in via accessoria all'illecito amministrativo di reiterato ingresso o trattenimento indebito del tifoso all'interno degli impianti sportivi in violazione del regolamento d'uso (art. 1-*septies* co. 2 d.l. 24.2.2003 n. 28, conv. in l. 24.4.2003 n. 88). Di esse l'odierno legislatore (con l'art. 4 co. 3 lett. *b* d.l. 119/2014) incrementa l'entità, portandola dall'intervallo compreso fra tre mesi e due anni all'intervallo fra uno e tre anni; rimane tuttavia confermata la scelta di prevedere per esse una durata inferiore a quella normalmente ope-

della “condotta di gruppo”, «la durata non può essere inferiore a tre anni nei confronti di coloro che ne assumono la direzione». Tale specificazione impegna l'autorità precedente ad approfondire e a distinguere i ruoli assunti da ciascun tifoso all'interno della compagine; ma non richiede di verificare, altresì, chi fra essi sia effettivamente autore degli episodi che indiziano la propensione pericolosa del gruppo stesso.

Nell'intento di sancire in via normativa la diversa gravità indiziante delle condotte dei tifosi pericolosi, lo stesso art. 6 co. 5 l. 401/1989, stabilisce ancora che, se il tifoso sia già stato, in passato, destinatario di provvedimenti di divieto di accesso (c.d. recidivo), all'eventuale nuova interdizione nei suoi confronti deve sempre accompagnarsi la prescrizione aggiuntiva della comparizione obbligatoria negli uffici di pubblica sicurezza; e tanto il nuovo D.a.spo. quanto l'obbligo di comparizione devono avere una durata compresa fra cinque e otto anni. L'imposizione obbligatoria della prescrizione aggiuntiva di presentarsi negli uffici di p.s., stabilita nei confronti dei tifosi pericolosi “recidivi”, si aggiunge a quella analoga, già prevista nella stessa sede normativa, per il tifoso (anche non “recidivo”) che sia sorpreso (sulla base di documentazione video-fotografia o di altri elementi oggettivi) a violare il D.a.spo. in corso di efficacia: proprio in relazione a tale ultima eventualità si stabilisce ora che (salva l'aggiunta della predetta prescrizione) la durata del nuovo divieto di accesso agli stadi possa essere aumentata dal Questore fino a otto anni.

Ancora nella prospettiva di meglio differenziare la condizione di pericolosità dei tifosi in ragione del diverso contesto in cui si collocano le loro condotte indizianti, s'inscrive l'interessante innovazione disposta con l'aggiunta del comma 8-bis all'art. 6 l. 401/1989. Con questo si stabilisce che, decorsi almeno tre anni dalla cessazione del divieto di accesso agli stadi, «l'interessato può chiedere la cessazione degli ulteriori effetti pregiudizievoli derivanti dall'applicazione del medesimo divieto. La cessazione è richiesta al Questore che ha disposto il divieto o, nel caso in cui l'interessato sia stato destinatario di più divieti, al Questore che ha disposto l'ultimo di tali divieti ed è concessa se il soggetto ha dato prova costante ed effettiva di buona condotta, anche in occasione di manifestazioni sportive». È una forma di “riabilitazione” alla quale può accedere il tifoso per alleggerire la sua condizione: al ricorrere dei presupposti stabiliti dalla norma, infatti, non si terrà conto dei precedenti che indurrebbero a trattarlo quale “recidivo” e ad assoggettarlo, quindi, a un più severo provvedimento, qualora, in futuro, egli appaia nuovamente pericoloso. Intento del legislatore è «premiare i percorsi rieducativi se-

rante ai sensi dell'art. 6 co. 5 l. 401/1989, nonostante che l'attuale legislatore ammetta che la trasgressione ivi sanzionata costituisca «fenomeno che crea gravi pericoli per la sicurezza degli spettatori e di cui si è registrata una crescita» (*Relazione al d.d.l. n. 2616 cit.*, 5): per i rilievi a suo tempo espressi nei confronti di tale soluzione v. M.F. Cortesi, *Nuove norme per la repressione della violenza negli stadi. Le novità tra gli strumenti di prevenzione e di repressione*, in *DPP 2007*, 720; S. Campanella, D. Notaro, *Misure urgenti cit.*, 226.

guiti dai soggetti colpiti dal D.a.spo. che dimostrano di essersi allontanati dal tifo violento»⁴². In realtà, per accedere al beneficio, è sufficiente che, per il periodo richiesto dalla legge, il prevenuto abbia tenuto una condotta non più che rispettosa delle regole di convivenza sociale. Molto opportunamente, comunque, la norma profila all'interessato i vantaggi di un atteggiamento di sostanziale distacco dall'ambiente dei tifosi più scalmanati.

Per rendere più appetibile il percorso virtuoso del tifoso che intenda sciogliere i legami con le frange più pericolose del tifo sportivo, l'attuale corpo normativo avrebbe potuto consolidare gli effetti indiretti che i provvedimenti interdittivi sprigionano nei confronti di chi, invece, non accetti di intraprendere comportamenti rispettosi della sicurezza altrui. È vero che (con l'art. 3 d.l. 119/2014, conv. in l. 146/2014) viene contestualmente ampliata la gamma dei divieti cui sono assoggettate le società sportive alle quali si accostino soggetti prevenuti in forza di provvedimenti interdittivi: il divieto per le stesse di corrispondere in qualsiasi forma, diretta o indiretta, sovvenzioni, facilitazioni o agevolazioni di qualsiasi tipo per l'acquisto di biglietti di ingresso, abbonamenti o titoli di viaggio, riguarda ora anche coloro che siano stati condannati per reati di contraffazione di prodotti o di vendita abusiva di questi (art. 8 co. 1 d.l. 8/2007, conv. in l. 41/2007); in più è introdotto il divieto per le società sportive di stipulare con i prevenuti contratti aventi ad oggetto la concessione di diritti sui marchi di impresa registrati. Ma i divieti accessori sono oggi riferiti invariabilmente ai soggetti «destinatari» dei provvedimenti interdittivi e non più a chi «sia stato» destinatario della misura *ante delictum*, com'era stabilito anteriormente per il divieto per le società organizzatrici delle competizioni calcistiche, responsabili della vendita dei biglietti di ingresso, di emettere, vendere o distribuire in qualsiasi modo titoli di accesso allo stadio (art. 9 co. 1 d.l. 8/2007, conv. in l. 41/2007)⁴³; tale ultimo divieto, anzi, vede oggi ristretto il proprio ambito di operatività anche per i condannati per reati commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive, per i quali la pronuncia del giudice (anche non definitiva) deve essere intervenuta negli ultimi cinque anni.

Non appare, allora, del tutto esatto quanto adombrato nella Relazione di accompagnamento alla legge in esame⁴⁴, e, cioè, che la possibilità per il tifoso che denoti una "buona condotta", di vedere estinti gli effetti pregiudizievoli derivanti dal D.a.spo. cui sia stato soggetto in passato, valga a travolgere i divieti sanciti dagli artt. 8 e 9 sopra citati. Va detto che, alla luce del complessivo inasprimento della durata del divieto di accesso agli stadi, stabilita dal nuovo testo dell'art. 6 co. 5 l. 401/1989, si dilata temporalmente anche l'efficacia dei divieti richiamati. Nonostante ciò, per la durata comunque circoscritta di quei divieti, l'unico

⁴² *Relazione al d.d.l. n. 2616 cit.*, 4.

⁴³ V., però, per un precedente conforme all'attuale disposizione, S. Vuoto, sub art. 1-bis d.l. 22.12.1994 n. 717 cit., 226 ss.

⁴⁴ *Relazione al d.d.l. n. 2616 cit.*, 4.

vantaggio prospettato al tifoso che intraprenda abitudini virtuose e veda cancellare il ricordo del precedente D.a.spo., rimane quello di evitare in futuro la più severa sottoposizione al provvedimento preventivo, qualora egli sia riconosciuto nuovamente pericoloso in relazione allo svolgersi delle manifestazioni sportive.

3.2. Nel complesso, il panorama degli strumenti preventivi rivolti ai tifosi intemperanti, risulta sensibilmente arricchito, sia per il potenziamento degli effetti interdittivi, sia per l'articolazione delle possibilità di neutralizzazione dei soggetti pericolosi. Più avvertita risulta, da questo punto di vista, l'esigenza di un'attenta ponderazione dell'esistenza delle necessità preventive da parte delle autorità competenti.

Si comprende, allora, il significato rivestito dalla modifica introdotta in sede di conversione del decreto (art. 2 co. 1 lett. *a-bis* d.l. 119/2014, conv., con modif., in l. 146/2014), secondo cui il G.i.p. chiamato a convalidare la prescrizione di comparizione del prevenuto negli uffici di p.s., ne possa all'occorrenza modificare il contenuto (art. 6 co. 3 l. 401/1989).

Fino ad ora, una tale possibilità era espressamente riservata al Questore per l'eventualità in cui, «anche per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria, siano venute meno o siano mutate le condizioni che ne hanno giustificato l'emissione» (art. 6 co. 5 l. 401/1989). Al Questore spetta, del resto, valutare discrezionalmente (salvo l'onere di una congrua motivazione) l'esistenza delle ragioni preventive che, nel bilanciamento fra gli interessi in gioco, consigliano l'emanazione delle misure interdittive⁴⁵. All'autorità giudiziaria (sia ordinaria, che amministrativa) era, invece, consentito sindacare il corretto esercizio di tale potere da parte dell'autorità di pubblica sicurezza. Sennonché non erano chiari i termini in cui dovesse esperirsi questo controllo⁴⁶.

Un orientamento più restrittivo riteneva che «il potere di controllo dell'autorità giudiziaria [fosse] limitato alla verifica della esistenza dei presupposti formali previsti per la emissione delle prescrizioni e del preliminare provvedimento» interdittivo dell'accesso agli stadi⁴⁷, senza che fosse consentito al giudice intervenire sul contenuto delle misure, «au-

⁴⁵ Per la natura discrezionale del potere preventivo riservato al Questore, v., in particolare, T.A.R. Milano - Lombardia 15.2.2013 n. 457, in *FAMmTAR* 2013, 422; T.A.R. Catanzaro - Calabria 4.3.2011 n. 301, in *FAMmTAR* 2011, 989. Quanto alla necessità che il provvedimento sia adeguatamente motivato v., invece, Cass. 31.3.2011 n. 15505, in *CP* 2012, 670; T.A.R. Roma - Lazio 4.1.2012 n. 62, in *FAMmTAR* 2012, 138.

⁴⁶ Per un riepilogo critico della questione v. P.V. Molinari, *La convalida della prescrizione di comparizione personale nella legge antiviolenza nello sport: contrasti giurisprudenziali sul concreto esercizio del diritto di difesa e sulla pericolosità sociale*, in *CP* 2002, 773 ss.

⁴⁷ Cass. 5.10.2000 n. 825, in *CP* 2002, 771 s. «Ne consegue che non è previsto alcun controllo del giudice in ordine alla rispondenza del provvedimento amministrativo alla effettiva pericolosità del soggetto e che la relativa motivazione non può consistere che nell'attestazione di avere esaminato gli atti e di averne constatato la rispondenza formale ai presupposti previsti dall'art. 6 comma 2», l. n. 401 del 1989. Sulla stessa linea Cass. 18.1.2001 n. 5965, *ivi* 777.

mentandone o diminuendone l'ambito di applicazione e di durata»⁴⁸. Un orientamento inizialmente minoritario, presto avallato dalla Corte costituzionale⁴⁹, attribuita, invece, al giudice della convalida una potestà di natura sostanziale⁵⁰. In tale diversa prospettiva, impostasi poi in giurisprudenza⁵¹, al G.i.p. sarebbe consentito verificare, in particolare, «oltre all'esistenza di tutti i presupposti legittimanti l'adozione dell'atto da parte dell'autorità amministrativa, anche la durata della misura che, se ritenuta eccessiva, può essere congruamente ridotta dal giudice della convalida, così come possono essere modificate le modalità con le quali deve essere ottemperato l'obbligo di presentazione affinché non risultino inutilmente gravose»⁵². La nuova disposizione, allora, premia questo secondo orientamento.

L'inserimento della possibilità per il g.i.p. di «modificare» in sede di convalida il contenuto delle prescrizioni imposte dal Questore, in un contesto nel quale già si ammetteva che il controllo dell'autorità giudiziaria potesse *ridurre* la portata delle limitazioni inferte alla libertà del prevenuto⁵³, potrebbe far pensare all'attribuzione di una più ampia potestà di intervento sulle determinazioni dell'autorità amministrativa, eventualmente suscettibile di *inasprire* le prescrizioni preventive. Non sembra, tuttavia, possa essere davvero questo l'esito della nuova disposizione. Innanzitutto, alcuni passaggi dei lavori preparatori al testo attuale confermano che il legislatore avrebbe inteso, in realtà, soltanto consentire al g.i.p. di «limitare» le prescrizioni di comparizione già impartite dal Questore. D'altronde, se davvero fosse stato negli intendimenti dei compilatori della riforma il disegno di ampliare i poteri di sindacato del g.i.p. in termini sfavorevoli al prevenuto, il meccanismo complessivamente delineato dall'art. 6 co. 2-4 l. 401/1989, avrebbe perso il

⁴⁸ Cass. 15.5.2000 n. 3558, in *CP* 2001, 631; Cass. 20.11.1998 n. 5754, *ivi* 2000, 509 s.; Cass. 17.3.1998 n. 1599, *ivi* 1999, 1938; Cass. 17.3.1998 n. 1598, *ivi* 1999, 2348.

⁴⁹ C. cost. 23.4.1998 n. 136, in *CP* 1998, 2289; C. cost. 4.12.2002 n. 512, in *CP* 2003, 859.

⁵⁰ Cfr., in particolare, Cass. 20.1.1997, Nucciarelli, in *CP* 1998, 240, secondo cui «l'autorità giudiziaria non può limitarsi a un mero controllo formale che svuoterebbe il suo intervento del contenuto più pregnante, ma deve accertare, in concreto e con riferimento all'attualità, se la pericolosità del soggetto sottoposto alla misura giustificata o renda la misura stessa atta allo scopo di prevenzione voluto dal legislatore». Nello stesso senso, Cass. 10.12.2001 n. 3428, in *CP* 2002, 2483; Cass. 4.12.2001 n. 3352, *ivi* 2485.

⁵¹ Cass., S.U., 27.10.2004 n. 44273, in *CP* 2005, 373.

⁵² Così, in particolare, Cass. 12.3.2009 n. 13743; nonché Cass. 25.9.2014 n. 42567. Per la necessità che sia vagliata l'esistenza dei presupposti di convalida del provvedimento del Questore v., poi, Cass. 15.4.2010 n. 20789; nonché Cass. 24.6.2010, n. 34222, in *CP* 2011, 3557; Cons. St. 16.12.2010 n. 9074, in *FAMMCD* 2010, 2763.

⁵³ Si vedano, ad es., Cass. 15.4.2010 n. 20775, secondo cui l'obbligo di ripetuta presentazione ad un comando o ufficio di p.s. «può essere ridotto d'ufficio in sede di legittimità [...] ad una sola volta nel corso della medesima manifestazione, quando lo stesso appaia, in ragione della situazione di fatto, irragionevole»; Cass. 8.4.2009 n. 17875, che ha invece ritenuto che l'obbligo di duplice presentazione all'autorità di p.s. «non è legittimamente imposto, laddove in ragione della distanza del luogo di competizione da quello di presentazione, non sia in ogni modo possibile, per l'interessato, raggiungere il luogo dell'incontro in tempi ravvicinati».

suo riferimento al percorso “d’urgenza” profilato dall’art. 13 co. 3 Cost., il quale prevede l’intervento del giudice per stabilizzare gli effetti dei provvedimenti restrittivi assunti in via straordinaria dell’autorità di pubblica sicurezza⁵⁴.

Pare, quindi, che l’innovazione apportata all’art. 6 co. 3 l. 401/1989, confermi l’impostazione che si era delineata in via di interpretazione sotto la normativa previgente, limitandosi la nuova disposizione ad attribuire espressamente all’organo giurisdizionale che interviene in sede di convalida, il potere di ridurre il contenuto delle prescrizioni, quando ciò sia necessario per adeguarne l’assetto ai caratteri di pericolosità del prevenuto.

3.3. Ancora sul piano preventivo-extrapenale si pone la modifica che interessa il c.d. codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (d.lgs. 6.9.2011 n. 159). L’art. 4 co. 2 d.l. 19/2014, conv. in l. 146/2014, innova l’art. 4 co. 1 lett. i d.lgs. 159/2011, che già indicava le persone indiziate di avere agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all’art. 6 l. 401/1989, fra i possibili destinatari delle misure di prevenzione personali della sorveglianza speciale, del divieto di soggiorno in uno o più comuni o in una o più province (diversi da quelli di residenza o di dimora abituale), dell’obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale, nonché della misura patrimoniale della confisca⁵⁵, irrogabili dal Tribunale collegiale previa apposita udienza. A queste stesse misure divengono ora assoggettabili anche le «persone che, per il loro comportamento, debba ritenersi, anche sulla base della partecipazione in più occasioni alle medesime manifestazioni, ovvero della reiterata applicazione nei loro confronti del divieto previsto dallo stesso articolo, che sono dediti alla commissione di reati che mettono in pericolo l’ordine e la sicurezza pubblica, ovvero l’incolumità delle persone in occasione o a causa dello svolgimento di manifestazioni sportive».

L’innovazione segna un inasprimento della risposta preventiva nei confronti di coloro che del tifo violento abbiano fatto un’abitudine di vita e che denotino, perciò, un’attitudine socialmente pericolosa, a prescindere dalla prossimità temporale (a non più di cinque anni) degli episodi indizianti che legittimano l’irrogazione del divieto di accesso agli stadi o dell’obbligo di comparizione negli uffici di pubblica sicurezza. Per rispondere a tale emergenza, l’ordinamento predispose «un’ulteriore efficace misura di contrasto, volta ad allontanare dagli impianti sportivi

⁵⁴ A. Pace, *Misure di prevenzione personale contro la violenza negli stadi ed esercizio del diritto di difesa in “forme semplificate”*, in *GCos* 1997, 1582 ss. Cfr., al riguardo, anche C. cost. 4.12.2002, n. 512 cit., 862. Il carattere cautelare ed urgente delle presenti misure *ante delictum* è richiamato da T.A.R. Lecce - Puglia, 24.6.2014 n. 1566, e da Cass. 19.11.2009 n. 3912.

⁵⁵ Per l’originaria versione di tale speciale previsione preventiva, affidata all’art. 7-ter l. 401/1989, introdotto dall’art. 6 d.l. 8/2007, conv. in l. 41/2007 (e successivamente abrogato dall’art. 120 co. 1 lett. g d.lgs. 159/2011), volendo, S. Campanella, D. Notaro, *Misure urgenti* cit., 222 s.

i soggetti più pericolosi, che determinano le condizioni di maggiore rischio per la sicurezza pubblica, e, nel contempo, a favorire una maggiore partecipazione della “tifoseria sana”, in particolare, agli incontri di calcio»⁵⁶.

È da credere che gli strumenti preventivi richiamati siano destinati a trovare applicazione in esito alla constatazione della sostanziale incapacità delle sole speciali misure *ante delictum* contemplate dall'art. 6 l. 401/1989, a contenere la pericolosità del tifoso. Nondimeno, secondo quanto emerge dalla nuova disposizione, l'eventualità di un'applicazione dei più gravi provvedimenti preventivi a carico dei tifosi violenti da parte del Tribunale non è strettamente legata in via consequenziale alla inutilità della previa irrogazione (eventualmente plurima) del D.a.spo. da parte dell'autorità di pubblica sicurezza. Deve essere, piuttosto, l'esame complessivo dei comportamenti tenuti dal tifoso in occasione di manifestazioni sportive a rivelare un'inclinazione di costui a commettere fatti di reato pericolosi per l'ordine pubblico, per la sicurezza pubblica o per l'incolumità delle persone, così da orientare la magistratura ad irrogare nei suoi confronti le misure di prevenzione ordinarie.

Che non si tratti di strumenti di contrasto concepiti in relazione di rigida progressione scalare con le misure contemplate dall'art. 6 l. 401/1989, emerge, in primo luogo, dalla considerazione che la disposizione del codice antimafia assomma, fra i destinatari delle ordinarie misure di prevenzione, soggetti dalla ben diversa propensione pericolosa evincibile in occasione delle manifestazioni sportive: accanto a coloro che siano addirittura «dediti» al compimento di reati contro l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica o l'incolumità personale, stanno, infatti, coloro che abbiano soltanto «agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza» postulate dall'art. 6 l. 401/1989⁵⁷. Alla diversità di propensione pericolosa degli individui il codice antimafia provvede ricollegando ai suoi destinatari un arco ampio di misure *ante delictum* (dalla sorveglianza speciale all'obbligo di soggiorno nel proprio comune di residenza) aventi differente portata limitativa delle libertà personali del prevenuto ed alle quali può attingere l'autorità giudiziaria secondo le concrete esigenze di neutralizzazione che emergano dalle circostanze di fatto. Nei confronti dei tifosi violenti l'autorità giudiziaria potrà quindi valutare quale delle misure *ante delictum* appaia più adeguata a fronteggiare l'inclinazione criminosa, senza che si debba necessariamente avere a che fare con individui *estremamente* pericolosi.

La previsione configurata dal codice antimafia profila, allora, la possibilità di un rimedio preventivo *aggiuntivo* – e non alternativo – rispetto alle misure specificamente concepite contro i tifosi sportivi intemperanti. Se ne ricava che i destinatari delle misure di prevenzione

⁵⁶ *Relazione al d.d.l. n. 2616 cit.*, 5.

⁵⁷ Per una determinazione selettiva del significato attribuibile all'espressione normativa, sia consentito richiamare S. Campanella, D. Notaro, *Misure urgenti cit.*, 222 s.

personali e patrimoniali richiamati dall'art. 4 lett. *i* d.l. 159/2011, possono, all'occorrenza, soggiacere contestualmente alle misure interdittive contemplate dall'art. 6 l. 401/1989. E nondimeno, se (per rimanere all'ambito delle misure di carattere personale) l'inflizione della sorveglianza speciale o del divieto di soggiorno in uno o più comuni o in una o più province non esclude l'opportunità d'irrogare in aggiunta il divieto di accesso agli stadi, eventualmente corredato dall'obbligo di comparizione negli uffici di p.s., invece, la misura estrema dell'obbligo di soggiorno del prevenuto nel comune di residenza o in quello di dimora abituale (art. 6 co. 3 d.lgs. 159/2011), quando corredata dalle prescrizioni «di non andare lontano dall'abitazione scelta senza preventivo avviso all'autorità preposta alla sorveglianza» o «di presentarsi all'autorità di pubblica sicurezza preposta alla sorveglianza nei giorni indicati ed a ogni chiamata di essa» (art. 8 co. 6 d.lgs. 159/2011), può arrivare ad assorbire l'efficacia del D.a.spo. e del correlativo obbligo di comparizione, rendendone implausibile la contestuale inflizione. Tenuto conto di ciò, sembra allora congruo ritenere che la più grave misura preventiva personale sia destinata a trovare applicazione nei confronti dei tifosi il cui contegno estremamente pericoloso – perché più evidentemente proclive a delinquere – faccia ritenere non più utile disporre le misure dell'art. 6 l. 401/1989, imponendo di limitare in maniera pervasiva la loro libertà personale.

3.3. Fra le altre misure amministrative opponibili ai tifosi violenti, deve essere menzionata, anzitutto, la nuova previsione inserita dall'art. 4 d.l. 119/2014, conv. in l. 146/2014, nell'art. 7-*bis*.1 l. 401/1989 e rubricata come (imposizione di un) «divieto di trasferta». Essa stabilisce che, «fuori dai casi di adozione da parte del Prefetto di provvedimenti di propria competenza, in caso di gravi episodi di violenza commessi in occasione di competizioni riguardanti il gioco del calcio, il Ministro dell'interno, quale autorità nazionale di pubblica sicurezza, può disporre, con proprio decreto, il divieto, per una durata non superiore a due anni, di apertura del settore ospiti degli impianti sportivi in cui si svolgono gli incontri di calcio individuati in relazione al pericolo di turbativa dell'ordine pubblico. Con lo stesso decreto è altresì disposto il divieto di vendita di titoli di accesso ai medesimi impianti sportivi nei confronti dei residenti della provincia delle squadre ospiti interessate». La norma è volta ad impedire l'afflusso negli stadi di calcio di intere tifoserie delle squadre ospiti, allorché la loro presenza dia motivo di fare temere la perturbazione dell'ordine pubblico. Tuttavia, la misura non persegue soltanto scopi di prevenzione di possibili episodi di violenza in occasione di manifestazioni sportive (giacché, se così fosse, occorrerebbe modulare il divieto sulla base del concreto pericolo che l'ingresso della tifoseria ospite in *quello* stadio possa effettivamente suscitare, ad es., in ragione dei rapporti tesi fra gli esponenti delle squadre di volta in volta in competizione), ma rappresenta anche una sorta di sanzione per le intemperanze gravi precedentemente commesse dai tifosi di quella squadra, come dimostra la vicenda della prima imposi-

zione del divieto di trasferta inflitto per tre mesi a carico dei tifosi dell'Atalanta dopo gli incidenti occorsi il 22.11.2014 a seguito della partita fra Atalanta e Roma⁵⁸.

Per la portata generalizzata ed indiscriminata che può assumere il divieto, la misura costituisce uno strumento temibile sia per i tifosi che per le società sportive coinvolte⁵⁹ e dovrebbe, perciò, rappresentare un'*extrema ratio*, da adottarsi nei casi più gravi di perturbazione dell'ordine pubblico. Per questa connotazione, essa è accostata alla simmetrica possibilità, già stabilita dall'art. 7-bis l. 401/1989, che, per urgenti e gravi necessità pubbliche, legate allo svolgimento delle manifestazioni sportive, il Prefetto possa disporre il differimento della partita ad altra data o addirittura il divieto dello svolgimento della manifestazione stessa per un periodo non superiore a trenta giorni. Entrambe le misure colpiscono il rapporto fra i tifosi e le società, sollecitando queste ultime a curare quanto più possibile l'affidabilità e la correttezza dei propri seguaci, lungo una linea politica che, propugnata da vent'anni a questa parte⁶⁰, si è imposta solo gradualmente⁶¹ al fine di responsabilizzare il ruolo delle società agonistiche nell'ambito dei movimenti sportivi.

Stante il coinvolgimento di vaste zone del territorio nazionale, in cui possono estendersi le trasferte, quella appena introdotta è, nondimeno, misura di necessaria competenza dell'autorità nazionale per la tutela della sicurezza pubblica (il Ministero dell'interno cui presta un con-

⁵⁸ Il d.m. Interno, 28.11.2014, reperibile sul sito www.interno.gov.it, riferisce che, durante la fase di deflusso delle tifoserie, «diversi gruppi di tifosi atalantini hanno aggredito i contingenti delle Forze di polizia schierati lungo l'itinerario che conduceva al casello autostradale, lanciando nei loro confronti oggetti contundenti di ogni tipo e bombe carta contenenti chiodi e bulloni, determinando il grave ferimento di 6 operatori delle stesse Forze di polizia». Il medesimo provvedimento ha, inoltre, rilevato che «già in occasione della gara "Atalanta-Juventus" del 27 settembre 2014 frange determinate dei tifosi bergamaschi si sono rese responsabili del lancio di vari oggetti contundenti nei confronti delle Forze di polizia, provocando il danneggiamento di tre automezzi e il ferimento di un operatore».

⁵⁹ Fanno fede le parole (apparse sul Corriere della sera - cronaca di Bergamo del 28.11.2014) con cui un dirigente dell'Atalanta, penalizzata dal provvedimento sopra menzionato, ha commentato l'inflizione del divieto: «il provvedimento emesso dal Viminale finisce per colpire i club istituzionali dell'Atalanta, come ad esempio il Club Amici dell'Atalanta, perché le fasce del tifo più oltranzista non viaggiano più da anni in trasferta con l'Atalanta. Si colpiscono invece delle persone, da 50 a 300 a seconda delle trasferte, che hanno regolarmente la tessera del tifoso e che non hanno mai creato problemi [...]. Si tratta secondo me di un provvedimento discutibile».

⁶⁰ F. Nuzzo, *Una nuova normativa con divieti e sanzioni. Resta il «nodo» delle società sportive*, in *GD* 1995 (11), 17; Id., *Violenza negli stadi: la severità non basta se le società restano a guardare*, in *GD* 1998 (7), 13; Id., *Violenza negli stadi: pronta la tattica giusta per spezzare i legami con le società sportive*, in *GD* 1999 (49), 11.

⁶¹ Si ricordino, al riguardo, le prescrizioni che impongono alle società l'adeguamento degli impianti sportivi a più stringenti *standards* di sicurezza, quelle che richiedono alle stesse di avvalersi di personale di supporto – i c.d. *stewards* – preparato ad espletare funzioni di controllo all'interno degli impianti e quelle che privilegiano l'accesso allo stadio degli affiliati ad associazioni riconosciute che abbiano come fine di promuovere e divulgare i valori sportivi: su tali prescrizioni sia consentito rinviare a S. Campanella, D. Notaro, *Ulteriori misure* cit., 18 ss. e 20 ss.; S. Campanella, D. Notaro, *Misure urgenti* cit., 238 ss. e 246 ss.

tributo il Comitato di Analisi per la sicurezza delle manifestazioni sportive). Essa non pregiudica, peraltro, la possibilità che il Prefetto intervenga a livello locale mediante l'adozione di propri provvedimenti interdittivi. Laddove la nuova norma fa salve le attribuzioni del Prefetto, essa si riferisce, non solo all'eventualità che l'autorità locale disponga il differimento o il divieto della manifestazione sportiva, ma, più in generale, alla possibilità che la stessa emani le ordinanze c.d. "necessitate" e "libere" che gli sono consentite dall'art. 2 T.u.l.p.s.⁶², statuendo, per esempio, il divieto di vendita di biglietti per tutti i settori dello stadio locale nei confronti di chi ne faccia richiesta senza possedere la tessera del tifoso e statuendo la sospensione dei biglietti e degli abbonamenti già acquistati da chi non abbia la tessera⁶³ oppure la chiusura di alcuni settori dello stadio. Mentre, però, tali provvedimenti possono avere una valenza circoscritta a talune partite singolarmente individuate, la nuova misura disposta dall'autorità nazionale abbraccia continuativamente tutte le manifestazioni che si svolgono entro un periodo massimo di due anni.

Intende responsabilizzare le società sportive anche l'ulteriore innovazione (molto enfatizzata sui mass-media) disposta in sede di conversione del decreto-legge ed in forza della quale i *clubs* degli atleti sono chiamati a contribuire alle spese di gestione dell'ordine pubblico in occasione della manifestazione sportiva di cui gli stessi sono protagonisti⁶⁴. L'art. 3 co. 1 d.l. 119/2014, convertito con modificazioni in l. 146/2014, introduce nell'art. 1 d.l. 8/2014, conv. in l. 41/2007, i due nuovi commi 1-ter e 1-quater, con cui si stabilisce che «una quota non inferiore all'1 per cento e non superiore al 3 per cento degli introiti complessivi derivanti dalla vendita dei biglietti e dei titoli di accesso validamente emessi in occasione degli eventi sportivi è destinata finanziare i costi sostenuti per il mantenimento della sicurezza e dell'ordine pubblico in occasione degli eventi medesimi e, in particolare, per la copertura dei costi delle ore di lavoro straordinario e dell'indennità di ordine pubblico delle Forze di polizia». Ad un decreto del Presidente del Consiglio è demandato di stabilire l'entità percentuale e le modalità del versamento del contributo imputato alle società sportive «anche tenendo conto del diverso livello professionistico» delle manifestazioni. Tale accorgimento, oltre ad alleggerire il carico finanziario dello Stato (e della collettività) in un'epoca in cui occorre gestire oculatamente le risorse disponibili, prende finalmente atto di come l'intervento straordinario delle forze di

⁶² Cfr., per tale richiamo, la *Relazione al d.d.l. n. 2616-A*, reperibile sul sito www.camera.it, 3. Sulla connotazione ampiamente discrezionale del relativo potere prefettizio v. D. Trentacapilli, *Pubblica sicurezza*. R.d. 18.6.1931, n. 733. *Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza*, in F.C. Palazzo, C.E. Paliero, *Commentario breve cit.*, 2094.

⁶³ Appunto questa possibilità è stata contemplata dal Comitato di analisi per la sicurezza delle manifestazioni sportive che si è espresso per l'imposizione del divieto di trasferta ai tifosi dell'A.S. Atalanta: v. il comunicato stampa del Ministero dell'Interno del 28.11.2014, pubblicato sul sito www.interno.gov.it.

⁶⁴ Anche questa modifica risponde a sollecitazioni risalenti nel tempo: v., infatti, F. Nuzzo, *Violenza negli stadi: siamo alla "melina" sui contributi delle società sportive*, in *GD* 2000 (6), 12.

polizia, onde assicurare normali condizioni di ordine pubblico, non sia una variabile ineluttabile delle competizioni che pure interessano grande parte dell'opinione pubblica, ma possa e debba essere gestito con l'ausilio dei protagonisti della manifestazione⁶⁵.

4. All'ambito delle misure che preludono al riconoscimento della protezione internazionale, appartengono le modifiche che interessano il d.lg. 28.1.2008, n. 25, di attuazione della direttiva 2005/85/CE, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato. Scopo delle presenti modifiche è assicurare migliore efficienza operativa degli organismi amministrativi, senza diminuire le garanzie offerte ai richiedenti asilo, onde far fronte al grande afflusso di domande registrato negli ultimi mesi⁶⁶.

In particolare, le Commissioni territoriali che sovrintendono alle istanze di protezione internazionale, vengono ora insediate presso le Prefetture le quali forniranno il supporto organizzativo e logistico prima offerto dal Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione presso il Ministero dell'interno, al quale, quindi, rimarranno solo compiti di coordinamento. Tale soluzione dovrebbe soddisfare esigenze di economia organizzativa, senza intaccare le funzionalità degli organismi territoriali.

Delle Commissioni si aumenta il numero massimo dei componenti previsti, portandolo da dieci a venti (uno dei quali designato dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati). I membri «effettivi e supplenti» delle Commissioni territoriali devono partecipare a un corso di formazione iniziale e a periodici corsi di aggiornamento organizzati dalla Commissione nazionale anche in collaborazione con l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati. All'interno delle Commissioni possono essere istituite con decreto ministeriale, sezioni fino a un

⁶⁵ Ancora nella prospettiva di un coinvolgimento "responsabile" delle società sportive si collocano le disposizioni che impongono loro di adeguare gli impianti sportivi aventi una capienza di spettatori superiore a 7.500 posti. Anche su tale versante interviene l'attuale legislatore con modifiche tese a rendere più agevole alle società procedere sul piano amministrativo per la riqualificazione dei loro impianti. Anzitutto, fra le modifiche per le quali è previsto un più rapido rilascio dei titoli abilitativi, sono ora considerate anche quelle volte all'«adeguamento degli impianti necessario alla loro riqualificazione, nonché alla segmentazione dei settori e all'abbattimento delle barriere, anche in via sperimentale, in attuazione degli obblighi imposti dai competenti organismi calcistici, anche internazionali, ovvero definiti in sede di Osservatorio nazionale sulle manifestazioni sportive» (art. 4 co. 3 lett. a n. 2 d.l. 119/2014, che ha inserito il nuovo art. 1-*quater* co. 5-*ter* d.l. 28/2003, conv. in l. 88/2003). La possibilità di adeguamento degli impianti, previo il conseguimento agevolato dei titoli abilitativi necessari (art. 1-*quater* co. 5-*bis* d.l. 28/2003, conv. in l. 88/2003), è, inoltre, affidata alle società sportive utilizzatrici in accordo con i proprietari degli impianti stessi. E, nonostante le innovazioni apportate dall'art. 4 co. 3-*bis* d.l. 119/2014, conv. con modif. in l. 146/2014, rimane la possibilità di accedere al Fondo di garanzia per i mutui erogati per l'ammodernamento degli impianti sportivi, gestito in amministrazione separata dall'Istituto per il credito sportivo: v. ora esaustivamente l'art. 90 co. 13-14 l. 27.12.2002 n. 289.

⁶⁶ *Relazione al d.d.l. n. 2616 cit., 2.*

numero massimo complessivo di trenta per l'intero territorio nazionale⁶⁷. Ogni Commissione territoriale e ognuna delle Sezioni opera con indipendenza di giudizio e di valutazione.

Alcuni correttivi sono poi introdotti nelle regole per l'individuazione della Commissione territorialmente competente a trattare la domanda di protezione. In particolare, con riferimento all'eventualità che nelle more della procedura di riconoscimento dello *status* di rifugiato, l'istante sia trasferito in altro centro di accoglienza, si stabilisce che «la competenza all'esame della domanda è assunta dalla commissione nella cui circoscrizione territoriale è collocato il centro di nuova destinazione», così da garantire maggiore effettività di valutazione alla Commissione decidente. Sempre per esigenze di funzionalità del sistema⁶⁸, si prevede che lo spostamento di competenza possa conseguire anche al mutamento di residenza o di domicilio del richiedente asilo, preventivamente e debitamente comunicato dall'interessato. In quest'ultimo caso, tuttavia, perché si produca l'effetto sul procedimento, occorre attendere l'emanazione di un apposito provvedimento del Presidente della Commissione nazionale, onde scongiurare il rischio che, dando luogo strumentalmente al cambio di residenza o di domicilio, il richiedente possa orientare surrettiziamente l'individuazione della Commissione competente. Il Presidente della Commissione nazionale valuterà, pertanto, l'effettività dell'esigenza di spostare la competenza territoriale della Commissione decidente. Il Presidente della Commissione può, inoltre, autonomamente disporre con proprio provvedimento lo spostamento di competenza del procedimento, al fine di assicurare un'omogenea distribuzione dei carichi di lavoro tra le Commissioni, «tenendo conto del numero dei procedimenti assegnati». In nessun caso, tuttavia, la competenza ad assumere la decisione potrà essere incardinata presso una Commissione diversa da quella presso la quale sia tenuto il colloquio: se, infatti, questo si è già svolto, allorché si produce l'evento che legittimerebbe lo spostamento della competenza (trasferimento ad altro centro o cambio di residenza o di domicilio dell'istante), il procedimento rimane comunque assegnato alla Commissione originariamente investita.

Alla stregua delle norme vigenti, il colloquio deve essere sostenuto presso la Commissione territoriale entro trenta giorni dalla presentazione della domanda e su di essa l'organo decide entro i tre giorni feriali successivi all'effettuazione del colloquio. L'attuale legislatore stabilisce che il colloquio si svolge «di norma» alla presenza di uno solo dei componenti della Commissione (munito di specifica formazione) e, «ove possibile», dello stesso sesso del richiedente. Finora, la possibilità che il colloquio si svolgesse alla presenza di uno solo dei componenti era rimessa all'accoglimento di una richiesta motivata dell'interessato. Oggi accade il contrario: solo «su determinazione del Presidente, o su richie-

⁶⁷ La *Relazione al d.d.l. n. 2616* cit., 5, segnala che finora le Commissioni erano dieci, con la possibilità di istituire presso ciascuna Commissione una o più Sezioni, fino a un massimo di dieci per tutto il territorio nazionale.

⁶⁸ *Relazione al d.d.l. n. 2616* cit., 6.

sta dell'interessato, preventivamente informato, il colloquio si svolge innanzi alla Commissione». È chiaro che l'innovazione permette di snellire i carichi di lavoro degli organismi territoriali, rendendo solo eventuale il coinvolgimento dell'intero organismo. Resta fermo che sulla domanda decide l'intera Commissione alla quale il membro che ha curato il colloquio sottopone la propria proposta di deliberazione.

Per decidere sulla domanda di protezione, la Commissione valuta la situazione del Paese di provenienza o di transito dell'istante sulla base dei dati forniti non solo dal Ministero degli Interni e dal Ministero degli affari esteri, ma anche da ogni altra agenzia e da enti di tutela dei diritti umani operanti a livello internazionale. La Commissione territoriale, ovvero il giudice in caso di impugnazione del provvedimento, acquisisce, anche d'ufficio, le suddette informazioni, nonché quelle relative alla specifica condizione del richiedente, «che ritiene necessarie a integrazione del quadro probatorio prospettato dal richiedente». A tali dati, nonché alle fonti di prova e agli elementi di valutazione adottati dall'organismo, ha accesso l'avvocato che assiste legalmente il richiedente.

Infine, per sostenere il sistema di accoglienza dei soggetti richiedenti la protezione internazionale e dei minori stranieri non accompagnati da adulti, sono incrementate le dotazioni finanziarie disponibili. È, in particolare, incrementato il fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo, che sostiene il sistema finalizzato ad accogliere i richiedenti asilo e a tutelare i rifugiati e gli stranieri destinatari di altre forme di protezione internazionale. È istituito un nuovo fondo a disposizione del Ministero dell'interno per finanziare le spese di rimpatrio di stranieri verso i loro Paesi di origine o di provenienza. In più, i comuni siciliani maggiormente interessati dall'eccezionale flusso migratorio degli ultimi mesi (tassativamente elencati dall'art. 7 d.l. 119/2014, conv. in l. 146/2014), e che perciò sono chiamati a sostenere maggiori spese di solidarietà sociale, sono esentati dal rispettare i vincoli del patto di stabilità interno, «nei limiti complessivi dell'importo commisurato al cinquanta per cento degli effetti finanziari determinati dall'applicazione della sanzione» prevista per il mancato rispetto del predetto patto e consistente nella riduzione del fondo sperimentale di riequilibrio o del fondo perequativo nella misura pari alla differenza fra il risultato registrato e l'obiettivo programmatico predeterminato.

5. Specifiche misure sono volte a potenziare le dotazioni funzionali delle Forze di polizia facenti capo al Ministero dell'interno e, in quanto tali, direttamente coinvolte nei maggiori impegni operativi sottesi al dilagare dei fenomeni cui rispondono le misure normative contenute nel testo del Governo licenziato dal Parlamento. Tra queste si distinguono, in primo luogo, stanziamenti di spesa. A beneficio della Polizia di Stato e del Corpo dei Vigili del Fuoco, onde consentire l'ammodernamento dei relativi mezzi operativi, delle attrezzature e delle strutture⁶⁹, è, infatti,

⁶⁹ Per un dettaglio delle necessità di ammodernamento dei comparti interessati, v. la *Relazione al d.d.l. n. 2616 cit.*, 7 ss.

autorizzata a favore del Ministero dell'interno una spesa corrente aggiuntiva per i prossimi anni da qui fino al 2021 (art. 8 d.l. 119/2014, conv. in l. 146/2014).

A favore delle forze appartenenti al comparto della pubblica sicurezza sono poi assegnate le automobili di proprietà delle amministrazioni pubbliche statali dismesse o da dismettere, da individuare previa apposita ricognizione curata dal Ministero dell'interno d'intesa con i Ministeri competenti.

Infine, con decreto del Ministero dell'interno, da adottare entro trenta giorni dall'entrata in vigore della l. 146/2014, «l'Amministrazione della pubblica sicurezza avvia, con le necessarie cautele per la salute e l'incolumità pubblica e secondo principi di precauzione e previa intesa con il Ministro della salute, la sperimentazione della pistola elettrica Taser per le esigenze dei propri compiti istituzionali». Si tratta di uno strumento di coazione già adottato dalle forze di polizia di alcuni Paesi in Europa ed il cui impiego è invocato dai rappresentanti delle autorità di p.s. maggiormente impegnate in operazioni di ordine pubblico, che lamentano di trovarsi troppo facilmente esposte alle insidie dello scontro fisico con soggetti facinorosi. Tali pistole, classificate fra le armi "non letali", trasmettono una scarica elettrica di alto voltaggio, ma di ridotto amperaggio, con cui sono in grado di tramortire l'avversario. Esse presenterebbero, quindi, il vantaggio di neutralizzare temporaneamente l'aggressore senza compromettere realmente la sua integrità fisica. Le stesse sollevano, tuttavia, qualche dubbio per i rischi incogniti che insinuerebbero quando impiegate nei confronti dei portatori di talune patologie, come, ad es., quelle cardiache. Ecco perché, in una prospettiva di valutazione costi-benefici, si autorizza l'avvio di una loro prudente sperimentazione la cui cadenze e cautele sono rimesse alle considerazioni delle amministrazioni tecnicamente competenti a soppesare i rischi incombenti e a delineare le necessarie precauzioni d'uso.

A margine delle presenti disposizioni si situa, infine, la previsione dell'art. 9 d.l. 119/2014, conv. in l. 146/2014, che istituisce una Commissione consultiva centrale presso il Ministero dell'interno, competente ad espletare le funzioni tecniche in materia di sostanze esplodenti previste dalla legislazione vigente. A livello territoriale (provinciale), invece, operano le Commissioni tecniche che esercitano anche le necessarie funzioni prescrittive propedeutiche al rilascio della licenza per la fabbricazione ed il deposito delle materie esplodenti⁷⁰. Alle Commissioni è asse-

⁷⁰ Negli intendimenti del legislatore – rivelati dalla *Relazione al d.d.l. n. 2616* cit., 9 – «le commissioni tecniche provinciali per le materie esplodenti potranno assicurare l'espressione di pareri obbligatori ai fini del rilascio della licenza per la fabbricazione o il deposito di materie esplodenti, svolgendo sopralluoghi e controlli tecnici nei locali a ciò destinati, al fine di accertarne l'idoneità e la sicurezza, anche in relazione alle distanze dai centri abitati, da strade pubbliche, da altri opifici eccetera, procedendo sulla base di nozioni e conoscenze specialistiche». Da parte sua, la commissione centrale dovrebbe «garantire un supporto essenziale per le tempestive determinazioni dell'autorità, assicurando a quest'ultima un qualificato apporto di competenza tecnica nella delicata materia dei provvedimenti riguardanti le sostanze esplosive e in-

gnato, altresì, il compito di accertare le capacità tecniche del richiedente il rilascio delle autorizzazioni per la fabbricazione, la raccolta, il commercio, il deposito e la riparazione di armi, così come imposto dall'art. 8 co. 4 l. 18.4.1975 n. 110. La composizione di tali organi è rimessa all'emanazione di un futuro decreto del Ministero dell'interno. La legge si premura, però, di stabilire che ai loro membri «è richiesta un'esperienza pluriennale certificata in tema di sostanze esplodenti»; dai lavori preparatori, poi, si evince che nella Commissione centrale dovrebbero essere coinvolti non solo rappresentanti dell'amministrazione, ma anche esponenti dei settori economici interessati dalle attività produttive.

La disposizione in esame chiama in causa gli artt. 46 ss. T.u.l.p.s., i quali vietano di fabbricare, detenere in deposito, vendere o trasportare sostanze esplodenti senza licenza del Ministero dell'interno o del Prefetto. Già in precedenza la classificazione delle sostanze da sottoporre ad autorizzazione, sia per la definizione delle condizioni cui debbono sottostare i locali destinati alla fabbricazione e al deposito di materiale esplodente (art. 49), sia per la classificazione delle sostanze e dei prodotti che è possibile fabbricare, detenere, trasportare o vendere (art. 53), era stata demandata ad una commissione consultiva, che aveva trovato traduzione ed attuazione con l'art. 6 l. 110/1975. Esigenze di riduzione del personale per il contenimento della spesa pubblica avevano, tuttavia, imposto la loro eliminazione con l'art. 12 co. 20 d.l. 6.7.2012 n. 95 (conv. in l. 7.8.2012 n. 135). Riconosciuta, nondimeno, l'importanza delle funzioni consultive in tale materia, soprattutto per un'efficace prevenzione degli infortuni⁷¹, gli organi collegiali sono sostanzialmente ricostituiti con l'attuale disposizione. All'amministrazione centrale spetta di valutare se riesumare il modello a suo tempo offerto dall'art. 6 l. 110/1975 per determinarne la composizione.

fiammabili. Ciò consentirà la corretta ponderazione degli interessi privati e pubblici coinvolti nel procedimento amministrativo, anche in considerazione del fatto che dello stesso collegio fanno parte rappresentanti non solo delle amministrazioni competenti, ma anche dei settori economici interessati».

⁷¹ *Relazione al d.d.l. n. 2616 cit.*, 9.

D.l. 23.12.2013, n. 146, conv. in l. dalla l. 21.2.2014, n. 10
Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali
dei detenuti e di riduzione controllata
della popolazione carceraria
(GU 23.12.2013, n. 300; 21.2.2014, n. 10)

Art. 1

Modifiche al codice di procedura penale

1. Al decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 447, di approvazione del codice di procedura penale, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'art. 275-bis, comma 1, primo periodo, le parole "se lo ritiene necessario" sono sostituite dalle seguenti parole: "salvo che le ritenga non necessarie".

b) all'articolo 678, il comma 1 è sostituito dal seguente:

"1. Salvo quanto stabilito dal successivo comma 1-bis, il tribunale di sorveglianza nelle materie di sua competenza, e il magistrato di sorveglianza, nelle materie attinenti ai ricoveri previsti dall'art. 148 del codice penale, alle misure di sicurezza e alla dichiarazione di abitudine o professionalità nel reato o di tendenza a delinquere procedono, a richiesta del pubblico ministero, del difensore o di ufficio, a norma dell'art. 666. Tutta-

via, quando vi è motivo di dubitare dell'identità fisica di una persona, procedono a norma dell'art. 667 comma 4."

c) all'art. 678, dopo il comma 1 è aggiunto il seguente.

"1-bis. Il magistrato di sorveglianza, nelle materie attinenti alla rateizzazione e alla conversione delle pene pecuniarie, alla remissione del debito e alla esecuzione della semidetenzione e della libertà controllata, ed il tribunale di sorveglianza, nelle materie relative alle richieste di riabilitazione ed alla valutazione dell'esito dell'affidamento in prova al servizio sociale, anche in casi particolari, procedono a norma dell'articolo 667 comma 4."

2. L'efficacia della disposizione di cui al comma 1, lettera a), è differita al giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana della legge di conversione del presente decreto.

Per un'effettiva gradualità delle misure cautelari personali

Commento di PAOLA SPAGNOLO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'«obbligatorietà» del braccialetto elettronico. – 3. Un necessario (ma sufficiente?) differimento nell'efficacia della disposizione.

1. Dopo decenni di legislazione «carcerocentrica»¹, i più recenti interventi normativi – probabilmente sulla spinta dei pressanti moniti provenienti dal mondo politico² e giudiziario³ – sembrano andare controcorrente. Nella seconda decade degli anni 2000, infatti, per far fronte all'endemico sovraffollamento carcerario che rende drammatiche le condizioni di vita all'interno delle carceri, gran parte delle riforme legislative si è mossa su tre fronti: stanziamenti aggiuntivi di bilancio per l'edilizia penitenziaria (il c.d. piano carceri); progressivo aumento del ricorso a forme di carcerazione «domestica» e potenziamento dei benefici penitenziari e delle misure alternative alla detenzione; diminuzione degli ingressi in carcere⁴.

¹ Per questa definizione: C. Florio, *Diritto penitenziario e giurisprudenza di Strasburgo*, in *DPP* 2014, 119. Analoghe considerazioni sono svolte, tra gli altri, da O. Mazza, *Dalla sentenza Torreggiani alla riforma del sistema penale*, in *AP* 2014, 364, dove si ricorda la «risposta securitaria» dei c.d. pacchetti sicurezza degli anni 2008-2009 e si conclude per la necessità di una riforma complessiva del sistema processual-penalistico, «non basta, infatti, incidere in modo strutturale sulla legislazione, occorre, soprattutto, che ogni innovazione sia coerentemente inserita in un sistema di giustizia penale che venga finalmente considerato globalmente come un'unica entità costituita da inscindibili interrelazioni»; v. anche la ricostruzione dell'evoluzione legislativa degli ultimi anni di F. Zacchè, *Il detenuto in attesa di giudizio: profili di una riforma incompiuta*, *ibidem*, 371 e ss.

² V. al riguardo il testo del messaggio del Presidente della Repubblica alle Camere dell'8 ottobre 2013; sul punto M. Chiavario, «Emergenza carceraria» e «messaggio» presidenziale, in *LP* 2013, 541; F. Fiorentin, *Senza riforme strutturali al nostro sistema penale l'Italia resta nella posizione di «sorvegliata speciale»*, in *GD* 2013 (43), 14.

³ Il riferimento è a C. cost., 22.11.2013 n. 279 (per un commento v. A. Della Bella, *Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire*, in *www.pena-lecontemporaneo.it*, 19.12.2013; per un commento all'ordinanza di remissione: F. Della Casa, *Il problematico impiego della sospensione dell'esecuzione in chiave «antiovercrowding»*. *La parola alla Corte costituzionale*, in *RIDPP* 2013, 997; R. Orlandi, *Il sovraffollamento delle carceri al vaglio della Corte costituzionale*, in *QuestG* 2013, 424) e a C. eur., GC, 8.1.2013, *Torreggiani c. Italia* (per un commento, tra gli altri: G. Tamburino, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *CP* 2013, 11; G. Della Morte, *La situazione carceraria in Italia viola strutturalmente gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*, in *DUMDInt* 2013, 147) che ha rappresentato il «campanello di allarme» perché l'Italia non restasse più inerte di fronte alla problematica del sovraffollamento giudiziario (v. A. Giarda, *Si consolida lo «statuto» dei detenuti: basteranno le nuove norme?*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di C. Conti, A. Marandola, G. Varraso, Padova 2014, 3.

⁴ Cfr. F. Zacchè, *op. cit.*, 372 e le considerazioni di P. Corvi, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti dei detenuti: il rispetto della legalità*, in *RIDPP* 2013, 1794 e ss.

All'interno di queste linee, come può leggersi nella relazione al disegno di legge di conversione del decreto⁵, si muove anche il provvedimento in esame che ha lo scopo, da un lato, di ridurre i flussi in entrata e, dall'altro, di favorire quelli in uscita, accrescendo l'efficienza complessiva del sistema e valorizzando le possibilità di esecuzione della pena in forme alternative. Alla luce di questi obiettivi vanno lette sia le disposizioni espressamente dirette a contrastare il sovraffollamento – ossia le modifiche in tema di disciplina degli stupefacenti, di ordinamento penitenziario e di rafforzamento del controllo dei condannati ammessi agli arresti domiciliari nonché le novità in tema di esecuzione della pena presso il domicilio e le modifiche al testo unico in materia di immigrazione – sia quelle tese alla semplificazione di alcune materie devolute alla cognizione della magistratura di sorveglianza⁶.

Il decreto evidenzia altresì un secondo piano di intervento: il rafforzamento degli strumenti di tutela dei diritti delle persone detenute attraverso la previsione di un ricorso di natura giurisdizionale esperibile di fronte al magistrato di sorveglianza (cui si accompagna una sorta di giudizio di ottemperanza), nonché l'istituzione del garante nazionale dei diritti delle persone detenute o comunque private della libertà personale, istituzione già di per sé carica di valore etico.

Si tenta, così, di dare una risposta concreta al monito espresso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella ormai nota sentenza Torreggiani, da un lato, cercando di diminuire la popolazione detenuta in carcere, dall'altro, predisponendo un sistema di ricorsi effettivi capace di garantire al singolo detenuto l'immediata cessazione della violazione dell'art. 3 Cedu e, per l'effetto, di contenere il contenzioso davanti alla giurisdizione di Strasburgo⁷.

2. La disposizione con cui si apre il decreto in oggetto è funzionale – almeno nelle intenzioni dei compilatori – ad una riduzione della presenza in carcere di soggetti in attesa di giudizio. Tale riduzione dovrebbe attuarsi attraverso un maggior ricorso al c.d. braccialetto elettronico⁸,

⁵ Relazione al disegno di legge n. C 1921 di conversione del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, recante misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria.

⁶ Più immediatamente funzionale al percorso rieducativo e di reinserimento sociale appare, invece, la proroga delle facilitazioni ai datori di lavoro che assumano persone detenute o internate. Come si legge nella relazione, infatti, l'intervento sulla normativa in materia di benefici e sgravi fiscali per i datori di lavoro che impieghino detenuti ed internati trova la sua ragion d'essere nella «consapevolezza che si tratta di misure essenziali per garantire l'effettività del lavoro come momento significativo e qualificante del percorso di rieducazione e di progressivo reinserimento sociale».

⁷ Sottolinea questa visione «pragmatica» espressa dalla Corte europea nella sentenza Torreggiani: O. Mazza, *op. cit.*, 363.

⁸ Il c.d. braccialetto elettronico è in realtà una cavigliera, dotata di un rilevatore in grado di monitorare gli spostamenti da un determinato luogo dei soggetti cui può essere applicata. Le caratteristiche sono determinate con un decreto del ministero degli interni del 2 febbraio 2001. In linea generale, il dispositivo di localizzazione satellitare, solitamente in lattice o caucciù, deve poter cedere ad una pressione media onde

trasformato dalla novella da opzione possibile – previa verifica del consenso dell'imputato/indagato e della disponibilità degli strumenti tecnici necessari da parte della polizia giudiziaria – a scelta doverosa.

La modalità di controllo in discorso, introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 16 del d.l. 341/2001, conv. in l. dalla l. 4/2001⁹, è stata presentata, dalla relazione al disegno di legge relativo alla conversione in legge del d.l. 341 del 2000¹⁰, come una modalità esecutiva degli arresti domiciliari che poteva essere disposta dal giudice, anche in sostituzione della misura cautelare carceraria, al verificarsi delle condizioni indicate nel primo comma dell'art. 275-*bis* Cpp, in seguito ad una specifica valutazione di adeguatezza operata dal giudice della cautela¹¹.

Fin dal suo inserimento nell'ordinamento processuale, il braccialetto elettronico è apparso uno strumento che, sfruttando le potenzialità della tecnologia, può contribuire ad incrementare le ipotesi applicative di misure diverse dalla custodiale, così da rendere la custodia cautelare in carcere reale *extrema ratio*, cui ricorrere quando ogni altra misura risulti inadeguata a fronteggiare le esigenze cautelari nel caso concreto¹².

Questa sua finalità emerge sia dalla collocazione della disposizione sia dalla sua struttura: il provvedimento in ordine alle particolari modalità di controllo ha natura complessa (applicazione della misura attenuata in alternativa a quella carceraria, entrambe condizionate al consenso o dissenso del destinatario¹³). Proprio questa struttura evidenzia

evitare danni al detenuto nel caso in cui il braccialetto si impigli in attrezzature mobili pericolose. Gli attuali braccialetti sono privi di una localizzazione satellitare, possono quindi rivelare l'allontanamento dall'area di controllo, ma non tracciare gli spostamenti del soggetto. I dispositivi più moderni, invece, sono dotati di GPS e consentono di verificare anche gli spostamenti, essi, tuttavia, necessitano di una maggiore "collaborazione" da parte dell'interessato che deve provvedere alla loro ricarica ogni 6 ore circa (mentre per gli attuali la ricarica è effettuata dalla centralina). Secondo la Convenzione con la Telecom (in vigore dal 1.1.2012 al 31.12.2018) dei 2000 braccialetti, il 10% può essere dotato del sistema c.d. Outdoor (GPS tracking) che consente di monitorare gli spostamenti del soggetto anche al di fuori delle mura domestiche e che risulterebbe particolarmente utile nel caso di applicazione del braccialetto *ex art.* 282-*bis* Cpp. Per queste considerazioni v. S. Aprile, *Il sistema per il controllo elettronico delle persone sottoposte alla misura degli arresti domiciliari previsto dall'art. 275-bis, c.p.p.: "braccialetto elettronico". L'esperienza del Gip di Roma*, in *RPCrim* 2013, n. 2, 54-56.

⁹ Per i primi commenti, tra gli altri: D. Carcano, D. Manzione, *Custodia cautelare e braccialetto elettronico*, Milano 2001; L. Cesaris, *Dal panopticon alla sorveglianza elettronica*, in *Il decreto "antiscarcerazioni"*, a cura di M. Bargis, Torino 2001, 62.

¹⁰ La relazione può leggersi in *GD* 2000 (45), 47.

¹¹ Va comunque tenuto presente che, in dottrina, taluno riconduce il braccialetto elettronico a una mera modalità di sorveglianza dell'adempimento della prescrizione principale degli arresti (P. Tonini, *Manuale di procedura penale*¹⁴, Milano 2013, 423, nt. 13; D. Manzione, *Le «nuove frontiere» della custodia cautelare: dagli arresti domiciliari al controllo a distanza*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino 2001, 394; D. Curtotti, *Custodia cautelare (presupposti, vicende, estinzione)*, in *Dig. Disc. pen.*, Agg. III, t. 1, 2005, 304), oppure ad una prescrizione che si aggiunge alle normali prescrizioni (S. Ciappi, *La sorveglianza con braccialetto elettronico*, in *Carcere e territorio*, a cura di U. Gatti e B. Glauco, Milano 2003, 174; anche se aggravato sarebbe il controllo: M.M. Monaco, *Arresti domiciliari*, *Dig. Disc. Pen.*, Agg. II, 2004, 5).

¹² E. Marzaduri, *sub art. 16 l. 19 gennaio 2001, n. 4*, in *LP* 2001, 444.

¹³ D. Manzione, *Le «nuove frontiere» della custodia cautelare*, cit., 428.

come, più che una mera modalità esecutiva degli arresti domiciliari, la misura domiciliare con controllo elettronico dovrebbe essere considerata «immediatamente sostitutiva della custodia in carcere»¹⁴ o, come affermato dalla giurisprudenza, «condizione sospensiva della custodia cautelare», la cui applicazione viene disposta dal giudice contestualmente agli arresti domiciliari e subordinatamente al consenso dell'indagato all'adozione dello strumento elettronico¹⁵.

Passando all'attuale intervento legislativo, può immediatamente notarsi la scelta di lasciare inalterati la collocazione sistematica, «a ridosso» dei principi generali e non all'interno o in prossimità della normativa sugli arresti domiciliari¹⁶, il procedimento e i presupposti applicativi. Tra le possibili opzioni riformatrici – previsione dell'applicabilità del braccialetto a tutte le misure cautelari diverse dalla custodia cautelare in carcere¹⁷ o introduzione del “domicilio elettronico” come misura cautelare *ad hoc*¹⁸ – il legislatore sembra aver optato per una posizione intermedia: una “obbligatoria” considerazione del braccialetto elettronico come alternativa al carcere.

Tale effetto è stato raggiunto (o si sarebbe dovuto raggiungere) attraverso la mera sostituzione dell'inciso «se lo ritiene necessario» – inciso che implicava l'esercizio di un potere discrezionale del giudice – con quello «salvo che le ritenga non necessarie», invertendo così il rapporto regola-eccezione: la regola è rappresentata dagli arresti domiciliari con braccialetto elettronico, l'eccezione dalla custodia cautelare in carcere.

Nelle intenzioni del legiferante, la modifica dovrebbe servire come monito ai giudici per spingerli ad utilizzare maggiormente uno strumento di controllo elettronico¹⁹, finora poco impiegato, dalle notevoli potenzialità deflattive del carico carcerario²⁰. L'applicazione del brac-

¹⁴ A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, Milano 2007, 739.

¹⁵ Cass., 29.10.2003, n. 47413, in CP 2005, 896, secondo la quale «ne deriva che il braccialetto rappresenta una cautela che il giudice può adottare ai fini del giudizio da compiersi nel procedimento di scelta delle misure in ordine alla capacità effettiva dell'indagato di autolimitare la propria libertà personale di movimento».

¹⁶ D. Manzione, *Le «nuove frontiere» della custodia cautelare*, cit., 389.

¹⁷ Questa era la proposta della Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione (la c.d. Commissione Giostra), in *www.penalecontemporaneo.it*, 20.12.2013, VIII, del documento; così anche il Parere del C.s.m. al d.l. 146/2013 adottato nella delibera consiliare del 23 gennaio 2014.

¹⁸ Per il riferimento all'introduzione di una autonoma misura sostitutiva della custodia cautelare in carcere: F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, Milano 2014, 18.

¹⁹ Va peraltro ricordato che, nell'ottica di una maggior utilizzo di questo strumento di controllo, l'art. 2 d.l. 93/2013 (conv. in l. dalla l. 119/2013) ha introdotto, in relazione a specifici delitti, il braccialetto elettronico quale strumento di controllo per la misura dell'allontanamento dalla casa familiare di cui all'art. 282-bis Cpp. Per un commento v.: H. Belluta, *Processo penale e violenza di genere: tra pulsioni preventive e maggiore attenzione alle vittime di reato*, in LP 2014, 82.

²⁰ Può ricordarsi che il capo della Polizia, Alessandro Pansa, in una audizione alla Commissione giustizia della Camera (l'8 gennaio 2014) nell'ambito dell'indagine conoscitiva in merito all'esame del d.d.l. C. 1921, di conversione in legge del d.l. 146 del 2013, aveva attribuito ad una insufficiente informazione presso gli uffici giudiziari il fallimento del braccialetto elettronico.

cialetto, infatti, è pensata per tutte quelle situazioni di pericolosità intermedia tra quella che esige il carcere e quella fronteggiabile attraverso gli arresti domiciliari, ossia per quei soggetti nei confronti dei quali il giudice nutre dubbi in ordine alla loro capacità auto limitativa, dubbi che potrebbero essere fugati con il ricorso ad uno strumento di controllo elettronico particolarmente efficiente nella verifica del mancato adempimento della prescrizione principale degli arresti domiciliari²¹.

L'intento è quindi quello di incrementare gli arresti domiciliari "controllati" e corrispondentemente ridurre l'ingresso o la permanenza in carcere²².

Sotto questo profilo, la scelta del legislatore di puntare sulle modalità di sorveglianza elettronica appare pienamente in linea con le più recenti prese di posizione in ambito europeo.

Non solo, infatti, negli altri Paesi si stanno incrementando le forme di sorveglianza elettronica²³, ma lo stesso Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, il 19 febbraio 2014, pochi giorni prima della conversione in legge del decreto in esame, ha adottato la Raccomandazione CM/RE(2014)4 agli Stati membri sulla sorveglianza elettronica²⁴, proprio nell'ottica di un incremento dell'utilizzo di tali forme di sorveglianza, in fase processuale e di esecuzione della pena, in quanto funzionali ad arginare il sovraffollamento carcerario e a marginalizzare la restrizione carceraria²⁵.

²¹ Per queste considerazioni: F. Fiorentin, *Con il nuovo svuota carceri 3mila detenuti in meno e braccialetto elettronico esteso ai non domiciliari*, in *GD* 2014 (3), 19.

²² Questa la tesi di E.M. Mancuso, *Sovraffollamento carcerario e misure di urgenza: un intervento su più fronti per avviare un nuovo corso*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 53; M.G. Gasparri, *Il monitoraggio elettronico non riduce i controlli*, in *GD* 2014 (4), 34. In senso contrario: A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino 2014, 25-26.

²³ V. le considerazioni di A. Ciavola, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, in *Dir. pen. cont.* 2013, n. 1, 156, la quale evidenzia come il braccialetto elettronico sia fortemente consigliato a livello europeo per limitare il sovraffollamento e facilitare il rispetto delle regole penitenziarie. Si vedano anche i documenti pubblicati dal CEP (*Conférence Permanente Européenne de la Probation*) che ogni due anni organizza una conferenza su *Electronic Monitoring in Europe*. La prossima conferenza si terrà in Germania nel dicembre del 2014 e in seguito verrà pubblicato un report. Dagli ultimi report pubblicati emerge un costante aumento dell'utilizzo della sorveglianza elettronica proprio al fine di ridurre la popolazione carceraria (per approfondimenti v. www.cep-probation.org).

²⁴ Leggibile in *RPCrim* 2013, 230 e ss. con un breve commento di L. Salazar e T. Barzanti, *Il Consiglio d'Europa adotta la nuova raccomandazione sul "braccialetto elettronico"*. Per uno sguardo ad alcune esperienze europee: F. Leonardi, *La sorveglianza elettronica come alternativa al carcere: l'esperienza europea*, *ibidem*, 79 e ss. e E.V. Pettralla e M. Ciarpi, *Il controllo elettronico e satellitare in Europa. Possibili applicazioni per lo sviluppo dell'esecuzione penale esterna in Italia*, *ibidem*, 125 e ss.

²⁵ Lo scopo della Raccomandazione è di definire «una serie di principi basilari relativi a questioni etiche e a norme professionali che permettano alle autorità nazionali di offrire un uso giusto, proporzionato ed efficace delle diverse forme di sorveglianza elettronica nell'ambito della giustizia penale, nel pieno rispetto dei diritti delle persone interessate».

Poste queste premesse e individuate le dichiarazioni di intenti, occorre soffermarsi sulle questioni interpretative poste dalla novella.

Fin dai primi commenti, è stato paventato il rischio che il braccialetto elettronico, più che fungere da strumento per sottrarre terreno alla custodia cautelare in carcere, possa invece essere disposto unicamente per aumentare i controlli sugli imputati a cui comunque si sarebbero applicati gli arresti domiciliari, con ciò frustrando le finalità deflattive degli ingressi in carcere perseguiti dalla novella²⁶. Ancora, si è ipotizzata una generalizzazione della prescrizione di utilizzo del braccialetto elettronico in tutti i casi di applicazione della misura cautelare domiciliare²⁷, fino a definire il nuovo art. 275-*bis* Cpp come «modalità ordinaria di esecuzione della misura degli arresti domiciliari»²⁸, con la conseguenza che oggi la misura di cui all'art. 284 Cpp si sarebbe trasformata in “arresti domiciliari elettronici”, salvo eccezioni da motivare specificamente²⁹.

Infine, si è fatto riferimento ad una inversione dell'onere di motivazione³⁰: prima occorre la motivazione per imporre il braccialetto elettronico, ora il giudice deve motivare qualora ritenga che non sia necessario.

Una lettura congiunta delle posizioni espresse in dottrina porterebbe a ritenere che la regola sia diventata l'arresto domiciliare “controllato”, per la cui applicazione non sarebbe necessaria alcuna motivazione specifica, l'eccezione non solo la custodia cautelare, ma anche l'arresto domiciliare “semplice”, la cui imposizione dovrebbe essere motivata.

Questa lettura, pur plausibile, appare però lontana dalle intenzioni del legislatore³¹ e sembra sovvertire canoni fondamentali in materia cautelare, quali il principio della domanda cautelare e la funzione della motivazione *de libertate*.

Sotto il primo profilo, se si ritiene che la richiesta di arresti domiciliari vada intesa come richiesta di arresti domiciliari “controllati” – quale “regola” della cautela domiciliare – il principio della domanda cautelare, uno dei pilastri del nostro sistema, verrebbe “surrettizianamente” eliminato, proprio nelle ipotesi più delicate quando si discute

²⁶ A. Della Bella, *op. cit.*, 26; M.G. Gasparri, *op. cit.*, 34-35, che al riguardo auspicava una modifica in sede di conversione.

²⁷ F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 14.

²⁸ In questo senso anche il Parere del C.s.m. al d.l. 146/2013 adottato nella delibera consiliare del 23 gennaio 2014.

²⁹ G. Amato, *Arresti domiciliari con il braccialetto elettronico*, in *GD* 2014 (4), 47; F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 19.

³⁰ Parlano espressamente di inversione dell'onere motivazionale: C. Florio, *op. cit.*, 123; L. Filippi, Adelante Pedro... con (poco) iudicio. *Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, in *DPP* 2014, 381; M. G. Gasparri, *op. cit.*, 34, secondo la quale il giudice deve motivare nel caso ritenga non necessario il controllo elettronico, altrimenti lo deve applicare.

³¹ Peraltro difficilmente, considerati i costi, il braccialetto elettronico potrebbe essere disposto in tutte le ipotesi di applicazione degli arresti domiciliari.

delle misure più afflittive³². Infatti, l'effetto sarebbe quello di una applicazione d'ufficio della custodia cautelare anche a fronte di una richiesta generica di arresti domiciliari. Si può ammettere in realtà che la richiesta di arresti domiciliari "controllati" contenga anche la implicita richiesta della custodia in carcere, per l'eventualità di rifiuto del controllo elettronico. Ma se si vuole escludere l'applicazione d'ufficio della custodia in carcere, non si può ammettere una tale implicita integrazione quando il pubblico ministero abbia formulato solo una richiesta generica di arresti domiciliari.

Sotto il secondo profilo, invece, se si ritiene che oggi gli arresti domiciliari con controllo elettronico siano la modalità ordinaria della cautela "domestica" appare sicuramente distonico con l'ordito normativo a presidio della libertà personale imporre l'obbligo di motivazione specifica per l'applicazione degli arresti domiciliari "semplici" e non per quelli "controllati" che, in una ideale scala di misura, appaiono più afflittivi. Tutto ciò collide con la tradizionale funzione della motivazione cautelare, quale presidio di libertà ai sensi dell'art. 13 Cost.

Appare quindi sensato interrogarsi sulla possibilità di una lettura alternativa, che non valorizzi la prima parte della disposizione («nel disporre gli arresti domiciliari...») – opzione che spinge gli interpreti a ricondurre il braccialetto elettronico agli arresti domiciliari – ma la seconda, ossia lo stretto legame con la custodia cautelare in carcere, già disposta per l'eventualità in cui l'interessato non presti il consenso al controllo elettronico.

L'opportunità di uno spostamento del *focus* dell'esegesi normativa trova conferma anche nella scelta del legislatore di non operare sull'art. 284 Cpp, ma di mantenere la disciplina del braccialetto elettronico nella sua attuale collocazione sistematica, ossia subito dopo i criteri di scelta delle misure, il che continua ad essere indice della considerazione che il braccialetto è funzionale a rafforzare il principio della custodia cautelare in carcere quale *extrema ratio*.

Concentrando l'attenzione sulla collocazione sistematica³³ e riconducendo il braccialetto elettronico alla sua natura di "misura" immediatamente sostitutiva della custodia in carcere e con essa strettamente connessa, il principio della domanda cautelare e la portata di garanzia della motivazione sarebbero salvaguardati. Sotto il primo profilo, infatti, dovrebbe ritenersi che il pubblico ministero debba richiedere l'applica-

³² Sulla portata del principio della domanda cautelare, in tutte le sue declinazioni, v. l'interessante studio di E. Valentini, *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Bologna 2012.

³³ Sottolinea E. Valentini, *op. cit.*, 316, l'opportunità di enfatizzare la collocazione sistematica. L'A., infatti, con riferimento alla c.d. presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere *ex art. 275 co. 3 Cpp*, evidenzia come la scelta di inserire i precetti nell'ambito di una disciplina intitolata ai «criteri di scelta delle misure» dovrebbe portare a ritenere che le modifiche, riguardando la disciplina statica, non devono avere effetto su quella dinamica, ossia sul procedimento, sicché va escluso che con la previsione dell'art. 275 co. 3 Cpp si sia voluta inserire una deroga al principio della domanda cautelare.

zione della custodia cautelare in carcere³⁴ e il giudice doverosamente verificare se sia possibile applicare il braccialetto elettronico, il quale potrà essere imposto anche d'ufficio in quanto *minus* rispetto all'afflittività della custodia carceraria³⁵. Sotto il secondo profilo, la motivazione sulla non applicazione del braccialetto servirebbe a giustificare perché, in quel dato caso concreto, la custodia cautelare in carcere sia ritenuta l'unica misura idonea e adeguata a fronteggiare i *pericula libertatis*³⁶, così salvaguardando la funzione della motivazione cautelare.

Sebbene questa appaia la lettura più coerente, anche dal punto di vista sistematico, occorre dare atto che in una recente pronuncia la Corte di cassazione ha del tutto disconosciuto la portata innovativa della modifica in esame, affermando che l'espressione «salvo che non le ritenga necessarie» non significa «che il giudice debba motivare perché ritiene non necessarie le misure di sorveglianza elettroniche, a meno che sul punto vi sia specifica richiesta di parte, che sola può far sorgere l'obbligo di motivazione su tale punto specifico»³⁷. L'espressa richiesta di parte e la conseguente legittimazione della motivazione implicita appaiono in aperto contrasto con le finalità perseguite con l'intervento normativo, ossia con la volontà di imporre un obbligo del giudice sia quanto alla considerazione *ex officio* della possibilità di disporre il braccialetto elettronico, a fronte di una richiesta di custodia cautelare, sia quanto alla specifica motivazione in ordine alla mancata applicazione della "misura" meno afflittiva.

Se dovesse consolidarsi questa lettura – di chiusura rispetto alle novità introdotte – risulterebbero vanificati gli sforzi del legislatore diretti a rinforzare il principio della custodia cautelare come *extrema ratio* e a ridurre la popolazione detenuta in attesa di giudizio.

In realtà, il risultato perseguito ed espressamente dichiarato dal legislatore si sarebbe potuto raggiungere – in modo più coerente – introducendo un obbligo motivazionale a carico del giudice che dispone la custodia cautelare in carcere in relazione alla mancata applicazione de-

³⁴ Come si è anticipato, può anche ritenersi che il p.m. possa richiedere espressamente gli arresti domiciliari con braccialetto elettronico, essendo in questa richiesta implicita la richiesta di custodia cautelare in caso di dissenso dell'interessato.

³⁵ La mera richiesta di applicazione degli arresti domiciliari, invece, non consentirebbe al giudice di disporre il braccialetto elettronico. Per analoghe considerazioni con riferimento alla previgente formulazione dell'art. 275-bis Cpp: D. Manzione, *Le «nuove frontiere»*, cit., 405.

³⁶ Si può ipotizzare, ad esempio, che gli arresti domiciliari "controllati" potrebbero essere idonei ad evitare la reiterazione di reati che necessariamente si consumano all'esterno del domicilio (rapine, furti, ecc.), mentre potrebbero rilevarsi inadeguati a fronteggiare i *pericula* di reiterazione in caso di reati che si consumano mediante contatti immateriali o indiretti (i delitti *on line* o a distanza, le attività illecite che possono esaurirsi all'interno del domicilio). Per queste esemplificazioni: S. Aprile, *Il sistema per il controllo elettronico delle persone sottoposte alla misura degli arresti domiciliari previsto dall'art. 275-bis, c.p.p.: "braccialetto elettronico". L'esperienza del Gip di Roma*, cit., 49-50.

³⁷ Cass., 18 giugno 2014, n. 26327, in *GI* 2014, 1741, con nota di critica di M.F. Cortesi, "Braccialetto elettronico": una inaccettabile lettura del rinnovato art. 275-bis c.p.p.

gli arresti domiciliari con braccialetto elettronico. L'idea, elaborata dalla c.d. Commissione Giostra³⁸ e letteralmente ripresa nell'ultimo progetto di riforma del sistema cautelare³⁹, si concretizzava nell'introduzione di un comma 3-*bis* nell'art. 275 Cpp secondo cui «nel disporre la custodia cautelare in carcere il giudice deve indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inidonea, nel caso concreto, la misura degli arresti domiciliari con le procedure di controllo di cui all'art. 275-*bis* Cpp». In questo modo, oltre ad evitare i dubbi interpretativi che l'attuale formulazione ha generato, si sarebbe espressamente introdotto un onere di motivazione rafforzato⁴⁰ per disporre la custodia cautelare in carcere, coerente con le indicazioni provenienti dalla Corte europea che più volte ha richiesto una motivazione convincente per mantenere la custodia cautelare in carcere quando l'ordinamento preveda forme di controllo elettronico quale alternativa allo *status custodiae*⁴¹.

3. Il comma 3 dell'articolo in commento differisce l'efficacia della modifica all'art. 275-*bis* Cpp al momento della pubblicazione nella Gazzetta ufficiale della legge di conversione. Il differimento è giustificato, come si legge nella relazione, per far fronte alle evidenti necessità di tipo organizzativo per incrementare la disponibilità delle apparecchiature, in quanto «l'intervento normativo implica che si abbia una maggiore disponibilità di apparecchi elettronici, il cui uso in alcuni casi potrà sostituire le verifiche, necessariamente occasionali, ad opera dell'autorità di polizia»⁴².

La previsione lasciava intendere che il tempo del differimento sarebbe stato utilizzato per dotare gli organi di polizia giudiziaria degli strumenti, *id est* dei braccialetti, per dare attuazione alla riforma⁴³. Senonché, ancora oggi, si registrano nella cronaca ipotesi di mancata applicazione di braccialetti per diversi problemi "logistici", dovuti non tanto ad una assenza dei dispositivi – molti, infatti, giacerebbero inutilizzati presso la Telecom⁴⁴ – quanto alle notevoli difficoltà di contattare ed ottenere la presenza dei tecnici per l'installazione delle "centraline", installazione necessaria affinché il "braccialetto" possa concretamente operare. Peraltro, il dispositivo presuppone la disponibilità di un domi-

³⁸ V. anche la Relazione della Commissione mista per lo studio dei problemi della magistratura di sorveglianza, in *QuadCSM* 2013, 72.

³⁹ Disegno di legge S. 1232.

⁴⁰ In questo senso anche il Parere del C.s.m. al d.l. 146/2013 adottato nella delibera consiliare del 23 gennaio 2014. Parla della necessità di introdurre un *surplus* di motivazione: F. Zacchè, *op. cit.*, 378.

⁴¹ C. eur., 20.2.2014, *Ovsjannikov c. Estonia*, § 49; C. eur., 29.10.2003, *Bolech c. Svizzera*.

⁴² Relazione al disegno di legge n. C 1921, cit.

⁴³ A. Della Bella, *op. cit.*, 26.

⁴⁴ Peraltro è in atto un contenzioso con la società fornitrice dei braccialetti elettronici, il che potrebbe, nel caso in cui la Convenzione fosse dichiarata inefficace, allungare notevolmente i tempi per porre a regime il sistema. Sul contenzioso v. A. Della Bella, *op. cit.*, 27 e A. Bassi, C. Von Borries, *Il braccialetto elettronico: un dispositivo dimenticato*, in www.questionegiustizia.it, 12.12.2013.

cilio idoneo che permetta l'installazione di una centralina elettronica in collegamento con la centrale operativa delle forze dell'ordine⁴⁵, nonché, in caso di mancata copertura di segnale Gps, la predisposizione di una linea di telefonia fissa, sicché, ad oggi, non è possibile l'adozione del braccialetto elettronico nei casi di soggetti che indichino come domicilio una *roulotte* od un campo nomadi⁴⁶. Infine, una volta montato il braccialetto elettronico occorre impostare il sistema per consentire la gestione delle autorizzazioni ad allontanarsi dal domicilio, ad esempio per svolgere un programma di recupero⁴⁷, disattivando il congegno per il tempo necessario.

Può anche aggiungersi che proprio queste difficoltà pratiche rendono ardua l'applicazione in prima battuta del braccialetto elettronico, frustrando quindi l'obiettivo di ridurre a monte gli ingressi in carcere. Infatti, mentre nel caso in cui il soggetto sia già detenuto, il direttore dell'istituto provvederà a raccogliere il consenso (art. 23 d.P.R. 230/2000)⁴⁸ e i tecnici potranno verificare l'idoneità del domicilio ed installare la centralina, *quid iuris* nel caso di soggetto libero e destinatario di una ordinanza che applica *ab origine* gli arresti domiciliari "controllati" sostitutivi della custodia cautelare? Il quesito non è peregrino, considerata la dizione letterale dell'art. 275-*bis* Cpp che, con l'inciso «anche in sostituzione della custodia cautelare in carcere», non esclude che il braccialetto elettronico possa essere misura genetica⁴⁹. Orbene, quanto alla verifica della disponibilità degli apparecchi, questa ben può essere compito dal giudice che provvede *inaudita altera parte* e, in ogni caso, sarebbe auspicabile che le forze dell'ordine comunicassero di propria iniziativa all'autorità giudiziaria la disponibilità di strumenti di controllo a distanza. Quanto al consenso dell'interessato, che il legislatore ha ritenuto di mantenere⁵⁰, esso potrà essere manifestato al momento dell'ese-

⁴⁵ Il controllo sui braccialetti è assicurato dalla sala operativa BETI (Braccialetto Elettronico Telecom Italia) avente sede in Roma la quale, in collegamento con le centrali operative locali presso i comandi provinciali delle FFOO, monitora il funzionamento di tutti i dispositivi localmente attivi, recependo in tempo reale le segnalazioni di allarme ed effettuando il *backup* dei rispettivi dati.

⁴⁶ A. Bassi e C. Von Borries, *op. cit.*

⁴⁷ S. Aprile, *op. cit.*, 53.

⁴⁸ L'art. 4 d.l. 26 giugno 2014, n. 92, nel modificare l'art. 97-*bis* NAttCpp, aveva introdotto un comma 3 secondo il quale, nell'ipotesi di sostituzione della custodia con il braccialetto elettronico, il direttore dell'istituto, nel trasmettere la dichiarazione dell'imputato, avrebbe potuto rappresentare l'impossibilità di dare esecuzione immediata alla scarcerazione in considerazione di specifiche esigenze di carattere tecnico. In tal caso il giudice avrebbe potuto autorizzare il differimento dell'esecuzione del provvedimento di sostituzione. La previsione è stata poi soppressa in sede di conversione dalla l. 11.8.2014, n. 117.

⁴⁹ Per alcune osservazioni sull'esperienza torinese in ordine al braccialetto elettronico: E. Gianfrotta, *Il braccialetto elettronico questo sconosciuto*, in *RPCrim* 2013, 63.

⁵⁰ Critici sulla scelta di mantenere come presupposto applicativo il consenso, considerato "distonico" rispetto alla funzione del braccialetto: F. Fiorentin, *Decreto vuota carceri*, cit., 15 e ss. 21, il quale auspica la previsione di un consenso presunto; E.M. Mancuso, *Sovraffollamento carcerario e misure d'urgenza*, cit., 55.

cuzione della misura: l'eventuale dissenso comporterà l'esecuzione della custodia cautelare in carcere, la cui imposizione è già contenuta nel provvedimento che dispone il braccialetto elettronico. Il reale ostacolo, allora, appaiono proprio le verifiche tecniche e i tempi di installazione della centralina. Al riguardo, nell'attesa che lo sviluppo tecnologico renda più velocemente e facilmente fruibile il braccialetto elettronico, non appare corretto escludere, per mere difficoltà tecniche⁵¹, che esso possa essere applicato anche al soggetto libero. Senza frustrare l'"effetto sorpresa" della cautela, la polizia potrebbe già verificare la disponibilità dei dispositivi e l'eventuale copertura Telecom della zona e l'esecuzione dell'ordinanza potrebbe essere – eventualmente – differita (se si tratta di tempi ragionevoli), in attesa dell'installazione da parte dei tecnici Telecom, oppure il soggetto potrebbe rimanere agli arresti domiciliari, sotto controllo delle forze di polizia, per il tempo strettamente necessario a rendere concretamente attivo il dispositivo⁵².

Certo, tutto questo presuppone l'impegno delle forze dell'ordine e dei tecnici della Telecom, ma è un impegno che una società civile può chiedere (e pretendere) se è in gioco la libertà personale.

⁵¹ Così invece E. Gianfrotta, *op. cit.*, 73-74, il quale, con riferimento al testo prevalente *in parte qua* non modificato, conclude per l'impossibilità di una applicazione in prima battuta del braccialetto elettronico. Al riguardo l'A. riporta la le modalità operative concordate ed in uso presso il Tribunale di Torino nelle quali è espressamente indicato che le «ordinanze applicative degli arresti domiciliari *ex art. 275-bis* saranno emesse unicamente nei confronti di soggetti già ristretti in carcere». La stessa conclusione è espressa da A. Bassi e C. Von Borries, *op. cit.*

⁵² V. al riguardo le considerazioni di A. Ciavola, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, cit., 147, la quale, nell'analizzare il sistema francese, evidenzia come la previsione di un contraddittorio anticipato (*ex art. 145 code procédure pénale*) possa facilitare l'applicazione in prima battuta del sistema di controllo elettronico.

Novità in tema di procedimento di sorveglianza

Commento di VALENTINA BONINI

SOMMARIO: 1. Giurisdizione di sorveglianza e moduli procedurali. – 2. *Restyling* normativo dell'art. 678 ed obiettivi di efficienza.

1. L'art. 678 Cpp coniuga in sede codicistica le scadenze processuali della fase esecutiva con le complesse e sempre più variegate tematiche che si presentano in ambito penitenziario. Si tratta della disposizione – l'unica, peraltro, all'interno del codice di rito – che prevede e disciplina il procedimento di sorveglianza, ossia quel modello giurisdizionale che, collocato in fase esecutiva, è riservato alle materie qui previste e prende il nome dall'organo che ne gestisce le scadenze. Nella sua ossatura essenziale l'art. 678 Cpp individua l'ambito operativo del procedimento di sorveglianza davanti all'organo collegiale ed all'organo monocratico, rinviando alla procedura dettata in via generale per la fase esecutiva dall'art. 666 Cpp, con talune specificazioni contenute nel comma 2 (in ragione della valenza personologica di numerosi momenti di accertamento da eseguirsi in questo contesto) e nel comma 3 (al fine di individuare l'ufficio dell'accusa che è chiamato ad intervenire in questa sede).

Le caratteristiche dell'*iter* procedurale, pertanto, risultano scolpite attraverso il rinvio fatto alle disposizioni che disciplinano il procedimento di esecuzione. Nelle intenzioni del legislatore del 1988, che già era chiamato a confrontarsi con un ordinamento penitenziario ricco di varianti interne alle dinamiche esecutive che postulavano complessi giudizi ed incidevano significativamente sui diritti di libertà del condannato definitivo, il procedimento di sorveglianza si è distinto subito come momento giurisdizionale ad elevato tasso di garanzia¹, scolpito sulla falsariga della disciplina dettata all'interno dell'art. 666 Cpp, in tema di procedimento di esecuzione², ma connotato dalla tematica personolo-

¹ Osserva M. Ruaro, *La magistratura di sorveglianza*, Milano 2009, pag. 7 come, prima del 1975, anno in cui il procedimento di sorveglianza fu introdotto nel nostro ordinamento attraverso la riforma dell'ordinamento penitenziario, «non era mai stata avvertita l'esigenza di introdurre una procedura *ad hoc* per verificare la possibilità di una restituzione dello *status libertatis* al soggetto condannato, semplicemente a causa dell'equazione, allora esistente, tra pena detentiva e segregazione carceraria»

² Sulla giurisdizionalizzazione della fase di esecuzione v. G. Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino 2004; G. Giostra, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, Milano 1983, 60 ss.; A. Pulvirenti, *Il controllo giurisdizionale sul trattamento penitenziario del detenuto*, in G. Spangher (a cura di), *Trattato di procedura penale*, VI, Torino 2009, 249 ss.; E. Somma, *La "giurisdizionalizzazione*

gica³. Le profonde modifiche che hanno interessato l'ordinamento penitenziario con la l. 10.10.1986 n. 663 hanno imposto da subito al legislatore codicistico di coniare un procedimento che, ideato e destinato *in primis* alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione⁴, presentasse, rispetto al proprio antecedente storico⁵, tratti di marcata giurisdizionalità: da quella scelta – doverosa, in ragione della delicatezza delle decisioni chiamata ad esprimere la magistratura di sorveglianza – ne è derivata una procedura che si connota per un contraddittorio cartolare preventivo, passa attraverso la presenza necessaria delle parti, con possibilità di partecipazione personale dell'interessato e suo diritto ad essere sentito, e culmina in un ampio riconoscimento di poteri probatori da esplicarsi nel rispetto del contraddittorio. Proprio le caratteristiche che scolpiscono l'essenza e la vocazione spiccatamente giurisdizionale del procedimento di sorveglianza ne determinano al contempo la elevata dispendiosità in termini di risorse umane e di tempistica procedurale, consigliando talora l'adozione di *itinerari* decisori più snelli e veloci.

D'altro canto, è doveroso ricordare che non tutta la materia penitenziaria trova traduzione in momenti di accertamento così "raffinati" quale il procedimento di sorveglianza. La legislazione di settore non di rado assegna all'organo monocratico il potere di decidere *de plano* o attraverso moduli più rapidi⁶. Tra i vari schemi procedurali operanti davanti agli organi della sorveglianza compare anche quello – rimasto sino ad ora inalterato nel suo ambito operativo che risultava riservato

dell'esecuzione". *Processo penale e processo di sorveglianza*, in AA.VV., *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano 1977, 158 ss.

³ Si è parlato in proposito, con espressione calzante, di «giurisdizione rieducativa»; in questo senso G. Giostra, *Il procedimento di sorveglianza*, cit., 142. La fortunata locuzione è recuperata da molti Autori, seppure con accezioni talora più late; v. P. Corso, *Principi costituzionali e normativa penitenziaria*, in Id., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna 2006, 13; A. Pulvirenti, *Il controllo giurisdizionale sul trattamento penitenziario del detenuto*, cit. 253; M. Ruaro, *La (diversificata) compatibilità dei canoni del giusto processo con la giurisdizione rieducativa*, DPP 2005, 501 ss.

⁴ In questo senso v. Ruaro, *La magistratura di sorveglianza*, cit., 15 s., che osserva come «a partire dalla l. n. 1 del 1977 [...], il legislatore ha canalizzato nell'ambito di competenza della magistratura di sorveglianza (e specialmente dell'organo collegiale) tutti quegli istituti, propri della fase esecutiva del processo penale, in cui occorre esprimere valutazioni specificamente inerenti alla persona del soggetto interessato, siano esse attinenti al grado di rieducazione, oppure alla pericolosità sociale, o, ancora, alle sue condizioni di salute fisiche e psichiche».

⁵ Come noto, il procedimento di sorveglianza fu introdotto con l'ordinamento penitenziario del 1975 (l. 26.7.1975, n. 354) e ivi disciplinato all'art. 71: di lì a poco lo schema fu ampliato ed arricchito dalla l. 12.1.1977, n. 1 attraverso l'introduzione degli artt. da 71-bis a 71-sexies e successivamente ampliato anche alle più significative competenze dell'organo monocratico che, sino alla riforma operata con la l. 10.10.1986, n. 663, interveniva con decisioni assunte *de plano*. Tale assetto è venuto meno con l'entrata in vigore del codice di rito, allorché con l'art. 236 co. 2 NATtCp si è prevista l'abrogazione di tali disposizioni dell'ordinamento penitenziario.

⁶ Cfr. A. Scalfati, *Procedimento di sorveglianza "tipo" e art. 111 della Costituzione*, in Id., *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova 2004, 2, ove si richiama anche il noto intervento della Corte costituzionale, 11.2.1999, n. 26 in materia di giustiziabilità dei provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti del ristretto.

alla infrequente ipotesi in cui debba «dubitarsi della identità fisica di una persona» – previsto dall'art. 667 Cpp, ove la garanzia giurisdizionale si lascia apprezzare solo sul versante soggettivo, senza esprimersi attraverso il passaggio in una sede qualificata da un contraddittorio partecipativo e da integrazioni probatorie. Il legislatore del 1988, con il richiamo contenuto nell'inciso conclusivo dell'art. 678 co. 1 Cpp, ha ipotizzato un ricorso residuale ed eccezionale ad un modulo che vede frustrate le garanzie partecipative delle parti, recuperabili solo *ex post*, attraverso l'opposizione ad una ordinanza che viene adottata *de plano*, si tratta di un modello ove al contraddittorio necessario del procedimento di sorveglianza si sostituisce un contraddittorio eventuale e differito alla sede innescata con l'opposizione⁷.

Non v'è dubbio però che l'*iter* decisorio principale e generale della magistratura di sorveglianza sia rappresentato, in forza della dizione di esordio dell'art. 678 Cpp, dal procedimento di sorveglianza. Peraltro, tale disposizione codicistica non è mai stata sino ad oggi interpolata dal legislatore, pur assai prodigo di interventi volti ad ampliare le competenze degli organi della sorveglianza⁸. Ciò non significa, però, che l'ambito operativo del procedimento giurisdizionale ivi disciplinato sia rimasto immutato nel tempo: il rinvio aperto contenuto nell'esordio di quella disposizione con riguardo alle materie di competenza dell'organo collegiale ha attratto automaticamente nell'orbita del procedimento di sorveglianza ogni materia che il legislatore andava attribuendo alla cognizione del tribunale di sorveglianza, tranne espresse indicazioni di segno contrario, dilatando significativamente il ricorso all'*iter* delineato dall'art. 678 Cpp⁹.

2. Un'ultima e particolarmente significativa revisione in senso ampliativo delle competenze della magistratura di sorveglianza deriva proprio dalla più recente legislazione. Come noto, tra i momenti di doverosa attenzione richiesti al legislatore italiano spicca il tema del sovraffollamento carcerario, da affrontarsi con misure limitative del fenomeno in sé e, al contempo, con misure riparative dei diritti dei ristretti lesi dalla situazione carceraria. Anche il provvedimento in esame si muove, per l'appunto, in quella direzione, nella «duplice prospettiva di rafforzare gli strumenti di tutela dei diritti delle persone detenute e di potenziare l'attività di controllo e di garanzia della qualità del trattamento penitenziario»¹⁰. È lo stesso legislatore del 2013 che, nell'indivi-

⁷ Distingue tra procedimento a contraddittorio necessario e procedimento a contraddittorio differito la *Relazione* del Massimario della Cassazione, 3.1./2014, *sub* § 3, Le modifiche in tema di tutela dei diritti dei detenuti e di procedimento di sorveglianza.

⁸ Cfr. M. Ruaro, *La magistratura di sorveglianza*, cit., 14, che rileva il disinteresse del legislatore ai profili procedurali della materia penitenziaria.

⁹ In senso analogo conclude M. Ruaro, *La magistratura di sorveglianza*, cit., 16 s., nonché, per una disamina più approfondita, 32 ss.

¹⁰ Così P. Corvi, *La semplificazione delle procedure di sorveglianza*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Padova 2014, 119. In termini analoghi v. A. Della Bella, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora ri-*

duare i profili di necessità ed urgenza che hanno imposto l'adozione dello strumento del decreto-legge, scolpisce e sintetizza i profili di intervento e li finalizza a «ridurre con effetti immediati il sovraffollamento carcerario» ed a «rafforzare la tutela dei diritti delle persone detenute attraverso l'introduzione di un nuovo procedimento giurisdizionale davanti al magistrato di sorveglianza»: a tali obiettivi principali si aggiunge, ancora come causa giustificativa dell'urgenza di intervenire con decreto, «la necessità di introdurre misure di semplificazione nella trattazione di alcune materie devolute alla cognizione della magistratura di sorveglianza»¹¹.

Il percorso sviluppato dal legislatore si sostanzia, quindi, lungo due direttrici principali: l'una volta ad ampliare il ricorso a misure extra-murarie o ad epiloghi anticipati della vicenda carceraria, attribuendo così alla magistratura di sorveglianza nuovi momenti decisionali in proposito¹², l'altra volta a dare effettività ai diritti di chi si trovi ristretto in carcere, attribuendo ancora una volta alla magistratura di sorveglianza la gestione di una nuova procedura giurisdizionale di reclamo *ex art. 35-bis Op*, destinata ad incidere sugli affari sia dell'organo monocratico sia di quello collegiale¹³.

L'ampliamento delle competenze della magistratura di sorveglianza avrebbe comportato negli assetti originari dell'art. 678 Cpp, che individua come procedura standard il modulo più garantito, una sensibile dilatazione operativa del procedimento di sorveglianza. Esigenze di effi-

solutivo, per sconfiggere il sovraffollamento, in www.penalecontemporaneo.it, 7.1.2014, ove si individuano due piani di intervento, uno ove «si collocano gli interventi funzionali a ridurre il numero delle presenze in carcere» e un altro al quale sono da riportarsi invece «gli interventi funzionali a rafforzare la tutela dei diritti dei detenuti».

¹¹ Cfr. i «*Ritenuta*» del d.l. 23.12.2013, n. 146.

¹² In questa prospettiva si era già mosso il legislatore con la l. 26.11.2010, n. 199, poi modificata con il d.l. 22.12.2011, n. 211 (conv. con modif. in l. 17.2.2012, n. 9), allorché aveva disposto, con una previsione temporanea la cui efficacia terminava il 31.12.2013, l'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi. Con il provvedimento emergenziale in esame si elimina il carattere della temporaneità della previsione, stabilizzandola nel panorama delle alternative al carcere; inoltre, l'art. 3 d.l. 146/2013, innalza il limite di pena per l'accesso all'affidamento in prova, fissandolo ora in quattro anni, così da ampliare il ricorso a tale misura; ancora nella direzione di contrasto al sovraffollamento carcerario, la l. n. 10/2014 introduce la c.d. liberazione anticipata speciale, sia perché si pone in rapporto di specialità con l'istituto disciplinato dall'art. 54 Op, sia per la durata limitata nel tempo assegnata dal legislatore al più generoso meccanismo di anticipazione della vicenda carceraria. Si tratta di misura che, variamente attribuite alla cognizione del magistrato o del tribunale di sorveglianza, impongono il ricorso al procedimento di sorveglianza nel suo modulo più garantito. V. *infra sub iart. 5* d.l. 146/2013.

¹³ Il riferimento è, ovviamente, alla procedura giurisdizionale di reclamo attribuita alla competenza del magistrato di sorveglianza e ora scolpita secondo cadenze garantite dall'art. 35-*bis* o.p., introdotto dall'art. 3 del d.l. n. 146/2013: il procedimento si svolge con le forme degli artt. 678 e 666 Cpp, con talune previsioni speciali inserite all'interno dello stesso art. 35-*bis* Op. Come noto, il provvedimento decisorio adottato in tale sede dall'organo monocratico è impugnabile nel merito attraverso reclamo da presentarsi entro quindici giorni al tribunale di sorveglianza (art. 35-*bis*, co. 4 Op), il quale giudica con le forme previste dall'art. 666 Cpp.

cienza hanno, quindi, consigliato al legislatore di intervenire per la prima volta su questa disposizione codicistica, nel senso di prevedere un più generoso ricorso alla procedura *de plano* prevista nell'art. 667, comma 4 Cpp: quest'ultima rappresenta oggi *l'iter* da seguire non solo «quando vi è motivo di dubitare dell'identità fisica di una persona», ma anche nelle materie tassativamente previste dal nuovo comma 1-*bis* dell'art. 678 Cpp, diversamente articolate per l'organo monocratico e collegiale. Attraverso tale operazione si sono sottratte dall'area operativa del procedimento di sorveglianza le decisioni del magistrato in punto di rateizzazione e conversione delle pene pecuniarie, remissione del debito ed esecuzione della semidetenzione e della libertà controllata; quanto al tribunale, verranno decise con la procedura *de plano*, le questioni attinenti alle richieste di riabilitazione e le statisticamente significative valutazioni sull'esito dell'affidamento in prova, sia nel suo schema ordinario sia nei casi particolari. Per tali materie, dunque, l'organo della sorveglianza adotterà le proprie decisioni senza la fissazione di alcuna udienza: si segue una procedura *de plano* che porta all'adozione dell'ordinanza senza formalità, con successiva notificazione della stessa alle parti, le quali possono recuperare facoltà di contraddire attraverso la presentazione di una opposizione davanti al medesimo giudice che ha adottato il provvedimento: in tal caso si segue la cadenza più garantita di cui all'art. 666 Cpp, che si pone, pertanto, in prospettiva eventuale¹⁴. La selezione operata dovrebbe essere stata condotta in ragione del minor impatto delle decisioni in esame sulla libertà del condannato¹⁵, ciò giustificando la compressione del diritto al contraddittorio che connota la procedura semplificata: in verità, tale asserto sembra trovare solo parziale conforto, nella misura in cui le decisioni che magistrato e tribunale di sorveglianza attengono a misure attinenti la sfera patrimoniale (rateizzazione delle pene pecuniarie, remissione del debito) o comunque tali da non avere ricadute sullo *status libertatis* del soggetto (richiesta di riabilitazione). Attengono, invece, a profili sicuramente riconducibili al bene tutelato dall'art. 13 Cost. le decisioni che il magistrato è chiamato ad adottare in punto di conversione delle pene pecuniarie, esecuzione della semidetenzione e delle libertà controllata; ancora, sembra giustificarsi sulla base di un intento meramente deflazionistico, piuttosto che da una reale riconducibilità a "temi minori" della giurisdizione di sorveglianza, l'ampliamento del modulo decisionario *de plano* alla delicatissima valutazione sull'esito dell'affidamento in prova, che, oltre a riposare su momenti valutativi di carattere personologico che ben giustificherebbero l'intervento della parte interessata, è suscettibile di incidere direttamente sulla libertà del condannato, nel caso in cui venga ritenuto negativo l'esito.

¹⁴ Tratteggiano così brevemente la procedura *de qua* P. Corvi, *La semplificazione delle procedure di sorveglianza*, 125 e M.G. Gaspari, *Istituto il Garante nazionale dei diritti del detenuto*, GD 2014 (4), 61.

¹⁵ Si osserva nella *Relazione*, 3.1.2014, cit., 17 che «in questo modo, si è voluto limitare il modello dell'udienza in contraddittorio che precede la decisione alle vicende nelle quali vi è più diretta incidenza sui diritti fondamentali».

Insomma, è da condividersi l'intento perseguito dal legislatore di operare una «differenziazione delle forme di svolgimento del procedimento di sorveglianza, riservando quella del contraddittorio necessario alle materie più direttamente incidenti sui diritti fondamentali, al fine di evitare un eccessivo dispendio di energie e risorse per vicende di secondario rilievo»¹⁶, pur dovendosi sottolineare come la selezione tra i diversi modelli procedimentali potesse essere effettuata in modo più oculato.

Per tale via si bilancia¹⁷, seppure in modo decisamente parziale, l'aggravio che sicuramente andrà a colpire l'attività giurisdizionale della magistratura di sorveglianza a seguito dei provvedimenti che, talora in logica emergenziale, talaltra nella prospettiva di una giustiziabilità dei diritti dei detenuti definitivamente conquistata, sono stati introdotti dal decreto legge 146/2013.

¹⁶ Così *Relazione*, 3.1.2014, 17, Le modifiche in tema di tutela dei diritti dei detenuti e di procedimento di sorveglianza.

¹⁷ In questo senso v. P. Corvi, *La semplificazione delle procedure di sorveglianza*, cit., 123.

Art. 2

1. Al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309 sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 73, il comma 5 è sostituito dal seguente comma:

«5. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo che, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, è di lieve entità, è punito con le pene della reclusione da uno a cinque anni e della multa da euro 3.000 a euro 26.000.»;

b) all'articolo 94, il comma 5 è abrogato.

1-bis. All'articolo 380, comma 2,

lettera h), del codice di procedura penale, le parole: «salvo che ricorra la circostanza prevista dal comma 5 del medesimo articolo» sono sostituite dalle seguenti: «salvo che per i delitti di cui al comma 5 del medesimo articolo».

1-ter. All'articolo 19, comma 5, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «salvo che per i delitti di cui all'articolo 73, comma 5, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni».

Il mutamento della natura giuridica del fatto di lieve entità

Commento di GIUSEPPE TOSCANO

SOMMARIO: 1. La modifica legislativa dell'art. 73, co. 5, T.U.Stup: da circostanza attenuante a fattispecie autonoma di reato. – 2. L'eliminazione del divieto di concessione per più di due volte dell'affidamento in prova terapeutico.

1. L'art. 2 co. 1 lett. a d.l. 23.12.2013 n. 146 interviene sulla disposizione di cui al quinto comma dell'art. 73 TuStup, che, come noto, riguarda le ipotesi in cui per i mezzi, le modalità o le circostanze dell'azione, ovvero la qualità o la quantità delle sostanze, i fatti in esso incriminati siano «di lieve entità»¹.

¹ In argomento cfr., tra gli altri, A. Arceri, *Alcune questioni sulla c.d. "ipotesi lieve" introdotta dall'art. 73, comma 5 d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309*, in *GM* 1992, 1282; F. Palazzo, *Consumo e traffico degli stupefacenti - Profili penali*², Padova 1994, 162 ss.; G. Amato, *"Il fatto lieve" in materia di sostanze stupefacenti: alcune puntualizzazioni giurisprudenziali*, in *CP* 1995, 1992 ss.; M. Ronco, voce *Stupefacenti (diritto penale)*, in

Tale disposizione, sia nella vigenza della formulazione originaria che in seguito alle modifiche introdotte dalla l. 21.2.2006 n. 49 (c.d. "Fini-Giovanardi"), veniva comunemente ritenuta una circostanza attenuante ad effetto speciale delle ipotesi previste nei commi precedenti, sulla considerazione che il carattere della lieve entità, così come configurato dal legislatore², segnalasse esclusivamente una minore carica offensiva della condotta, senza tuttavia incidere sul bene giuridico tutelato, né sulla struttura della fattispecie³.

Sul piano legislativo l'ipotesi circostanziata introdotta dal testo unico rappresentava una novità rispetto alla previgente fattispecie del c.d. «piccolo spaccio», incentrata sul concetto di «modica quantità», ritenuta una delle cause del fallimento della disciplina precedente⁴. Nel nuovo assetto punitivo configurato dall'art. 73 TuStup, tale attenuante svolgeva pertanto una funzione di riequilibrio della risposta sanzionatoria nelle ipotesi in cui la condotta del soggetto fosse connotata da minore disvalore e, comunque, non giustificasse l'applicazione delle sanzioni più rigorose previste nei commi precedenti⁵.

Le ragioni politico-criminali sottese alla disposizione *de qua* trovavano eco nella giurisprudenza di legittimità che, già nelle prime pronunce successive all'entrata in vigore del testo unico, si era mostrata

EG 1996, XXXV, 1 ss.; V. Manes, *sub art. 4-bis d.l. 30.12.2005. n. 272*, in LP 2006, 311 ss.; S. Grillo, *Stupefacenti: illeciti, indagini, responsabilità, sanzioni*, Milano 2012, 191 ss.; G.C. Amato, *Le circostanze attenuanti*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, Torino 2012, IX, 376 ss.

² Il testo originario dell'art. 73 co. 5 TuStup, in coerenza col carattere "differenziato" della disciplina, aveva diversificato il regime dell'attenuante in ragione della distinzione tra "droghe pesanti" e "droghe leggere", disponendo che: «quando, per i mezzi, per la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, i fatti previsti dal presente articolo sono di lieve entità, si applicano le pene della reclusione da uno a sei anni e della multa da euro 2.582 (lire cinque milioni) a euro 25.822 (lire cinquanta milioni) se si tratta di sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alle tabelle I e III previste dall'articolo 14, ovvero le pene della reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da Euro 1.032 (lire due milioni) a euro 10.329 (lire venti milioni) se si tratta di sostanze di cui alle tabelle II e IV». A seguito delle modifiche apportate dal d.l. 30.12.2005, n. 272, conv., con modif., dalla l. 21.2.2006, n. 49 (c.d. l. "Fini-Giovanardi"), che, come è noto, eliminò il previgente regime differenziato, il testo della disposizione risultava del seguente tenore: «quando, per i mezzi, per la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, i fatti previsti dal presente articolo sono di lieve entità, si applicano le pene della reclusione da uno a sei anni e della multa da euro 3.000 a euro 26.000».

³ Su tale qualificazione si riscontrava sostanziale unanimità di vedute tanto in dottrina quanto in giurisprudenza: cfr. G. Amato, *La concessione dell'attenuante del fatto di lieve entità nella disciplina degli stupefacenti successiva al «referendum» abrogativo*, in CP 1994, 1667 ss.; P. Guglielmi, *Le recenti modifiche apportate all'art. 73 t.u. sugli stupefacenti*, in GM 2006, 2101 ss.; A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino 2014, 61. Sul versante giurisprudenziale v., da ultimo, Cass., S.U., 24.6.2010, n. 35737, in FI 2011, 6, II, 379.

⁴ La fattispecie era foriera di non poche questioni interpretative laddove il concetto di "modica quantità" risultava non determinato e, dunque, rimesso alle valutazioni discrezionali del giudicante. Sul punto cfr. G. Amato, G. Fidelbo, *La disciplina penale degli stupefacenti*, Milano 1994, 369 ss.

⁵ Per un approfondimento sulla funzione del comma 5 all'interno dell'art. 73 TuStup si rinvia a F. Palazzo, *Consumo e traffico*, cit., 42.

propensa a dilatarne quanto più possibile i margini applicativi, fornendo un'interpretazione di tipo estensivo del carattere «lieve» del fatto⁶, nonché patrocinando la necessità di una valutazione congiunta dei diversi parametri di valutazione indicati dal legislatore al fine di consentire una valutazione del fatto nella sua globalità⁷.

La natura circostanziale della fattispecie rendeva tuttavia problematica l'applicazione concreta della relativa disposizione: il più mite trattamento sanzionatorio previsto dal quinto comma risultava difatti spesso "paralizzato" dal meccanismo di bilanciamento delle circostanze di cui all'art. 69 Cp, con evidenti ripercussioni in termini di proporzione del trattamento sanzionatorio⁸.

Con l'intervento in commento, il legislatore, rilevati i problemi di sovraffollamento carcerario che tale disciplina aveva contribuito a produrre⁹, interviene nuovamente sull'art. 73 co. 5 TuStup, riducendo il massimo edittale della relativa sanzione e, soprattutto, trasformando la natura giuridica della rispettiva fattispecie, con ripercussioni in termini di calcolo della prescrizione e dei termini massimi di custodia cautelare.

Non paiono difatti esservi dubbi circa il mutamento della natura giuridica della fattispecie determinato dalla disposizione in commento¹⁰. Al di là di quanto dianzi osservato circa la *ratio* dell'intervento

⁶ Una ricca panoramica, al riguardo, è offerta da G. Amato, *La concessione*, cit., 1667 s.

⁷ In tal modo, l'attenuante in questione poteva essere concessa anche in presenza di quantitativi non modici di sostanza stupefacente, ove fossero state presenti altre circostanze in grado di neutralizzare l'incidenza del dato quantitativo nel giudizio complessivo sul disvalore della condotta: v. Cass., S.U., 31.5.1991, in *FI* 1991, II, 582, secondo cui, nonostante la formulazione letterale del co. 5, art. 73 TuStup – caratterizzata dalla presenza della disgiuntiva «ovvero» – i parametri di riferimento indicati nella norma devono essere esaminati congiuntamente, imponendosi, quindi, una considerazione della globalità del fatto.

⁸ Esprimeva qualche perplessità circa l'applicabilità dell'art. 69 Cp nell'ipotesi in questione F. Palazzo, *Consumo e traffico*, cit., 164-165; la dottrina tuttavia difficilmente poté disconoscere il necessario assoggettamento della fattispecie circostanziata alla disciplina di cui all'art. 69 co. 4 Cp: v., fra gli altri, S. Grillo, *Stupefacenti*, cit., 194. Per una ricostruzione dei diversi orientamenti, v. A. Bassi, *La disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, Padova 2010, 162.

⁹ I problemi di sovraffollamento carcerario che avrebbe determinato la disciplina introdotta dalla l. "Finì-Giovanardi" erano invero già stati opportunamente rilevati dalla dottrina coeva alla sua entrata in vigore: cfr., tra gli altri, V. Manes, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti, Frasarario essenziale alla luce dei principi di offensività, proporzione e ragionevolezza*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, Padova 2006, 7.

¹⁰ Cfr. M. Gambardella, *La sequenza "invalidità" e "reviviscenza" della legge all'origine del "nuovo" sistema penale degli stupefacenti*, in *CP* 2014, 1132. Sul versante giurisprudenziale V. Cass. 28.2.2014, n. 13903, in www.penalecontemporaneo.it, 1.4.2014. La volontà del legislatore storico di muoversi nella suddetta direzione è resa manifesta innanzitutto dal comunicato-stampa rilasciato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri all'esito del Consiglio n. 41 del 17.12.2013, reperibile nel sito www.governo.it, ove si parla espressamente di «una nuova ipotesi di reato in luogo della previgente circostanza attenuante». Depone in tal senso anche la relazione di accompagnamento del decreto legge, ove si afferma che, trattandosi di un intervento teso a ridurre l'accesso al carcere, si è resa ipotesi autonoma di reato la fattispecie circostanziale previ-

in esame, possono altresì riscontrarsi ulteriori indicatori che confermano detto assunto¹¹.

In primo luogo la clausola di riserva con cui si apre la nuova disposizione (“salvo che il fatto non costituisca più grave reato”) presuppone l’esistenza di un’autonoma ipotesi di reato, dal momento che, diversamente, il legislatore non si sarebbe curato di disciplinarne i rapporti con le altre fattispecie delittuose¹². Ulteriore argomento testuale a favore di questa interpretazione può trovarsi nella locuzione «chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo», non certo tipica delle ipotesi circostanziate¹³.

sta dal co. 5 art. 73 TuStup, proprio al fine di sottrarla al bilanciamento con circostanze aggravanti, compresa la recidiva. Non va dimenticato che il d.l. 146/2013 è figlio della nota sentenza Torreggiani della Corte europea dei diritti dell’uomo, che ha condannato il nostro Paese per le condizioni di detenzione carceraria, stabilendo il termine ultimo del maggio 2014 per l’adozione di incisivi interventi riformatori. In tale occasione, la Corte europea, constatato che il disumano trattamento carcerario legato al sovraffollamento non rappresentava un caso isolato bensì un problema sistemico, ha deciso di ricorrere alla procedura della sentenza pilota ed ha imposto all’Italia di compiere modifiche strutturali idonee ad impedire la protrazione di tale condizione: v. C. eur., 8.1.2013, *Torreggiani c. Italia*, in CP 2013, 11 ss., con nota di G. Tamburino, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, ivi.

¹¹ Ancor più eloquenti sono le disposizioni che sostituiscono i richiami all’art. 73 co. 5 TuStup contenuti rispettivamente negli articoli 380 co. 2 lett. h Cpp e 19 co. 5 d.P.R. 448/1988. Il comma 1-bis dell’art. 2 d.l. 146/2013, come introdotto dalla legge di conversione, dispone che all’art. 380 co. 2 lett. h, Cpp, le parole «salvo che ricorra la circostanza prevista dal comma 5 del medesimo articolo» sono sostituite dalle seguenti «salvo che per il caso dei delitti di cui al comma 5 del medesimo articolo»; il comma 1-ter del medesimo articolo aggiunge alla fine dell’art. 19, co. 5, d.P.R. n. 448 del 1988 le parole «salvo che per i delitti di cui all’art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del 1990». Si rammenta, altresì, che la rubrica dell’art. 2 d.l. 146/2013 recita: «delitto di condotte illecite in tema di sostanze stupefacenti o psicotrope di lieve entità».

¹² Sul piano della tecnica normativa si è poi osservato che le modalità di tipizzazione del fatto corrispondono a quelle impiegate nell’articolo 74 co. 6 TuStup, la cui fattispecie configura – secondo la giurisprudenza di legittimità – un’ipotesi delittuosa autonoma rispetto a quella ordinaria di cui al co. 1 dello stesso articolo: così M. Gambardella, *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, in CP 2014, suppl. 9, 10.

¹³ Muovendo da tali assunti, attenta dottrina ha altresì messo in luce come la trasformazione dell’ipotesi del traffico di stupefacenti di lieve entità da circostanza attenuante ad ipotesi autonoma di reato risulti peraltro coerente con le recenti affermazioni della Corte costituzionale che, nel dichiarare l’illegittimità costituzionale dell’art. 69 Cp, nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all’art. 73 co. 5 TuStup, sulla recidiva di cui all’art. 99 co. 4 Cp, ha messo in evidenza come «le disposizioni di cui al primo e al quinto comma dell’art. 73 d.P.R. 309/1990 rispecchiano due situazioni enormemente diverse dal punto di vista criminologico, in quanto al co. 1 è prevista la condotta del grande trafficante, che dispone di significative risorse economiche e muove quantitativi rilevanti di sostanze stupefacenti senza mai esporsi in luoghi pubblici, laddove al co. 5 è contemplata la condotta del piccolo spacciatore, per lo più straniero e disoccupato, che si procura qualcosa per vivere svolgendo ‘sulla strada’ la più rischiosa attività di vendita al minuto delle sostanze stupefacenti»: v. A. Della Bella, *Un nuovo decreto legge sull’emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in *www.penalecontemporaneo*, 7.1.14, § 6. La sentenza della Corte costituzionale qui richiamata è la n. 251/2012, sulla quale v. D. Notaro, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la consulta “lima” il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in CP 2013, 1755.

Occorre tuttavia osservare che, nonostante la trasformazione da circostanza attenuante in ipotesi autonoma di reato, i caratteri costitutivi del fatto di lieve entità sono i medesimi della disciplina precedente. Essa è anche oggi configurabile nelle ipotesi di *minima offensività* penale della condotta, deducibile sia dal dato qualitativo e quantitativo riferibile alla sostanza stupefacente, sia dagli altri parametri richiamati dalla disposizione e relativi alla condotta (mezzi, modalità, circostanze dell'azione)¹⁴. Ne consegue l'“assorbimento”, entro la nuova figura criminosa, delle condotte che in precedenza rientravano nella vecchia fattispecie circostanziata.

La disposizione di cui al “nuovo” comma 5 dell'art. 73 TuStup, al pari della previgente ipotesi circostanziata, si pone in rapporto di specialità rispetto alle fattispecie delittuose in materia di traffico di stupefacenti previste nei commi precedenti. La complessiva area di incriminazione dell'intera disposizione di cui all'art. 73 TuStup è difatti rimasta invariata, posto che le condotte che prima ricadevano entro la disciplina della fattispecie circostanziata sono oggi integralmente confluite nell'ambito applicativo della nuova ed autonoma ipotesi di reato prevista dall'art. 73 co. 5 TuStup, che, ricorrendone i presupposti, assicura l'applicazione del più mite trattamento sanzionatorio¹⁵. Rispetto ai fatti di lieve entità non può pertanto parlarsi di nuova incriminazione, essendosi realizzata esclusivamente una semplice modificazione della disciplina.

Ciò significa che, sul piano intertemporale, nell'individuazione della norma concretamente applicabile ai fatti di lieve entità commessi nel vigore della legge “Fini-Giovanardi”, occorrerà fare riferimento alla disciplina di cui al comma 4 art. 2 Cp, che, come è noto, per i casi di successione in senso stretto, dispone che trovi applicazione la norma più favorevole al reo.

2. Nella prospettiva di ridurre la presenza dei detenuti tossicodipendenti all'interno degli istituti penitenziari, la lett. *b* dell'art. 2 d.l. 146/2013 interviene sul testo dell'art. 94 TuStup, abolendo il divieto di concessione per più di due volte dell'affidamento in prova terapeutico.

La relazione al decreto legge motiva detto intervento sulla base di dati esperienziali che hanno dimostrato un significativo rischio di ricaduta nell'abuso di sostanze da parte dei tossicodipendenti. Alla luce di ciò, il legislatore ha ritenuto opportuno evitare rigide preclusioni normative e rimettere alla valutazione giudiziale la possibilità di concedere a tali soggetti programmi di esecuzione extramuraria della pena detentiva, di modo da salvaguardare l'efficacia della misura, che, altrimenti,

¹⁴ In argomento v. M. Gambardella, *La nuova disciplina*, cit., 9.

¹⁵ Esprimono tuttavia più di una perplessità circa l'idoneità di tale intervento normativo a risolvere i menzionati problemi di sovraffollamento, L. Filippi, Adelante Pedro...*con (poco) juicio. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, in CP 2014, 377 ss.; A. Della Bella, *Un nuovo decreto legge sull'emergenza carceri*, cit., 1 ss.

rischierebbe di essere un istituto inutile¹⁶. L'effetto deflattivo della previsione, come opportunamente rilevato¹⁷, potrebbe tuttavia risultare depotenziato dalla insufficienza dei posti disponibili nelle comunità di recupero, individuate oggi dai tribunali di sorveglianza quali uniche strutture in grado di garantire un programma idoneo a favorire il recupero (non solo) terapeutico del condannato.

¹⁶ In questi termini G. Ciani, *La situazione della giustizia penale secondo il procuratore generale della Corte di Cassazione: analisi e proposte*, in *CP* 2014, 435. Sulla *ratio* specialpreventiva della misura, v. G. Insolera, *La disciplina penale degli stupefacenti*, Milano 2008, 87 ss.

¹⁷ V. A. Della Bella, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri*, cit., punto 4.

Art. 3

Modifiche all'ordinamento penitenziario

1. Alla legge 26 luglio 1975, n. 354 sono apportate le seguenti modificazioni:

a) l'articolo 35 è così sostituito:

“Art. 35. (Diritto di reclamo). – I detenuti e gli internati possono rivolgere istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa:

1) al direttore dell'istituto, al provveditore regionale, (...) al capo del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria e al Ministro della giustizia;

2) alle autorità giudiziarie e sanitarie in visita all'istituto;

3) al garante nazionale e ai garanti regionali o locali dei diritti dei detenuti;

4) al presidente della giunta regionale;

5) al magistrato di sorveglianza;

6) al Capo dello Stato”;

b) dopo l'articolo 35 è aggiunto il seguente:

“35-bis (Reclamo giurisdizionale).

– 1. Il procedimento relativo al reclamo di cui all'articolo 69, comma 6, si svolge ai sensi degli articoli 666 e 678 del codice di procedura penale. Salvi i casi di manifesta inammissibilità della richiesta a norma dell'articolo 666, comma 2, del codice di procedura penale, il magistrato di sorveglianza fissa la data dell'udienza e ne fa dare avviso anche all'amministrazione interessata, che ha diritto di comparire ovvero di trasmettere osservazioni e richieste.

2. Il reclamo di cui all'articolo 69, comma 6, lettera a) è proposto nel termine di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento.

3. In caso di accoglimento, il magistrato di sorveglianza, nelle ipotesi di cui all'articolo 69, comma 6, lettera a), dispone l'annullamento del provvedimento di irrogazione della sanzione disciplinare. Nelle ipotesi di cui all'articolo 69, comma 6, lettera b), accertate la sussistenza e l'attualità del pregiudizio, ordina all'amministrazione di porre rimedio (entro il termine indicato dal giudice).

(4. Avverso la decisione del magistrato di sorveglianza è ammesso reclamo al tribunale di sorveglianza nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione stessa. 4-bis. La decisione del tribunale di sorveglianza è ricorribile per cassazione per violazione di legge nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione stessa).

5. In caso di mancata esecuzione del provvedimento non più soggetto ad impugnazione, l'interessato o il suo difensore munito di procura speciale possono richiedere l'ottemperanza al magistrato di sorveglianza che ha emesso il provvedimento. Si osservano le disposizioni di cui agli articoli 666 e 678 del codice di procedura penale.

6. Il magistrato di sorveglianza, se accoglie la richiesta:

a) ordina l'ottemperanza, indicando modalità e tempi di adempimento, tenuto conto del programma attuativo predisposto dall'amministrazione al fine di dare esecuzione al

provvedimento, sempre che detto programma sia compatibile con il soddisfacimento del diritto;

b) *dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusion del provvedimento rimasto ineseguito;*

c) *(Lettera soppressa dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10);*

d) *nomina, ove occorra, un commissario ad acta.*

7. *Il magistrato di sorveglianza conosce di tutte le questioni relative all'esatta ottemperanza, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario.*

8. *Avverso il provvedimento emesso in sede di ottemperanza è sempre ammesso ricorso per cassazione per violazione di legge.”;*

c) *all'articolo 47, dopo il comma 3, è aggiunto il seguente comma:*

“3-bis. L'affidamento in prova può, altresì, essere concesso al condannato che deve spiare una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione, quando abbia serbato, quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, trascorso in espiazione di pena, in esecuzione di una misura cautelare ovvero in libertà, un comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2.”;

d) *all'articolo 47, il comma 4 è sostituito dal seguente comma:*

“4. L'istanza di affidamento in prova al servizio sociale è proposta, dopo che ha avuto inizio l'esecuzione della pena, al tribunale di sorveglianza competente in relazione al luogo dell'esecuzione. Quando sussiste un grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione, l'istanza può essere proposta al magistrato di sorveglianza competente in relazione al luogo di detenzione. Il magistrato di sorveglianza, quando sono offerte concrete indicazioni in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'ammissione all'affi-

damento in prova e al grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione e non vi sia pericolo di fuga, dispone la liberazione del condannato e l'applicazione provvisoria dell'affidamento in prova con ordinanza. L'ordinanza conserva efficacia fino alla decisione del tribunale di sorveglianza, cui il magistrato trasmette immediatamente gli atti, che decide entro sessanta giorni.”;

e) *all'articolo 47, comma 8, infine è aggiunto il seguente periodo:*

“Le deroghe temporanee alle prescrizioni sono autorizzate, (nei casi di urgenza, dal direttore dell'ufficio di esecuzione penale esterna, che ne dà immediata comunicazione al magistrato di sorveglianza e ne riferisce nella relazione di cui al comma 10).”;

f) *all'articolo 47-ter, il comma 4-bis è abrogato;*

g) *l'articolo 51-bis è così sostituito:*

“51-bis (Sopravvenienza di nuovi titoli di privazione della libertà). – 1. Quando, durante l'attuazione dell'affidamento in prova al servizio sociale o della detenzione domiciliare o della detenzione domiciliare speciale o del regime di semilibertà, sopravviene un titolo di esecuzione di altra pena detentiva, il pubblico ministero informa immediatamente il magistrato di sorveglianza, formulando contestualmente le proprie richieste. Il magistrato di sorveglianza, se rileva, tenuto conto del cumulo delle pene, che permangono le condizioni di cui al comma 1 dell'articolo 47 o ai commi 1 e 1-bis dell'articolo 47-ter o ai commi 1 e 2 dell'articolo 47-quinquies o ai primi tre commi dell'articolo 50, dispone con ordinanza la prosecuzione della misura in corso; in caso contrario, ne dispone la cessazione.

2. Avverso il provvedimento di cui al comma 1 è ammesso reclamo ai sensi dell'articolo 69-bis.”;

h) dopo l'articolo 58-quater è aggiunto il seguente articolo:

“58-quinquies (Particolari modalità di controllo nell'esecuzione della detenzione domiciliare). – 1. Nel disporre la detenzione domiciliare, il magistrato o il tribunale di sorveglianza possono prescrivere procedure di controllo anche mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici, conformi alle caratteristiche funzionali e operative degli apparati di cui le Forze di polizia abbiano l'effettiva disponibilità. Allo stesso modo può provvedersi nel corso dell'esecuzione della misura. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 275-bis del codice di procedura penale.”.

i) all'articolo 69 sono apportate le seguenti modificazioni:

1) al comma 5, le parole “nel corso del trattamento” sono soppresse;

2) il comma 6 è sostituito dal seguente:

“6. Provvede a norma dell'articolo 35-bis sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti: a) le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolora;

nei casi di cui all'articolo 39, comma 1, numeri 4 e 5, è valutato anche il merito dei provvedimenti adottati;

b) l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relative regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti.”.

(1-bis. In attesa dell'espletamento dei concorsi pubblici finalizzati alla copertura dei posti vacanti nell'organico del ruolo dei dirigenti dell'esecuzione penale esterna, per un periodo di tre anni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, in deroga a quanto previsto dagli articoli 3 e 4 del decreto legislativo 15 febbraio 2006, n. 63, le funzioni di dirigente dell'esecuzione penale esterna possono essere svolte dai funzionari inseriti nel ruolo dei dirigenti di istituto penitenziario).

2. L'efficacia della disposizione contenuta nel comma 1, lettera h), capoverso 1, è differita al giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana della legge di conversione del presente decreto.

Una crescita della tutela dei diritti del detenuto accompagnata dall'inserzione di svariate novità nella disciplina delle ipotesi applicative e del procedimento delle misure alternative

Commento di ENRICO MARZADURI

SOMMARIO: 1. Sulla scia della sentenza Torreggiani, arriva l'attesa disciplina legislativa del reclamo giurisdizionale a difesa dei diritti dei detenuti. – 2. L'individuazione dell'oggetto ... – 3. ... e gli aspetti procedurali del nuovo rimedio. – 4. Una risposta sufficiente a fronte delle richieste della Corte di Strasburgo? – 5. Luci ed ombre nell'ampliamento delle ipotesi applicative dell'affidamento in prova al servizio sociale. – 6. La rivisitazione dei poteri del magistrato di sorveglianza: a) nell'applicazione provvisoria della misura dell'affidamento in prova al servizio sociale; b) in caso di sopravvenienza di nuovi titoli di privazione della libertà. – 7. Le procedure di controllo nell'esecuzione della detenzione domiciliare.

1. Come è stato correttamente segnalato, a differenza di quanto avvenuto in occasione dei precedenti interventi in materia penitenziaria, nei quali l'attenzione del legislatore era esclusivamente rivolta alla ricerca di soluzioni del problema del sovraffollamento nelle carceri, con il provvedimento normativo in commento – che pure non trascura l'esigenza di ricercare misure e soluzioni atte a favorire una progressiva riduzione della popolazione carceraria – viene affrontato per la prima volta il tema della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti¹.

Anche sotto questo profilo, del resto, i contenuti della sentenza Torreggiani non lasciavano alternative all'Italia, chiamata ad attivarsi nel rispetto del termine di un anno dall'irrevocabilità della pronuncia. Invero, il giudizio espresso dai giudici di Strasburgo sugli strumenti all'uopo previsti dal nostro ordinamento era risultato alquanto pesante². E ciò, nonostante che, nel prolungato e colpevole silenzio del nostro Parlamento, dopo la fondamentale sentenza della Consulta con la quale era stata dichiarata l'incostituzionalità degli artt. 35 e 69 Op «nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale»³, la giurisprudenza di legittimità avesse da un decennio individuato nel procedimento di reclamo regolato dall'art. 14-ter Op il rimedio da utilizzare in caso di supposta violazione di tali situazioni soggettive⁴. Per l'appunto, lo strumento di tutela così ricostruito era stato considerato sì «accessibile, ma non effettivo nella pratica», dal momento che, da un lato non assicurava al detenuto una rapida cessazione della carcerazione subita in violazione dell'art. 3 Cedu, dall'altro lato non riconosceva alcuna forma di riparazione allo stesso in conseguenza di detta violazione. Pertanto, si imponeva al nostro legislatore il compito di introdurre entro il 27.5.2014 «un ricorso o una combinazione di ricorsi che» avessero «effetti preventivi e compensativi e» garantissero «realmente una ripara-

¹ Così P. Corvi, *Un ulteriore passo verso una piena ed effettiva tutela dei diritti dei detenuti*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di C. Conti, A. Marandola, G. Varraso, Padova 2014, 99.

² C. eur., II sez., sent. 13.1.2013, *Torreggiani c. Italia*, § 97. Opportunamente rileva M. Bortolato, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, in AP 2014, 568, come, anche se «la sentenza Torreggiani ha evidentemente ad oggetto soltanto il tema del sovraffollamento e dunque la violazione del diritto fondamentale ad una carcerazione non contraria al senso di umanità (...), le considerazioni che ha svolto sul sistema dei rimedi giurisdizionali, e soprattutto sulla loro 'effettività', non possono non trovare applicazione anche nel più vasto ambito dei diritti tutti riconosciuti al detenuto».

³ C. cost., sent. 26/1999, commentata, tra gli altri, da F. Della Casa, *Un importante passo verso la tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto*, in DPP 1999, 854 ss.

⁴ In questi termini, Cass., S.U., 26.2.2003, Gianni, in CP 2003, 2961, annotata da R. Mura, *Le Sezioni Unite assicurano la garanzia giurisdizionale anche agli interessi legittimi del detenuto, ma mantengono in vita il procedimento de plano*, ivi 2004, 1363 ss. Sui diversi orientamenti della giurisprudenza della Suprema Corte precedentemente emersi, v., per un'utile sintesi, F. Della Casa, sub art. 69, in AA.VV., *Ordinamento penitenziario commentato*⁴, t. II, *Organizzazione penitenziaria*, a cura di F. Della Casa, Padova 2011, 935 s.

zione effettiva delle violazioni della Convenzione risultanti dal sovraffollamento carcerario»⁵.

A questo riguardo, la Corte costituzionale aveva ritenuto di poter quantomeno attenuare la durezza delle valutazioni formulate dalla Corte europea sull'effettività della tutela e sulla capacità di questa di porre realmente fine a condizioni detentive intollerabili⁶, attraverso il riferimento ad alcune sue importanti affermazioni attestanti il carattere vincolante per l'amministrazione penitenziaria delle prescrizioni o degli ordini impartiti dal magistrato di sorveglianza in forza dell'art. 69 co. 5 Op⁷ e la necessità che le decisioni rese da questo giudice su reclami proposti da detenuti a tutela di propri diritti e secondo la procedura contenziosa di cui all'art. 14-ter Op trovassero concreta applicazione, non potendo essere private di effetti pratici da provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria o di altre autorità⁸. Purtuttavia, i giudici costituzionali, nella medesima occasione finivano per riconoscere che «il legislatore, per porre termine a residue ambiguità dell'ordinamento penitenziario» doveva «completare il sistema apprestando strumenti esecutivi in modo da rendere certa l'ottemperanza dell'amministrazione alle decisioni della magistratura di sorveglianza», nella piena consapevolezza, comunque, che, «considerate le dimensioni strutturali del sovraffollamento carcerario in Italia» risultasse «facile immaginare che le autorità penitenziarie non» fossero «sempre in grado di dare esecuzione» alle pronunce dei giudici «e di garantire ai reclusi condizioni detentive conformi alla Cedu»⁹.

Il legislatore che si apprestava a predisporre un modello procedimentale per i reclami volti ad assicurare il rispetto dei diritti dei detenuti, peraltro, non poteva fare a meno di tener conto delle consistenti critiche mosse da parte della dottrina alla soluzione interpretativa recepita dalle Sezioni unite della Corte di cassazione¹⁰. Invero, il rimedio così individuato offriva ridotte garanzie sul piano del contraddittorio rispetto al procedimento di sorveglianza disciplinato dagli artt. 666 e 678

⁵ C. eur., II sez., sent. 13.1.2013, cit., § 99.

⁶ C. cost., sent. 279/2013.

⁷ C. cost., sent. 266/2009, dove si esclude che le disposizioni del giudice volte a contrastare eventuali lesioni dei diritti dei reclusi possano essere considerate mere segnalazioni, trattandosi invece di «prescrizioni ed ordini, il cui carattere vincolante per l'amministrazione penitenziaria è intrinseco alle finalità di tutela che la norma stessa persegue».

⁸ C. cost., sent. 135/2013. Sul punto, cfr: i rilievi di C. Fiorio, *Poteri dell'amministrazione penitenziaria e sindacato di giurisdizionalità*, in GC 2013, 2102 ss.

⁹ C. cost., sent. 279/2013, decisione nella quale, con riferimento all'impossibilità pratica di dare attuazione alle pronunce giurisdizionali volte a tutelare il diritto del detenuto a subire un'esecuzione non confliggente con l'art. 3 Cedu, si riconosce la necessità della previsione da parte del legislatore di «un rimedio estremo che permetta una fuoriuscita del detenuto dal circuito carcerario» con l'eventuale «applicazione nei suoi confronti di misure sanzionatorie o di controllo non carcerarie». Al riguardo, v., per alcuni cenni, anche *infra* § 4.

¹⁰ V., per tutti, G. Pennisi, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino 2002, 250 ss.

Cpp con riguardo alla posizione del detenuto¹¹: in effetti, a costui era consentito solo di presentare memorie a sostegno delle proprie tesi (art. 33 d.P.R. 230/2000), ma non di partecipare all'udienza e di essere così sentito personalmente¹². Quanto poi alle ragioni dell'amministrazione penitenziaria, soggetto peraltro escluso dal procedimento anche laddove si fosse fatto appello ai contenuti della disciplina codicistica, secondo la Corte costituzionale, che sembra così aver operato una preoccupante confusione dei ruoli processuali, queste dovevano potersi ritenere adeguatamente sostenute dal p.m.¹³.

2. Nell'individuazione degli spazi applicativi del nuovo strumento giurisdizionale, le riflessioni sulla ricerca di un meccanismo procedimentale che fosse maggiormente attento alle esigenze di partecipazione avrebbero coinvolto anche l'ipotesi rispetto alla quale la legge già prevedeva espressamente il ricorso al modello di cui all'art. 14-ter Op.

Pertanto, in forza dell'art. 69 co. 6 Op, come sostituito dall'art. 3 co. 1 lett. i) n. 2 d.l. 146/2013, il magistrato di sorveglianza provvede a norma dell'art. 35-bis Op, a sua volta aggiunto dall'art. 3 co. 1 lett. b) d.l. 146/2013, sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti non solo «l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla legge» sull'ordinamento penitenziario «e dal relativo regolamento dalla quale derivi» al reclamante «un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti», ma anche «le condizioni di esercizio del potere disciplinare, la costituzione e la competenza dell'organo disciplinare, la contestazione degli addebiti e la facoltà di discolpa», con estensione della valutazione al «merito dei provvedimenti adottati nei casi» di applicazione delle sanzioni disciplinari più onerose, e cioè dell'isolamento durante la permanenza all'aria aperta per non più di dieci giorni e l'esclusione dalle attività in comune per non più di quindici giorni¹⁴.

¹¹ Per G. Pennisi, *Diritti del detenuto*, cit., 256, si tratta dell'«unica procedura esecutiva conforme ai precetti costituzionali».

¹² Cass., I sez., 3.12.2010, Antonov, in *CP* 2012, 673, decisione nella quale si rileva come «in materia di reclami avverso provvedimenti adottati dal magistrato di sorveglianza, concernenti limitazioni e controlli della corrispondenza, l'art. 18-ter co. 6 o.p. richiami la procedura prevista dall'art. 14-ter del medesimo o.p.; e tale ultima norma (...) espressamente dispone che l'interessato possa unicamente presentare memorie, escludendosi pertanto che, con riferimento a tale specifico reclamo, possa applicarsi la norma generale di cui all'art. 666 co. 4 Cpp». In termini fortemente critici, anche alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, L. Filippi, G. Spangher, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano 2011, 482 s. E peraltro non appariva priva di fondamento la linea interpretativa per la quale la partecipazione dell'interessato all'udienza camerale poteva ritenersi ammissibile in forza del richiamo operato dall'art. 14-ter Op alla disposizione di cui all'art. 71-bis Op, ove si prevede il diritto dell'interessato di partecipare personalmente alla discussione oltre che di presentare memorie: così Cass. 12.2.1997, Panisi, in *CP* 1998, 2741.

¹³ Cfr. Corte cost., sent. 266/2009. Su questa impostazione, per considerazioni critiche, pienamente condivisibili, cfr. M. Bortolato, *Torreggiani*, cit., 571, che sottolinea la impossibilità di confinare in una prospettiva di parte interessata l'organo del p.m.

¹⁴ Così, del resto, nell'articolo formulato in seno alla Commissione ministeriale presieduta dal prof. Glauco Giostra, chiamata ad «elaborare una proposta di in-

La nuova disposizione sembra, quindi, negare definitivamente ogni spazio a quelle interpretazioni garantistiche che cercavano di recuperare il sindacato di merito del provvedimento sanzionatorio attraverso una lettura ampia del riferimento alle condizioni di esercizio del potere disciplinare, anche se circoscritto «all'accertamento, da parte del magistrato di sorveglianza, che la condotta posta in essere dal detenuto integri effettivamente gli estremi di una delle infrazioni disciplinari» previste dall'art. 77 d.P.R. 230/2000»¹⁵.

La soluzione così raggiunta indubbiamente costituisce un compromesso tra le opinioni di chi intendeva evitare un'eccessiva ingerenza della magistratura di sorveglianza nell'esercizio del potere disciplinare di spettanza dell'autorità penitenziaria e le opinioni di chi riteneva necessario assicurare un controllo la cui estensione allontanasse il più possibile il rischio di una gestione non corretta di tale potere all'interno di un'istituzione "totale"¹⁶. Non va comunque sottovalutato l'effetto riconducibile alla previsione di una verifica che coinvolge i profili di merito per le sanzioni disciplinari più gravi: invero, detta disposizione «sembrerebbe anche poter esercitare una indiretta efficacia dissuasiva nei confronti dell'amministrazione, che sarà verosimilmente indotta a ricorrere» a tali misure «solo quando i presupposti di fatto potranno resistere al controllo, anche nel merito, dell'autorità giurisdizionale»¹⁷.

Con riguardo, invece, alla tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto¹⁸, la disposizione in commento potrebbe condurre taluno a considerare pericolosamente delimitata la possibilità di proporre reclamo, essendo questa riferita, per l'appunto, *expressis verbis* alle sole situazioni soggettive riconosciute dalla legge di ordinamento penitenziario e dal relativo regolamento d'esecuzione. Invero, una lettura riduttiva potrebbe condurre a ritenere esclusi tutti quei diritti che trovano fondamento in altre fonti normative, come, ad esempio, i diritti in materia di feconda-

terventi in tema di ordinamento penitenziario e in particolare di misure alternative alla detenzione», articolato che è stato un riferimento spesso determinante per le scelte effettuate nell'art. 3 d.l. 146/2013, come osserva C. Fiorio, *Cronache del terzo millennio: politiche legislative e libertà personale*, in *AP* 2014, 523: per il documento conclusivo della Commissione, v. www.penalecontemporaneo.it 20.12.2013.

¹⁵ Cfr. F. Della Casa, *sub* art. 69, cit., 951, cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

¹⁶ Questa preoccupazione risulta ancora più fondata se si considera che nell'ambito dell'ordinamento penitenziario sono previsti interventi amministrativi che, pur non qualificabili formalmente come sanzioni, lo possono essere nella sostanza, come avviene, in particolare, per il trasferimento ad altro istituto o per l'esclusione del detenuto dall'attività lavorativa: v., ancora, F. Della Casa, *sub* art. 69, cit., 949; P. Corvi, *Un ulteriore passo*, cit., 104.

¹⁷ Cfr. il documento conclusivo della Commissione Giostra, cit., III.

¹⁸ Si dovranno comunque ricomprendere nell'ambito della tutela sia le situazioni che danno corpo a diritti soggettivi, sia quelle invece qualificabili come interessi legittimi, in linea con quanto già da tempo riconosciuto anche dalla giurisprudenza di legittimità - Cass., S.U., 26.2.2003, cit., per la quale, alla luce della giurisdizione esclusiva del magistrato di sorveglianza in materia di trattamento penitenziario tale distinzione deve ritenersi superata: cfr. M. Bortolato, *Torreggiani*, cit., 576; F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, Milano 2014, 43; P. Corvi, *Un ulteriore passo*, cit., 104 s.

zione assistita¹⁹. Tuttavia, anche in questi ultimi casi, a ben vedere, il pregiudizio è riferibile ad un comportamento dell'amministrazione ritenuto illegittimo, nella misura in cui, in violazione dell'art. 11 Op sul diritto dei detenuti a essere "visitati" da un sanitario di loro fiducia, non viene autorizzato l'ingresso in istituto del personale medico per effettuare il prelievo a fini non diagnostici. Più in generale, insomma, si deve convenire che assai "difficilmente esiste un settore della vita del detenuto che non sia regolato dalle norme penitenziarie, come discende per il resto dal carattere 'totale' dell'istituzione carceraria"²⁰.

Un significativo limite della tutela discende, poi, dalla circostanza che dall'inosservanza dell'amministrazione debba derivare un pregiudizio attuale e grave per proporre il reclamo. È evidente la *ratio* della previsione: «il requisito della gravità è necessario per evitare di gravare la magistratura di sorveglianza di questioni di natura bagatellare e quello dell'attualità per evitare reclami aventi per oggetto pregiudizi verificatisi in passato e non più sussistenti al momento della presentazione del reclamo»²¹. Ma mentre l'opzione relativa a questa seconda condizione può essere condivisa sulla scorta della considerazione che i rimedi possono e forse devono essere diversi a fronte di una lesione del diritto ormai venuta meno, delineandosi opportune soluzioni sul piano riparatorio e/o risarcitorio, quella che subordina la tutela ad una valutazione inevitabilmente e fortemente discrezionale, in quanto concernente la gravità del pregiudizio, non può non giustificare qualche perplessità con riguardo alla capacità del nuovo istituto di garantire realmente il diritto ad una risposta giurisdizionale.

Oltre alle situazioni nelle quali il pregiudizio lamentato non risulti grave ed attuale, non potranno ovviamente legittimare la presentazione del reclamo le situazioni di mero fatto, nelle quali si riconosce in capo all'amministrazione penitenziaria «un'ampia discrezionalità nell'esercizio della potestà organizzativa»²².

I detenuti o gli internati, in detti casi, potranno attivarsi nelle forme del reclamo "generico" di cui all'art. 35 Op²³, disposizione che consente di rivolgere istanze o doglianze orali o scritte, eventualmente in busta chiusa, ad una serie di autorità non investite di poteri giurisdizionali, anche quando si tratta del magistrato di sorveglianza²⁴. Con

¹⁹ Cass. 21.1.2009, Montani, in *CEDCass* m. 243355.

²⁰ Così M. Bortolato, *Torreggiani*, cit., 577 s.

²¹ In questi termini, viene motivata questa disposizione nel testo predisposto dalla Commissione Giostra, cit., 40, dove, peraltro, si rammenta come tale scelta sia stata introdotta soltanto a maggioranza.

²² Cfr. M. Bortolato, *Torreggiani*, cit., 577, che fa l'esempio del detenuto che rivendichi la possibilità di effettuare il colloquio in un giorno della settimana in cui i congiunti possano raggiungere più facilmente l'istituto e che si veda negare ciò dal Direttore il quale, per esigenze organizzative, abbia fissato i colloqui in giorni predeterminati.

²³ Da ultimo, sulle caratteristiche di tale strumento, v. F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 40.

²⁴ Come si rileva in Cass. 20.1.1997, Guido, in *CP* 1998, 646, ai sensi dell'art. 35 Op, il magistrato di sorveglianza decide *de plano* al di fuori di ogni formalità proces-

l'art. 3 co. 1 lett. a) d.l. 146/2013, al precedente elenco di autorità, si sono aggiunte nuove figure interne all'amministrazione – il provveditore regionale – ed esterne – il garante nazionale ed i garanti regionali o locali dei diritti dei detenuti; è stato poi espunto il richiamo agli ispettori²⁵, mentre ci si è limitati ad adeguare terminologicamente l'indicazione della figura del Direttore generale per gli istituti di prevenzione e di pena con il riferimento al Capo del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria.

Al di là di questi aspetti di novità, invero non particolarmente rilevanti, che si ricavano dalla lettura dell'art. 35 Op, deve invece essere segnalato un effetto per certi versi inaspettatamente 'negativo' derivante dalla diversa individuazione degli spazi applicativi del reclamo giurisdizionale: con la riforma in esame la tutela dei diritti del recluso, in caso di pregiudizio non attuale e grave, finisce per essere assicurata solamente nella prospettiva non giurisdizionale del reclamo generico, il che potrà talora determinare una retrocessione rispetto alle garanzie che discendevano dall'operatività ampia dell'art. 14-ter Op riconosciuta dalla giurisprudenza in caso di supposta violazione di un diritto o di un interesse legittimo da parte dell'amministrazione penitenziaria.

3. Quanto invece ai profili procedurali del nuovo istituto, questi vengono regolati nell'art. 35-bis Op in via generale attraverso il rinvio agli artt. 666 e 678 Cpp, previsioni riguardanti, come noto, la disciplina del procedimento di sorveglianza. Il riferimento a quanto così stabilito a livello codicistico, vale altresì per il vaglio preliminare della richiesta, la cui manifesta inammissibilità, da valutare alla stregua di quanto disposto nell'art. 666 co. 2 Cpp²⁶, preclude la fissazione dell'udienza camerale destinata alla trattazione del ricorso di cui all'art. 69 co. 6 Op. Pertanto, ciò avverrà quando la richiesta risulterà manifestamente infondata per difetto delle condizioni di legge ovvero costituisca mera riproposizione di altra già rigettata²⁷.

E dal momento che le condizioni di legge non si esauriscono in dati formali, quali, ad esempio, come si vedrà, l'osservanza del termine decadenziale per la proposizione del reclamo in materia disciplinare, l'indagine sulla manifesta inammissibilità potrebbe almeno in linea teorica interessare anche il carattere di attualità e di gravità del pregiudizio

suale e di ogni contraddittorio, con provvedimento inoppugnabile. Più di recente, v. Cass. 21.5.2008, Renna, in *CEDCass* m. 239885.

²⁵ Nel testo del d.l. il riferimento agli ispettori era stato sostituito dall'indicazione relativa al direttore dell'ufficio ispettivo, poi eliminata in sede di conversione, come ricorda F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 41.

²⁶ Stante il rinvio generale agli artt. 666 e 678 Cpp, potrebbe anche apparire superfluo l'esplicito richiamo all'art. 666 co. 2 Cpp per la disciplina dei casi di manifesta inammissibilità dell'istanza.

²⁷ F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 49, si interroga sulla possibilità di escludere una declaratoria di manifesta inammissibilità della richiesta conseguente alla mera riproposizione della medesima, ma il dato normativo non sembra offrire spunti per una lettura riduttiva del richiamo effettuato ai casi di cui all'art. 666 co. 2 Cpp.

lamentato²⁸. Questa conclusione, indubbiamente preoccupante per la tenuta garantistica dell'innovazione se coinvolgente la problematica dell'entità del danno²⁹, pare tuttavia contrastata dall'indirizzo giurisprudenziale che interpreta restrittivamente il riferimento al difetto delle condizioni di legge per l'accertamento della manifesta infondatezza, che deve riguardare requisiti non implicanti una valutazione discrezionale, ma direttamente imposti dalla norma, così che ogni qualvolta si registrino problemi di valutazione, imponenti l'uso di criteri interpretativi in relazione al *thema probandum*, deve essere data all'istante la possibilità dell'instaurazione del contraddittorio con il procedimento camerale previsto dall'art. 666 Cpp.³⁰.

Salvi i casi di manifesta inammissibilità, quindi, il magistrato di sorveglianza fissa la data dell'udienza, dandone avviso anche all'amministrazione interessata³¹, che ha diritto di comparire o di trasmettere osservazioni e richieste. A ben vedere, peraltro, questo esito poteva considerarsi già raggiunto sulla scorta dell'art. 666 co. 3 Cpp, che, per l'appunto, impone la notifica dell'avviso alle parti ed ai difensori. Probabilmente, il legislatore ha così inteso «rimarcare l'importanza della presenza davanti al magistrato di sorveglianza dell'Amministrazione interessata e, soprattutto, stimolarne una partecipazione effettiva nel giudizio, attraverso la comparizione o il contraddittorio cartolare»³².

La disposizione nulla dice circa le forme con le quali potrà partecipare all'udienza l'amministrazione interessata al reclamo. Indubbiamente la natura giurisdizionale del procedimento potrebbe portare l'interprete a ritenere necessario il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, ma i primi commentatori si sono tutti schierati a favore della possibilità per l'amministrazione di interloquire mediante la comparizione personale di un proprio funzionario delegato, in considerazione dell'esiguo organico del personale togato dell'Avvocatura nonché della maggiore aderenza di questa soluzione alle necessità operative dell'amministrazione³³.

Attraverso il rinvio all'art. 666 co. 4 Cpp, viene riconosciuto finalmente al detenuto che ne abbia fatto richiesta, il diritto ad essere sentito personalmente dal magistrato in udienza o dal magistrato del luogo dove si trova, se detenuto in luogo posto fuori dalla circoscrizione del

²⁸ Cfr. A. Della Bella, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it 7.1.2014, 5.

²⁹ Per un cenno, C. Fiorio, *Cronache*, cit., 526.

³⁰ Così, tra le più recenti, Cass. 10.1.2013, Piccinno, in *CEDCass* n. 254887.

³¹ «Si tratta, a seconda dei casi, del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria quale articolazione del Ministero della Giustizia, eventualmente nelle sue sub-articolazioni 'periferiche' in relazione al pregiudizio lamentato (Direttore dell'istituto e Provveditore regionale) o dell'Amministrazione sanitaria (ASL/ULLS competente)»: M. Bortolato, *Torreggiani*, cit., 570.

³² Così F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 50.

³³ Cfr., P. Corvi, *Un ulteriore passo*, cit., 108; F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 50; M.G. Gaspari, *Istituito il Garante nazionale dei diritti del detenuto*, in *GD* 2014 (4), 58.

giudice, sempre che non ne sia disposta la traduzione³⁴. E questa innovazione, oltre a rispondere ad intuitive esigenze difensive, potrà incidere significativamente sul livello di approfondimento cognitivo del magistrato di sorveglianza, al quale non veniva consentito in precedenza di apprezzare direttamente le ragioni della doglianza attraverso l'interrogatorio del detenuto³⁵.

Un termine per la proposizione del reclamo, di dieci giorni dalla comunicazione del provvedimento, è stabilito solo nel caso in cui l'iniziativa attenga a questioni disciplinari³⁶. Nessun termine è invece previsto nel caso in cui il reclamo abbia ad oggetto la violazione dei diritti del detenuto, reclamo quindi attivabile finché dura la lesione lamentata.

L'inquadramento del reclamo giurisdizionale tra le ipotesi di impugnazione³⁷ conduce a riconoscere efficacia sospensiva alla relativa presentazione: "diversamente, peraltro, l'eventuale annullamento del provvedimento disciplinare potrebbe essere pronunciato quando la sanzione sia già stata in tutto o in parte eseguita"³⁸.

I soggetti che sono legittimati a presentare reclamo *ex art. 35-bis Op* non sono indicati; tuttavia, l'iniziativa potrà essere non solo del detenuto interessato ma anche del suo difensore, in forza di quanto disposto negli artt. 666 e 678 Cpp, previsioni che invece non sembrano poter essere utilmente richiamate per l'instaurazione del procedimento *ex officio* o su iniziativa del p.m., non perché si tratta di una doglianza *pro reo*, ma, assai più semplicemente, perché nell'art. 69 co. 6 Op si allude ai reclami a norma dell'art. 35-*bis Op* come a reclami provenienti dai detenuti e dagli internati³⁹.

Nessuna previsione specifica è dettata per la disciplina dell'udienza, nella quale il giudice potrà assumere prove a norma dell'art. 666 co. 5 Cpp, nelle forme più agili indicate nell'art. 185 NAttCpp, con riguardo non solo agli atti espressamente richiamati in queste disposizioni, ma anche ad altri mezzi di prova, trattandosi, secondo la tesi prevalente, di elencazione meramente esemplificativa⁴⁰.

³⁴ Per i detenuti sottoposti al regime speciale di cui all'art. 41-*bis o.p.*, si potrà far ricorso al disposto dell'art. 146-*bis disp. att. Cpp* in tema di partecipazione a distanza: F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 50.

³⁵ M. Bortolato, *Torreggiani*, cit., 571.

³⁶ Come rileva F. Fiorentin, *Decreto svuotacarceri*, cit., 49, la previsione si è resa necessaria alla luce della riformulazione dell'art. 69 co. 6 o.p., la cui nuova dizione non contiene più il rinvio all'art. 14-*ter o.p.*, che stabilisce l'analogo termine di dieci giorni per la proposizione del reclamo.

³⁷ In questa prospettiva, con riguardo alle ipotesi di reclamo, v. M. Ruaro, *La magistratura di sorveglianza*, Milano 2009, 64.

³⁸ Così P. Corvi, *Un ulteriore passo*, cit., 106. Per una diversa opinione, M. Bortolato, *Torreggiani*, cit., 575, che si lamenta della mancata previsione della sospensione dell'esecuzione della sanzione disciplinare nell'ipotesi di reclamo.

³⁹ Sul significato dell'attribuzione al p.m. di un potere di iniziativa nel procedimento di sorveglianza, v., anche per ulteriori riferimenti, M. Ruaro, *sub art. 678 Cpp*, in AA.VV., *Ordinamento penitenziario*, cit., 1108 s.

⁴⁰ Al riguardo, di recente, cfr. F. Giunchedi, *La prova nella giurisdizione esecutiva*, Torino 2012, 113.

Nell'art. 35-*bis* co. 3 Op sono poi stabiliti i contenuti della decisione del magistrato di sorveglianza in caso di accoglimento del reclamo. In materia disciplinare, il giudice potrà disporre l'annullamento del provvedimento di irrogazione delle sanzioni, soluzione indubbiamente «assai incisiva, attesa la scelta del legislatore di optare per l'annullamento anziché per la semplice disapplicazione»⁴¹. Non è prevista l'eventualità di una modifica *in melius* della risposta sanzionatoria, così che, a fronte di una sanzione ritenuta eccessiva, sarà l'amministrazione penitenziaria a poter intervenire dopo l'annullamento con l'applicazione, se del caso, di una diversa sanzione, rispettosa delle indicazioni contenute nel *decisum*⁴². Se, invece, l'accoglimento del reclamo concerne la denunciata violazione di norme penitenziarie e la conseguente lesione dei diritti del detenuto, accertate la sussistenza e l'attualità del pregiudizio, si ordinerà all'amministrazione di porre rimedio entro il termine indicato dal giudice. Invero, non era ipotizzabile sempre e comunque un annullamento dell'atto amministrativo lesivo dei diritti perché spesso può avvenire che la lesione dipenda da mere «circostanze di fatto, quali l'insalubrità dei luoghi, l'assenza di servizi igienici, o da scelte logistiche dell'amministrazione nella gestione della vita del carcere, come nel caso di restrizione in spazi eccessivamente ridotti»⁴³. E data la varietà delle fattispecie che possono condurre all'accoglimento del reclamo, il legislatore si è limitato a prevedere l'emissione di un provvedimento ordinatorio che prescrive all'amministrazione un comportamento attivo od omissivo.

Nei confronti della decisione del magistrato di sorveglianza è ammesso reclamo ai sensi dell'art. 35-*bis* co. 4 Op, dinanzi al tribunale di sorveglianza, entro quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito, così da assicurare un doppio grado di giudizio nel merito⁴⁴, che potrà essere innescato dall'iniziativa delle parti e dei difensori, nel rispetto delle regole generali stabilite per le impugnazioni.

A sua volta la decisione del tribunale potrà essere oggetto di ricorso per cassazione nel termine di quindici giorni dalla notificazione o dalla comunicazione per violazione di legge (art. 35-*bis* co. 4-*bis* Op). Ed alla luce della consolidata lettura giurisprudenziale di questa formula, si deve concludere che l'ordinanza collegiale potrà essere impugnata per ragioni attinenti alla motivazione solo se il vizio sarà riconducibile al-

⁴¹ F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 52.

⁴² In questi termini, riprendendo la Relazione illustrativa al d.l. 146/2013, P. Corvi, *Un ulteriore passo*, cit., 110.

⁴³ P. Corvi, *Un ulteriore passo*, cit., 110.

⁴⁴ Nel testo del d.l. 146/2013 si prevedeva invece solamente la ricorribilità in cassazione per violazione di legge della decisione del magistrato di sorveglianza. Per F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 53, la previsione del secondo grado di merito, più che a generiche esigenze garantistiche, "risponde ad esigenze pratiche di concentrazione dell'intervento dell'amministrazione resistente solo in relazione a quei procedimenti che abbiano visto soccombente l'amministrazione nel primo grado di giudizio", il che dovrebbe portare "ad una rarefazione della presenza della controparte pubblica nel procedimento monocratico, cui farà da contraltare l'intervento dell'amministrazione soltanto nella fase di gravame".

l'art. 606 co. 1 lett. c) Cpp⁴⁵, realizzandosi pertanto una riduzione degli spazi invece previsti nell'art. 666 Cpp, dove si allude *tout court* alla ricorribilità in cassazione del provvedimento del tribunale di sorveglianza, così da consentire di utilizzare tutti i motivi previsti nel codice per detta impugnazione.

Contenuti innovativi di notevole rilevanza riguardano l'esecuzione del provvedimento di accoglimento del reclamo non più soggetto ad impugnazione⁴⁶. Il legislatore era chiamato ad introdurre un meccanismo idoneo a rendere effettiva la tutela dei diritti del detenuto. Tra le varie soluzioni prospettate in dottrina⁴⁷, è infine prevalsa quella del giudizio di ottemperanza, ricalcato sullo schema dell'omologa procedura prevista dagli artt. 112 ss. del codice del processo amministrativo (d.lgs. 104/2010)⁴⁸, ma con l'attribuzione dei relativi poteri non al tribunale amministrativo regionale, bensì al magistrato di sorveglianza che ha emesso il provvedimento; una scelta, questa, che venne ufficialmente giustificata in considerazione «dell'evidente *deficit* di tutela che si sarebbe determinato» altrimenti⁴⁹, in capo ad un soggetto ritenuto «intrinsecamente debole», pertanto meritevole di una soluzione procedimentale «più accessibile (anche sotto il profilo dei costi della difesa tecnica) rispetto al giudizio di ottemperanza "classico"»⁵⁰.

Dunque, in caso di mancato adempimento da parte dell'amministrazione, l'interessato o il suo difensore, purché munito di procura speciale, possono oggi chiedere l'ottemperanza a detto magistrato, dando corpo ad un procedimento disciplinato nell'osservanza degli artt. 666 e 678 Cpp (art. 35 co. 5 Op). All'esito di questa procedura, il giudice potrà ordinare di dare esecuzione al provvedimento, indicando i tempi e le modalità, ma tenendo conto del programma attuativo predisposto dal-

⁴⁵ In termini fortemente critici, cfr. L. Filippi, Adelante Pedro...con (*poco*) juicio. *Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria*, in DPP 2014, 378.

⁴⁶ Forse sarebbe stata opportuna una disposizione che avesse fatto riferimento all'esecutività *ex art.* 667 co. 7 Cpp del provvedimento del magistrato di sorveglianza più che alla sua definitività e caratterizzasse, quindi, sul piano della celerità il rimedio apprestato dalla novella: uno spunto al riguardo in M. Bortolato, *Torreggiani*, cit., 573, che ricorda come nel giudizio amministrativo sia possibile l'ottemperanza anche di sentenze non passate in giudicato (art. 114 co. 2 lett. c) d.lgs. 104/2010).

⁴⁷ Per una sintetica indicazione di queste ipotesi, v. P. Corvi, *Un ulteriore passo*, cit., 111, n. 26.

⁴⁸ Nell'articolato predisposto dalla Commissione Giostra, si era suggerita l'inserzione delle «ordinanze emesse dal magistrato di sorveglianza ai sensi dell'art. 35-*bis* o.p., non più soggette ad impugnazione» nell'elenco dei provvedimenti per i quali poteva essere proposta l'azione di ottemperanza disciplinata nell'art. 112 del codice del processo amministrativo.

⁴⁹ Cfr. la Relazione illustrativa al d.l. 146/2013. Sul punto, mostra alcune perplessità circa l'opportunità della scelta così effettuata dal legislatore, v. G.M. Gaspari, *Istituto*, cit., 60.

⁵⁰ F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, 54, che giustamente segnala come abbia giocato a favore della scelta in esame anche la considerazione che il magistrato di sorveglianza potrà più efficacemente adottare le prescrizioni necessarie per assicurare l'effettività delle prescrizioni imposte, visto il ruolo di vigilanza sugli istituti di pena esercitato da tale organo.

l'amministrazione, sempre che detto programma sia compatibile con il soddisfacimento del diritto lesa. Inoltre, verranno dichiarati nulli gli eventuali atti in violazione od elusione del provvedimento rimasto ineseguito e sarà nominato, ove occorra, un commissario *ad acta*. Ed è sempre il magistrato di sorveglianza a seguire le attività di adempimento degli organi amministrativi, essendogli riconosciuto il compito di conoscere tutte le questioni relative all'esatta ottemperanza, comprese quelle inerenti gli atti del commissario *ad acta* (art. 35-*bis* co. 7 Op).

Il provvedimento adottato in sede di ottemperanza è poi ricorribile per cassazione sempre per violazione di legge, nel rispetto di un termine che, nel silenzio della legge, può individuarsi nello stesso termine previsto per l'analoga impugnazione del provvedimento emesso in sede di ricorso dal tribunale di sorveglianza.

4. Non compare nella redazione finale del provvedimento che si commenta un ulteriore possibile contenuto dell'ordinanza di ottemperanza, invece ipotizzato nel testo del d.l. 146/2013: nella lett. c) dell'art. 35-*bis* co. 5 Op, difatti, si stabiliva che il giudice poteva determinare, su richiesta di parte, la somma di danaro, entro il limite massimo di 100 Euro al giorno, dovuta dall'amministrazione per ogni successiva violazione o per ciascun giorno di ritardo nell'esecuzione del provvedimento. È più che probabile che la consapevolezza della criticità delle condizioni in cui versano le carceri in Italia si sia tradotta nella fondata prognosi di frequente applicazione di detta *taxatio*, stante l'oggettiva difficoltà che spesso avrebbe potuto incontrare l'amministrazione nell'adempimento degli obblighi imposti, ed abbia quindi spinto il legislatore a sopprimere una disposizione giudicata eccessivamente impegnativa per le casse dello Stato⁵¹.

È così venuto meno un importante rimedio compensativo che costituiva un complemento necessario dei rimedi preventivi, in ossequio alle vincolanti indicazioni fornite dalla Corte europea. D'altronde, se si deve riconoscere che nell'intervento normativo *de quo* il tema della tutela dei diritti dei detenuti attraverso la previsione di un rimedio a carattere compensativo risulta alquanto trascurato⁵², è pur vero che questa problematica sarebbe stata ben presto al centro dell'attenzione del legislatore che, con l'art. 1 co. 1 d.l. 92/2014, conv. con modif. in l. 117/2014, avrebbe introdotto l'art. 35-*ter* Op.

Il combinato disposto degli artt. 35-*bis* e 35-*ter* Op è stato recentemente oggetto di considerazione da parte dei giudici di Strasburgo che in due decisioni coeve hanno dichiarato irricevibili una serie di ricorsi sollevati per violazione dell'art. 3 Cedu da alcuni detenuti reclusi nelle carceri italiane in quanto non soddisfatta la condizione del previo esau-

⁵¹ Con gli stessi accenti, P. Corvi, *Un ulteriore passo*, cit., 115; F. Fiorentin, *Decreto svuotacarceri*, cit., 54 s.

⁵² Per P. Corvi, *Un ulteriore passo*, cit., 115, «l'unica misura che si atteggia a rimedio compensativo del trattamento inumano e degradante subito dai detenuti» sarebbe da individuarsi nella «liberazione anticipata» di cui all'art. 4 d.l. 146/2013.

rimento delle vie di ricorso interne, perché non erano stati esperiti i rimedi predisposti dal nostro legislatore per riparare, in via preventiva o compensativa, alle violazioni dei diritti fondamentali provocate dalle condizioni di sovraffollamento degli istituti penitenziari⁵³. Ed ove si consideri che ai fini dell'irricevibilità, come noto, «non è sufficiente che il diritto interno preveda un qualsiasi rimedio ma occorre che quest'ultimo sia efficace, sufficiente ed adeguato»⁵⁴, dette pronunce potrebbero spingere il lettore a conclusioni in qualche misura 'trionfalistiche' sui *nova* così inseriti nella normativa penitenziaria. In realtà, la motivazione delle decisioni della Corte europea non fornisce elementi che possano davvero supportare simili valutazioni: mancando una prassi applicativa nazionale, nulla può dirsi in concreto sull'efficacia dei mezzi di ricorso di recente introduzione, donde la necessità di riesaminare in futuro l'effettività dei rimedi interni, alla luce della capacità dimostrata dai giudici nazionali di elaborare una giurisprudenza uniforme ed in linea con le esigenze della Convenzione di Roma nonché dell'effettiva esecuzione delle decisioni adottate dai giudici nazionali⁵⁵.

Pur con queste cautele, tuttavia, non si può negare che nelle sentenze appena richiamate compaiono tracce di un primo giudizio positivo sugli istituti previsti negli artt. 35-*bis* e 35-*ter* Op⁵⁶. Con specifico riferimento al rimedio preventivo, la Corte sottolinea la riconosciuta efficacia vincolante delle decisioni prese nel rispetto del contraddittorio delle parti dalla magistratura di sorveglianza nei confronti dell'amministrazione penitenziaria, decisioni le cui possibilità di esecuzione andranno considerate in un contesto senza dubbio più favorevole di quello che era stato apprezzato all'epoca della sentenza Torreggiani, come impedimento della pratica attuazione dei *dicta* giurisdizionali⁵⁷.

Insomma, la flessione del tasso di sovraffollamento carcerario, già oggi verificabile come conseguenza di una pluralità di iniziative assunte dal legislatore italiano⁵⁸, consente ai giudici di Strasburgo di pervenire ad una conclusione rassicurante: il ricorso preventivo costituisce uno strumento non solo accessibile, ma altresì suscettibile di offrire ai reclamanti prospettive ragionevoli di successo⁵⁹.

⁵³ Cfr. C. eur., 25.9.2014, *Stella ed altri c. Italia; Rexhepi ed altri c. Italia*, in www.penalecontemporaneo.it 7.11.2014, con nota di A. Martufi, *La Corte EDU dichiara irricevibili i ricorsi presentati dai detenuti italiani per violazione dell'art. 3 CEDU senza il previo esperimento dei rimedi ad hoc introdotti dal legislatore italiano per fronteggiare il sovraffollamento*.

⁵⁴ V., per alcuni cenni, A. Martufi, *La Corte EDU*, cit., 2.

⁵⁵ C. eur., 25.9.2014, cit., §§ 55 e 68.

⁵⁶ Così rileva A. Martufi, *La Corte EDU*, cit., 3.

⁵⁷ C. eur., 25.9.2014, cit., §§ 49 e 50.

⁵⁸ La Corte fa riferimento, a tal fine, alla riduzione dei casi di detenzione riconducibile sia all'aumentato ricorso alle misure alternative che alla diminuzione delle pene per reati minori, come pure alle migliorate condizioni dei detenuti collegate alle scelte organizzative interne ed alla costruzione di nuovi carceri: C. eur., 25.9.2014, cit., §§ 51 e 52.

⁵⁹ C. eur., 25.9.2014, cit., § 55.

Ma, come già detto, si tratta, e non va dimenticato, di un responso provvisorio e piuttosto generoso che attende convalida dalla prassi applicativa. L'efficacia dei rimedi preventivi finisce di fatto per dipendere dal livello di diffusione nell'ambiente carcerario della violazione contestata; in questa prospettiva non si può non convenire con chi dubita che «l'ordinanza con cui il magistrato impone di rimuovere una violazione dell'art. 3 Cedu determinata dall'esiguità dello spazio a disposizione del detenuto disponendone il trasferimento, possa essere proficuamente eseguita in presenza di una complessiva saturazione degli istituti di pena»⁶⁰. E pertanto, sarebbe stata sommamente opportuna la previsione di un rimedio estremo cui ricorrere nelle emergenze che precludono un'utile applicazione degli strumenti di tutela ordinari, un rimedio che deve contemplare la facoltà del giudice di ordinare la scarcerazione del detenuto, eventualmente accompagnata dall'adozione dei suoi confronti di misure sanzionatorie e di controllo non carcerarie, come ha autorevolmente affermato la Corte costituzionale nella stessa decisione nella quale ha dichiarato, stante la pluralità delle soluzioni normative che potrebbero essere adottate, l'inaammissibilità della questione di legittimità dell'art. 147 Cp, denunciato nella parte in cui non consente il rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena che si debba svolgere in condizioni contrarie al senso di umanità⁶¹.

Sarà compito non facile quello di individuare il ventaglio di risposte che dovranno essere assicurate in caso di riscontrata inadeguatezza dei rimedi preventivi ordinari. In particolare, il legislatore dovrà tener conto anche delle esigenze di difesa sociale che potrebbero risultare del tutto pregiudicate dal ricorso alla sospensione od al rinvio dell'esecuzione e che potrebbero, quindi, spingere soprattutto nella direzione di una forte valorizzazione della misura della detenzione domiciliare, attraverso l'individuazione di criteri che consentano una corretta selezione dei reclusi da scarcerare. E se non potranno negarsi le difficoltà della manovra che così si profila, si dovrà anche aver ben presente il monito rivolto alle autorità competenti dai giudici di Palazzo della Consulta nella citata sent. 279/2013, per cui «non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa»⁶² e si aprirebbe per la Corte costituzionale la prospettiva di una decisione atta a ridurre il più possibile il rischio di esecuzioni della pena contrarie al senso di umanità⁶³.

⁶⁰ Così A. Martufi, *La Corte EDU*, cit., 4. In questi termini, cfr. P. Corvi, *Un ulteriore passo*, cit., 113 s.; A. Della Bella, *Un nuovo decreto-legge*, cit., 6; A. Mangiaracina, *Italia e sovraffollamento carcerario: ancora sotto osservazione*, in *www.pwnalecontemporaneo.it*, 2.12.2014, 15 ss.

⁶¹ C. cost., sent. 279/2013.

⁶² C. cost., sent. 279/2013. Tra gli autori, cfr. A. Mangiaracina, *Italia e sovraffollamento*, cit., 17; R. Orlandi, *Il sovraffollamento delle carceri al vaglio della Corte costituzionale*, in *QuadCost* 2013, 427 s.

⁶³ Come ricorda A. Mangiaracina, *Italia e sovraffollamento*, cit., 17, nella sent. 279/2013 la Corte costituzionale si riserva sostanzialmente di operare negli stessi termini in cui ebbe ad attivarsi nella vicenda Dorigo con la sent. 113/2011, che, come noto, finì per introdurre nel codice un'ulteriore ipotesi di revisione in caso di processo

5. Nell'affrontare il problema dell'ormai cronico sovraffollamento dei carceri, la novella in esame ha inciso altresì sulla disciplina delle misure alternative, con un non secondario ampliamento dell'ambito operativo dell'affidamento in prova al servizio sociale.

Con l'art. 3 co. 8 lett. c) d.l. 146/2013 è stato inserito un comma 3-bis nell'art. 47 Op in forza del quale potrà aversi l'accesso alla misura da parte del condannato «che deve espiare una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione», mentre in precedenza la pena espianda non doveva superare i tre anni.

Rimane immutato il presupposto generale per la concessione della misura, che deve risultare comunque idonea a contribuire alla rieducazione del reo ed a prevenire il pericolo di commissione di ulteriori reati. È invece oggetto di modifica la regolamentazione del periodo di osservazione della personalità, perché la concessione del beneficio potrà aversi solo quando il condannato «abbia serbato, quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, trascorso in espiazione di pena, in esecuzione di una misura cautelare ovvero in libertà, un comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2» dell'art. 47 Op.

Ci si è interrogati sul significato dell'espressione. In particolare, «se l'osservazione “condotta collegialmente” della personalità debba riguardare un lasso temporale annuale ovvero se, pur limitandosi a un periodo di verifica di un mese, possa essere effettuata nell'intero anno precedente la formulazione della richiesta di accesso all'affidamento allargato»⁶⁴.

A tal riguardo, le indicazioni che provengono dai lavori preparatori vanno nella direzione dell'allungamento del periodo di osservazione, considerato «un elemento di aggravio» collegato alla diversa sfera di operatività della misura⁶⁵. Si è tuttavia ritenuta «priva di ragionevolezza e, soprattutto, eccessivamente generica (...) l'indicazione relativa al periodo di tempo (...) che il giudice dovrebbe considerare al fine di ritenere superata la condizione di ammissibilità dell'istanza»⁶⁶. Critiche queste che sembrano superabili solo che si tenga conto del fatto che una ragionevole quantificazione dei tempi di osservazione si ricava dall'esigenza di acquisizione di quegli elementi che consentono di formulare la prognosi di concreta efficacia rieducativa e di idoneità preventiva della misura. Indubbiamente, la previsione potrebbe così rivelarsi foriera di un incremento delle declaratorie di inammissibilità delle istanze ai sensi dell'art. 666 co. 2 Cpp, a fronte di iniziative *ictu oculi* carenti sotto il profilo qui considerato⁶⁷, ma è pur vero che appare «del tutto razionale che

penale 'non giusto', nonostante l'indubbia forzatura della logica delle decisioni adittive.

⁶⁴ E.M. Mancuso, *Sovraffollamento carcerario e misure d'urgenza: un intervento su più fronti per avviare un nuovo corso*, in AA.VV., *Le nuove norme*, cit., 59.

⁶⁵ Cfr. la Relazione dell'on. Ermini in sede di discussione sulle linee generali del d.d.l. di conversione n. 1921-A, in *Atti parlamentari*, Camera, XVII legislatura, Lavori, Resoconti Assemblea, Seduta n. 165, 3.2.2014, 95.

⁶⁶ F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 55.

⁶⁷ Cfr. ancora F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 55.

alla concessione di un beneficio più ampio corrisponda la garanzia di una osservazione più lunga e dunque più significativa»⁶⁸.

Piuttosto, si dovrà riconoscere che la possibilità di svolgere un'osservazione esclusivamente di tipo extracarcerario potrà rivelarsi piuttosto difficoltosa, dal momento che il limite sospensivo ordinario previsto nell'art. 656 co. 5 Cpp è rimasto immutato, per cui si realizzeranno inevitabilmente situazioni nelle quali i soggetti che potranno usufruire della misura alternativa, ma condannati a pena superiore a tre anni, subiranno l'incarcerazione, «con buona pace della lotta al fenomeno delle *porte girevoli* e al primo conseguente contatto con l'istituto di pena»⁶⁹.

Il mancato coordinamento tra il riferimento sanzionatorio utilizzato di regola per la sospensione dell'esecuzione e quello impiegato per l'accesso all'affidamento in prova al servizio sociale non pare comunque privo di una sua ragionevolezza: nell'art. 47 co. 3-*bis* Op la decisione di evitare l'esecuzione detentiva passa attraverso un giudizio non solo più impegnativo di quello solitamente richiesto, ma anche caratterizzato temporalmente in termini tali da escludere un pronostico attendibile all'atto dell'emissione dell'ordine di esecuzione, per cui il rischio di mantenere in libertà condannati meritevoli del carcere sarebbe risultato eccessivo.

6. La disciplina dell'affidamento in prova è stata ulteriormente modificata con riferimento ai poteri del magistrato di sorveglianza. I commi 4 ed 8 dell'art. 47 Op, come innovati con l'art. 3 co. 1 lett. *d*) ed *e*) d.l. 146/2013, hanno rimodulato l'area di intervento di detto giudice, «in parte rendendone più incisive le decisioni, in parte riducendo la necessità dell'adozione di suoi provvedimenti»⁷⁰. Il rilievo del magistrato di sorveglianza nella gestione delle misure alternative risulta poi accresciuto nelle sequenze introdotte nell'art. 51-*bis* Op per l'ipotesi della decisione da adottare in caso di sopravvenienza di nuovi titoli di privazione della libertà (art. 3 co. 1 lett. *g*) d.l. cit.).

Su di un piano più generale, peraltro, una sottolineatura dell'importanza del ruolo svolto nel contesto carcerario dal giudice in parola si apprezza nei contenuti dell'intervento effettuato dal legislatore sull'art. 69 co. 5 Op con la soppressione delle parole «nel corso del trattamento», così che adesso la facoltà di impartire disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati non è in alcun modo circoscritta⁷¹. Invero, si è inteso «rimuovere un'indicazione

⁶⁸ A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino 2014, 105.

⁶⁹ Così E.M. Mancuso, *Sovraffollamento*, cit., 60. V. anche A. Della Bella, *Emergenza carceri*, cit., 105; L. Filippi, *Adelante Pedro*, cit., 379; F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 55 s., che rileva un'ingiustificata disparità di trattamento tra condannati liberi e detenuti in carcere, a favore di questi ultimi, alla luce dell'attuale testo dell'art. 656 co. 5 Cpp, dove la possibilità di sospensione dell'ordine di esecuzione è stata estesa alle pene non superiori a quattro anni, qualora ricorrano le ipotesi di detenzione domiciliare di cui all'art. 47-*ter* co. 1 Op.

⁷⁰ V., in questi termini, la Relazione elaborata dall'Ufficio del Massimario della Cassazione sulla l. 10/2014, riportata in www.penalecontemporaneo.it, 13.3.2014, 9.

⁷¹ Così C. Fiorio, *Cronache*, cit., 524.

testuale che potrebbe confinare il ruolo del magistrato di sorveglianza a quello di garante della legalità del trattamento penitenziario in senso stretto, per ampliarne le attribuzioni fino a ricomprendere ogni violazione di posizioni soggettive che riguardino la persona detenuta»⁷². Ovviamente, l'allargamento degli spazi operativi deve essere collegato ad una corretta individuazione del ruolo svolto da un giudice che non viene evidentemente ad incidere sulle attribuzioni riconosciute all'autorità giurisdizionale civile, penale od amministrativa, ma che assicura una tutela aggiuntiva, non necessariamente di natura giurisdizionale, ad un soggetto particolarmente 'debole'⁷³.

a) Quanto al già accennato *novum* riguardante la disciplina del procedimento per l'affidamento in prova in caso di istanza proposta dopo l'inizio dell'esecuzione della pena, nel rivisitato comma 4 dell'art. 47 Op si rinviene una diversa ripartizione delle competenze tra il giudice monocratico e quello collegiale. Nella precedente versione della disposizione, come noto, la domanda doveva essere indirizzata al magistrato di sorveglianza, che poteva sospendere l'esecuzione della pena ed ordinare la liberazione del condannato, quando fossero state «offerte concrete indicazioni in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'ammissione all'affidamento in prova e al grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione» e non vi fosse «pericolo di fuga»; detto giudice doveva comunque trasmettere immediatamente gli atti al tribunale di sorveglianza, chiamato a decidere sulla concessione della misura alternativa nel termine ordinatorio di quarantacinque giorni.

Si realizzavano così due situazioni meritevoli di revisione legislativa. Da un lato, l'ufficio del magistrato di sorveglianza veniva raggiunto da tutte le istanze di affidamento, anche da quelle rispetto alle quali non vi era alcuna richiesta di liberazione provvisoria del condannato, con un irragionevole aggravio di lavoro⁷⁴. Dall'altro lato, questo giudice era legittimato ad emettere un provvedimento interinale sospensivo che «aveva un contenuto più ampio del provvedimento che avrebbe potuto poi concedere il tribunale di sorveglianza»⁷⁵, così che paradossalmente il condannato veniva prima messo in libertà senza vincolo alcuno sulla base di un giudizio cautelare, poi, se del caso, affidato in prova con le relative restrizioni sulla base di un giudizio di merito⁷⁶.

⁷² Cfr. F. Fiorentin, *Decreto svuotacarceri*, cit., 62 s., che ritiene sostanzialmente priva di significato la modifica apportata all'art. 69 co. 5 Op, in quanto la tutela così apprestata al detenuto rimane attivabile solo per le incisioni della sfera soggettiva consequenziali a condotte dell'amministrazione adottate nel corso ed a motivo del trattamento penitenziario.

⁷³ Sul punto, v. M. Bortolato, *Torreggiani*, cit., 574.

⁷⁴ V. F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 57.

⁷⁵ Rileva l'incongruità A. Della Bella, *Emergenza*, cit., 107. Cfr. altresì F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 56; E. M. Mancuso, *Sovraffollamento*, cit., 61 s.

⁷⁶ Osservava correttamente A. Presutti, sub art. 47, in AA.VV., *Ordinamento penitenziario*, cit., t. I, *Trattamento penitenziario*, a cura di F. Della Casa, Padova 2011, 527, come l'irragionevolezza della soluzione normativa ben si apprezzi ove si tenga conto della circostanza che «questa specie di affidamento, in quanto strettamente pertinente alla logica della pena costituzionale, si prospetta quale trattamento alternativo

A seguito della novella in commento, l'istanza di affidamento dovrà essere rivolta di regola al giudice collegiale, mentre si dovrà far riferimento al magistrato di sorveglianza nella ricorrenza delle condizioni che già facultizzavano tale organo ad emettere provvedimenti sospensivi e liberatori e che adesso, invece, consentono di disporre sì la liberazione del condannato, ma unitamente all'applicazione provvisoria della misura alternativa. E l'efficacia dell'ordinanza del magistrato di sorveglianza è destinata a permanere fino alla decisione del tribunale che dovrà pronunciarsi entro il termine ordinatorio di sessanta giorni dall'acquisizione degli atti⁷⁷.

Quest'ultimo termine sembra dettato esclusivamente per le ipotesi, ormai residuali, in cui l'istanza è stata proposta al magistrato di sorveglianza; quindi, per una svista del legislatore, che non si è reso conto dell'incidenza del mutato regime di presentazione della richiesta, non risulta fissato l'arco temporale entro cui il giudice collegiale dovrà rispondere all'iniziativa del condannato pervenutagli direttamente. Non trattandosi di un termine perentorio il ricorso all'analogia potrà comunque porre rimedio alla dimenticanza⁷⁸.

L'altra anticipata novità nella disciplina del procedimento relativo all'affidamento in prova riflette la prassi formatasi negli ultimi anni di delegare i dirigenti dell'ufficio di esecuzione penale esterna a disporre le deroghe temporanee alle prescrizioni impartite, prassi la cui condivisibilità era stata espressa nella risoluzione del C.S.M. del 24.7.2013, «nella quale si auspicava – recependo un'indicazione della Commissione Mista C.S.M. – Ministero della Giustizia – l'attivazione di protocolli di intesa tra UEPE e magistratura di sorveglianza al fine di attribuire la competenza alla concessione delle autorizzazioni di deroga temporanea alle prescrizioni al direttore dell'UEPE»⁷⁹.

In sede di conversione del d.l. si è stabilito nell'art. 47 co. 8 Op che dette deroghe «nei casi di urgenza» sono per l'appunto autorizzate dal direttore dell'ufficio di esecuzione penale esterna, che ne dà immediata comunicazione al magistrato di sorveglianza e ne riferisce nella relazione allo stesso diretta, con cui si rapporta periodicamente sul comportamento del soggetto, ai sensi dell'art. 47 co. 10 Op.

Viene così superata l'originaria previsione che assegnava sempre al giudice il potere *de quo*, dal momento che le deroghe dovevano provenire dall'organo giurisdizionale, sia pure in forma orale, con un'inevitabile compressione del significato della innovazione sul piano del risparmio in termini di tempo e di energie amministrative⁸⁰.

necessariamente propedeutico al recupero della libertà del condannato», che, invece, viene ad essere liberato in attesa della pronuncia del tribunale.

⁷⁷ È stata eliminato il divieto di accordare una nuova sospensione in caso di non accoglimento dell'istanza; ne consegue la possibilità di ottenere una nuova concessione provvisoria del beneficio.

⁷⁸ Diversamente, F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 57.

⁷⁹ Così F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 57. V. anche A. Della Bella, *Emergenza*, cit., 152 nt. 44.

⁸⁰ Sul punto, F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, 57 s., per il quale la previsione in esame potrà applicarsi analogicamente «alle richieste di deroga temporanea ed ur-

La comunicazione imposta al direttore dell'UEPE al magistrato di sorveglianza consente a quest'ultimo di intervenire in caso di inopportunità od illegittimità della scelta adottata, in piena coerenza con il potere di disporre la modifica stabile delle prescrizioni già riconosciutogli nel comma 8 dell'art. 47 Op.

b) Sempre in una prospettiva di semplificazione ed accelerazione procedimentale, il legislatore ha rivisto i meccanismi predisposti in caso di sopravvenienza di un nuovo titolo di privazione della libertà personale durante l'attuazione di una misura alternativa alla pena detentiva.

La disciplina contenuta nell'art. 51-*bis* Op, come integralmente sostituito con l'art. 3 co. 1 lett. g) d.l. 146/2013, prevede che, nell'ipotesi di affidamento in prova al servizio sociale, di detenzione domiciliare anche speciale o di semilibertà, quando sopraggiunga un altro titolo esecutivo detentivo, il p.m., e non più il direttore dell'istituto di pena o il dirigente dell'ufficio di esecuzione penale esterna, informi immediatamente il magistrato di sorveglianza, formulando contestualmente le sue richieste⁸¹.

Viene quindi opportunamente valorizzato il ruolo del p.m. come promotore dell'esecuzione e diretto interlocutore della magistratura di sorveglianza per quanto concerne le vicende applicative delle misure alternative alla detenzione⁸². Quanto invece alla competenza funzionale sul mantenimento o sulla cessazione della misura in essere, è stata superata la logica bifasica precedentemente prevista, in forza della quale il magistrato di sorveglianza disponeva con decreto la prosecuzione provvisoria o la sospensione della misura in corso, magistrato che trasmetteva quindi gli atti al tribunale di sorveglianza, che doveva decidere nel termine di venti giorni la prosecuzione o la cessazione della misura⁸³. Ne discendeva che il condannato poteva essere incarcerato provvisoriamente per poi essere liberato sulla scorta del provvedimento definitivo dell'organo collegiale. Viceversa, nell'attuale regolamentazione dell'istituto, spetta al magistrato di sorveglianza, tenuto conto del cumulo delle pene, stabilire se permangono o non permangono le condizioni per l'applicazione della misura alternativa⁸⁴, disponendo quindi con ordinanza

gente alle prescrizioni inerenti alle misure della detenzione domiciliare e dell'esecuzione domiciliare di cui alla legge n. 199/2010".

⁸¹ Rileva come l'ambito applicativo della disposizione sia ben più ampio di quanto non possa apparire dalla lettura delle ipotesi oggetto di esplicito richiamo, in quanto l'art. 51-*bis* Op è applicabile anche ai casi di affidamento in prova terapeutico ex art. 94 co. 5 TUSTUP, all'esecuzione della pena presso il domicilio prevista dalla l. 199/2019, alle ipotesi di misure alternative disposte nei confronti di condannati affetti da AIDS conclamata o da altra grave deficienza immunitaria (art. 47-*quater* Op), nonché al c.d. indultino di cui all'art. 2 l. 207/2003: E.M. Mancuso, *Sovraffollamento*, cit., 66.

⁸² Così F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 61 s.; E.M. Mancuso, *Sovraffollamento*, cit., 65.

⁸³ Al riguardo, anche per ulteriori riferimenti, A. Bernasconi, sub art. 51-*bis*, in AA.VV., *Ordinamento penitenziario*, cit., t. I, cit., 753 s.

⁸⁴ Si è posto il dubbio sulla possibilità di applicare la nuova disciplina alla misura dell'affidamento in prova, nel caso in cui il nuovo titolo esecutivo porti la pena al di sopra dei tre anni ma entro i quattro anni. Pervero, parrebbe trattarsi di un'ipotesi non contemplata dall'art. 51-*bis* Op, nel quale si fa menzione solo dell'art. 47 co. 1 Op

la prosecuzione o la cessazione della misura con la ripresa dell'esecuzione detentiva.

L'intervento del tribunale di sorveglianza è solo eventuale e si colloca nella ben distinta prospettiva del reclamo ai sensi dell'art. 69-*bis* Op, consentito nei confronti dell'ordinanza del magistrato di sorveglianza in forza del disposto del comma 2 dell'innovato art. 51-*bis* Op⁸⁵.

7. Sono interessati i poteri tanto del magistrato di sorveglianza quanto del tribunale di sorveglianza dalle novità apportate con l'art. 3 co. 1 lett. *f*) ed *h*) d.l. 146/2013, laddove, all'abrogazione del testo dell'art. 47 co. 4-*bis* Op, si è fatta seguire l'introduzione dell'art. 58-*quinquies* Op, nel quale si prevede, rispetto alla previgente disciplina, che detti organi possano prescrivere procedure di controllo eventualmente mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici non solo nel momento genetico ma anche nel corso dell'esecuzione della misura alternativa.

Il significato dell'intervento può essere ben compreso soprattutto nelle ipotesi di inosservanza delle prescrizioni, in quanto, attraverso il ricorso a forme di controllo particolarmente incisive, si potrà evitare la revoca della detenzione domiciliare⁸⁶.

Il richiamo alle disposizioni di cui all'art. 275-*bis* Cpp è stato poi compiuto alle stesse «in quanto compatibili», specificazione che tuttavia non sembra dire alcunché in ordine all'applicabilità alla misura alternativa del mutato rapporto regola/eccezione stabilito da questa novella per il diverso caso degli arresti domiciliari⁸⁷, anche se si deve segnalare come non sia chiaro il percorso che dovrebbe portare, ad esempio, il tribunale di sorveglianza, in sede di udienza collegiale, a disporre la misura della detenzione domiciliare in luogo di quella dell'affidamento in prova, sulla base di una previa verifica della disponibilità dello strumento tecnico di controllo⁸⁸.

Un qualche rilievo pare piuttosto riconducibile alla scelta sistematica effettuata con la collocazione dell'art. 58-*quinquies* al di fuori delle previsioni riguardanti specificamente la detenzione domiciliare: l'inserzione della disposizione in chiusura del capo VI del titolo I della l. 354/1975 potrebbe consentirne un'interpretazione ampia, riferibile a tutte le forme di detenzione domiciliare, compresa quella introdotta dalla l. 199/2010⁸⁹.

e non dell'art. 47 co. 3-*bis* Op, nel quale, come già visto, si prevede l'ampliamento dei casi applicativi dell'affidamento. A favore di un'interpretazione estensiva, che, in effetti, non sembra contrastata da alcun dato logico-sistematico, F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 61; E.M. Mancuso, *Sovraffollamento*, cit., 66 s.

⁸⁵ Pare collegare la reclamabilità dell'ordinanza alla sola ipotesi di una cessazione dell'applicazione della misura alternativa, E.M. Mancuso, *Sovraffollamento*, cit., 65.

⁸⁶ A. Della Bella, *Emergenza*, cit., 28.

⁸⁷ E.M. Mancuso, *Sovraffollamento*, cit., 68.

⁸⁸ Così F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 58.

⁸⁹ A. Della Bella, *Emergenza*, cit., 29.

Art. 4

Liberazione anticipata speciale

1. *(Ad esclusione dei condannati per taluno dei delitti previsti dall'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni,)* Per un periodo di due anni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, la detrazione di pena concessa con la liberazione anticipata prevista dall'articolo 54 della legge 26 luglio 1975, n. 354 è pari a settantacinque giorni per ogni singolo semestre di pena scontata.

2. Ai condannati che, a decorrere dal 1° gennaio 2010, abbiano già usufruito della liberazione anticipata, è riconosciuta per ogni singolo semestre la maggiore detrazione di trenta giorni, sempre che nel corso dell'esecuzione successivamente alla concessione del beneficio abbiano conti-

nuato a dare prova di partecipazione all'opera di rieducazione.

3. La detrazione prevista dal comma precedente si applica anche ai semestri di pena in corso di espiazione alla data dell'1° gennaio 2010.

4. *(Comma soppresso dalla l. 21 febbraio 2014, n. 10).*

5. Le disposizioni di cui ai commi precedenti non si applicano ai condannati ammessi all'affidamento in prova e alla detenzione domiciliare, relativamente ai periodi trascorsi, in tutto o in parte, in esecuzione di tali misure alternative (, né ai condannati che siano stati ammessi all'esecuzione della pena presso il domicilio o che si trovino agli arresti domiciliari ai sensi dell'articolo 656, comma 10, del codice di procedura penale).

Liberazione anticipata e “riduzione controllata” del sovraffollamento carcerario

Commento di PASQUALE BRONZO

SOMMARIO: 1. Generalità. – 2. Precedenti – 3. *Ratio* – 4. Valenza compensativa? – 5. Sconto speciale e sconto integrativo. – 5. Periodi valutabili. – 6. L'esclusione dei detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 4-bis Op. – 7. Scioglimento dei cumuli. – 8. Problemi di diritto intertemporale.

1. La previsione è centrale nella strategia normativa di contrasto al sovraffollamento carcerario perseguita dal decreto legge. Secondo le indicazioni date dalla Corte europea nella sentenza pilota (Torreggiani c. Italia) che ha condannato il nostro Paese, il provvedimento mette in campo una combinazione di rimedi: alcuni, *interni* al sistema penitenziario, passano attraverso una miglior tutela dei diritti dei detenuti; altri, *esterni*, puntano alla deflazione: alla riduzione dei flussi di entrata in

carcere (attraverso l'abbattimento della massiccia presenza di tossicodipendenti e cittadini extracomunitari) e all'aumento di quelli in uscita (con interventi di potenziamento delle misure alternative¹).

Ora, però, siccome la soluzione del 'problema-carceri' richiede anche un minor ricorso allo strumento carcerario (ossia un ripensamento del sistema della pena e delle cautele personali) ecco che la disciplina in commento si preoccupa di assicurare una rapida decongestione degli istituti prevedendo un – temporaneo – ma sostanzioso innalzamento degli sconti di pena previsti a titolo di liberazione anticipata: il ripristino della legalità dell'espiazione penitenziaria non può attendere i tempi necessari al riforme sistematiche².

Questa *urgenza* è stata sottolineata anche dalla nostra Corte costituzionale quando si è trovata a decidere una questione riguardante il rinvio della pena *ex art.* 147 c.p., del quale veniva invocato un impiego in chiave anti-sovrappollamento. Dopo aver notato che le misure amministrative (spostamenti, trasferimenti e simili) naturali risposte ai problemi di 'organizzazione', possono essere impraticabili o addirittura disfunzionali in una condizione di crisi grave e generalizzata³, la Corte ha affermato che i nostri livelli di tensione rendevano ineludibili soluzioni normative di *extrema ratio*, e si era spinta ad ipotizzarne il tenore, evocando modi di prosecuzione extracarceraria della pena, accompagnata da «misure sanzionatorie e di controllo»⁴.

¹ In ciò proseguendo l'opera già intrapresa negli ultimi provvedimenti in materia di esecuzione penale (l. 26.11.2010, n. 199, seguita dal d.l. 22.12.2011, n. 211 conv. in l. dalla l. 17.2.2012, n. 9 e dal d.l. 1.7.2013, n. 78, conv. in l. dalla l. 9.8.2013, n. 94).

² Il riferimento è alla l. 28.4.2014, n. 67, «Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili» e, per quanto riguarda la detenzione cautelare, il d.d.l. n. 1232, recante «Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali». È appena il caso di precisare che, siccome il ricorso alla carcerazione non è comprimibile oltre certe soglie, resta pur sempre fondamentale mantenere le *condizioni carcerarie* entro livelli accettabili, attraverso buone politiche amministrative (specie in materia di edilizia carceraria), e 'buone prassi', amministrative e giudiziarie.

³ Per la rottura del principio di prossimità territoriale dell'esecuzione penitenziaria, ad esempio.

⁴ C. cost., 22.11.2013, n. 279, in *RIDPP* 2013, 997 con nota di F. Della Casa, *Il problematico impiego della sospensione dell'esecuzione in chiave "antiovercrowding"*. Si poneva in dubbio che fosse costituzionalmente legittimo prevedere un rinvio della pena per le situazioni in cui il condannato versi in condizioni di infermità fisica, e non anche per quelle in cui l'esecuzione carceraria si svolga in condizioni contrarie al senso di umanità. La Corte ha ritenuto inammissibile la questione data la pluralità delle soluzioni normative possibili; quanto all'art. 147 Cp, ha osservato come l'istituto non si presti a fungere da rimedio 'preventivo' del sovrappollamento: ove pure riuscisse a diminuire la popolazione carceraria, lo farebbe in modo casuale, e a prezzo di un'intollerabile di disparità trattamento tra i detenuti, che si vedrebbero o no differire l'esecuzione in mancanza di un criterio idoneo a selezionare chi debba ottenere il rinvio fino al raggiungimento del numero dei reclusi compatibile con lo stato delle strutture carcerarie (cfr., F. Della Casa, *Il problematico impiego*, cit., 1007; G. Dodaro, *Il sovrappollamento delle carceri: un rimedio extra ordinem contro le violazioni dell'art. 3 CEDU*, in *QuadCost* 2013, 431).

Anche a tal fine – come ‘soluzione-tampone’ – viene impiegata una misura alternativa alla detenzione (ancorché *sui generis*) come la liberazione anticipata. Non già quale *rimedio individuale* alla violazione determinata dal sovraffollamento, come nella prospettiva coltivata nella citata questione di costituzionalità⁵, bensì quale *misura generale*, e *temporanea*, per contrastare l'*attuale* situazione di crisi. Il legislatore specula sulla valenza deflativa dell'istituto trattamentale: potenziandolo, mira a ricondurre i numeri della popolazione carceraria entro soglie compatibili con un'espiazione rispettosa dell'umanità dei reclusi, e dunque pienamente legale, per il tempo sufficiente perché le riforme vengano poste in opera o comincino a sortire i loro effetti.

Tra le molteplici previsioni del decreto la «liberazione anticipata speciale» è dunque quella cui più si addice il rude appellativo teleologico di ‘svuota-carceri’. In verità, i livelli raggiunti dalla popolazione carceraria erano tali che una riduzione entro soglie ‘normali’ sarebbe stata *compiutamente* conseguibile – per via legislativa – solo attraverso una soluzione clemenziale. Questa è stata tuttavia esclusa, per motivi sia tecnici (la brevità degli effetti, anzitutto) che politici, cioè per il costo in termini di credibilità del sistema penale. Da quest'ultimo punto di vista ha pesato l'applicabilità indiscriminata sull'intera popolazione penitenziaria: l'atto d'indulgenza non sarebbe stato direzionabile né in base alle condizioni individuali di detenzione, né in base alla pericolosità sociale dei detenuti: l'unica selezione possibile, per bilanciare istanze di legalità della pena e istanze di sicurezza collettiva, sarebbe stata quella, *molto sommaria*, basata sui reati ai quali le condanne si riferiscono.

Scartati rimedi individuali e atti generali di clemenza, il legislatore ha scelto piuttosto di aumentare gli abbuoni di pena che vengono riconosciuti al detenuto, per ogni semestre espiauto, quando il magistrato di sorveglianza verifichi la sua partecipazione all'opera di riduzione (art. 54 Op): un mese in più di detrazione per ogni semestre. Un ampliamento temporaneo, operante solo per i periodi di detenzione scontati nel triennio anteriore al decreto legge (2010-2013) e per quelli scontati nel biennio successivo (2013-2015).

Scopo principale è l'aumento dei tassi di uscita dal carcere, per fine-pena o per raggiungimento delle soglie di ammissione all'espiazione extracarceraria: le detrazioni non solo abbreviano la pena ma, essendo considerate ‘pena scontata’, accelerano il raggiungimento dei limiti di espiazione per la fruizione di altri benefici e misure extracarcerarie (art. 54 co. 4 Op), ciò che moltiplica gli effetti deflativi dello sconto.

⁵ In effetti, qualsiasi soluzione *individuale* sarebbe problematica, se non altro per i criteri per la selezione degli ‘aventi diritto’. Il rinvio della pena previsto dal codice tedesco (§ 455a StPO), su richiesta del p.m. anche contro la volontà del detenuto, sembra inadatto a sistemi in cui il fenomeno è endemico e diffuso come da noi. Altrove soccorrono rimedi di carattere generale, ad esempio, meccanismi-valvola che consentono il rilascio anticipato dei detenuti quando la popolazione carceraria diventi eccessiva (cfr. per ulteriori rinvii, P. Bronzo, *Problemi della «liberazione anticipata speciale»*, in AP, 2014, n. 2, 627 nt. 39).

Inoltre, anche se la disposizione non dice nulla in proposito, l'aumento dello sconto non può non rilevare anche nel calcolo 'preventivo' delle detrazioni a titolo di liberazione anticipata che il pubblico ministero è chiamato ad effettuare ai fini dell'eventuale sospensione dell'ordine di esecuzione, dopo le modifiche apportate all'art. 656 Cpp dal d.l. 1.7.2013, n. 78 (conv. in l. dalla l. 14.9.2013 n. 93). In questo modo la liberazione anticipata speciale dovrebbe servire pure a ridurre i flussi 'in entrata'⁶.

2. Non è il primo regime transitorio in materia di 'liberazione anticipata': ne era stata previsto un altro quando, con la Legge Gozzini del 1986, la misura dello sconto di cui all'art. 54 fu innalzata dagli originari venti giorni a quarantacinque. In quell'occasione la modifica fu accompagnata infatti da un regime transitorio 'retrospettivo', ossia applicabile a periodi già scontati all'entrata in vigore della novella, secondo cui la maggior detrazione da allora in avanti garantita ai detenuti che partecipassero all'opera rieducativa, veniva riconosciuta *a partire* da una certa soglia temporale *anteriore*⁷.

Gli scopi di quella disciplina temporanea erano però differenti, ed in parte opposti a questa liberazione anticipata speciale. Al tempo, la fissazione di un periodo di applicazione retrospettiva dell'istituto mirava principalmente a contenere l'effetto della novella, che altrimenti – secondo l'opinione allora corrente per cui le norme penitenziarie sono soggette al principio penalistico della *lex mitior* – avrebbe proiettato i propri effetti a ritroso su tutte le esecuzioni in corso. La (limitata) retroattività servì pertanto ad evitare quello che sembrava un 'eccesso di indulgenza', visto l'ingente elevazione dello sconto, più che raddoppiato dalla novella⁸.

Oggi invece, che secondo la giurisprudenza la successione delle norme penitenziarie risponde al medesimo principio che regola gli effetti dell'avvicendamento delle norme processuali (*tempus regit actum*), la 'retroattività' della maggiorazione dello sconto penale è stata prevista al – dichiarato – fine di «aumentare l'impatto deflativo» della novella sulla popolazione carceraria⁹.

⁶ Cfr. P. F. Iovino, *La liberazione anticipata speciale*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, Conti, Marandola, Varraso (a cura di), Padova 2014, 77).

⁷ Si riporta il testo: «la detrazione di pena prevista dall'art. 54 della legge 26 luglio 1975, n. 354, come modificato dall'art. 18 della presente legge, si applica con provvedimento del tribunale di sorveglianza anche ai semestri di pena scontata successivi alla data del 31 agosto 1981 nonché al semestre in corso a quella data, nella misura di 45 giorni, o in quella integrativa di 25 giorni nei casi in cui sono state già concesse le detrazioni di pena secondo le norme preesistenti» (art. 30 l. 10 ottobre 1896, n. 663).

⁸ Certamente la retroattività garantiva alla novella, varata nel segno di una minor carcerizzazione e dell'individualizzazione del trattamento penitenziario, un impatto benefico sulla popolosità delle carceri (cfr. G. La Greca, *Sub art. 30 l. 10.1.1986, n. 633*, in *LP* 1987, 237). Ma l'effetto deflativo, allora, fu secondario e non dipendeva dalla scelta legislativa, che anzi lo 'conteneva'.

⁹ Cfr. Relazione al disegno di legge di conversione (*Atto Camera n. 1921, 7*, in www.camera.it).

3. La logica di fondo dell'istituto appare largamente apprezzabile. In primo luogo esso, inserendosi in un contesto di iniziative strutturali, ne trae legittimazione come scelta di politica criminale: come detto, l'obiettivo finale è quello di decongestionare il più rapidamente possibile una situazione giunta ad intollerabili livelli di affollamento, e propiziare il mantenimento di tassi accettabili almeno per un certo lasso di tempo, quello occorrente affinché le modifiche già accennate siano portate a termine ed inizino a produrre i loro effetti.

Inoltre, e soprattutto, la decarcerizzazione non è perseguita con provvedimenti generali ma attraverso misure applicate e dosate dal giudice, sulla base di valutazioni di meritevolezza, precluse in presenza di elementi che giustifichino un giudizio di attuale pericolosità del detenuto, revocabili in caso di ricaduta nel delitto (art. 54 co. 3 Op) e di inosservanza delle prescrizioni, con divieto, in questi casi, di ulteriori concessioni per un certo tempo (art. 58-*quater* Op).

Nell'opinione pubblica si è subito fatto strada il timore che l'istituto in parola possa trasformarsi in un 'indulto mascherato'. Del resto, simili perplessità accompagnano sin dalle sue origini la liberazione anticipata, della quale si è sempre temuta un'applicazione tanto largheggiante da trasformare l'istituto in una «una sorta di indulto perpetuo parziale» o «una modificazione trasversale», per via penitenziaria, degli alti livelli sanzionatori del codice Rocco¹⁰.

Si tratta di riserve che meritano considerazione, ponendo in giusta evidenza il rischio che la *routine* allontani la liberazione anticipata dalla *ratio* trattamentale¹¹, ma che non sono in grado di porre in crisi la giustificazione della scelta legislativa. Il super-impegno è il costo del tipo di intervento messo in campo: non un provvedimento clemenziale ma una deflazione selettiva e, in qualche modo, 'ragionevole'.

4. La relazione al decreto suggerisce l'idea che l'istituto, oltre che essere un espediente deflativo valga anche a 'compensare' del danno da sovraffollamento¹², ma lo escluderemmo, alla luce di tre rilievi. Anzi-

¹⁰ E. Fassone, *Le misure alternative alla detenzione*, in E. Fassone, T. Basile, G. Tuccillo, *La riforma penitenziaria*, Napoli 1987, 74.

¹¹ Il pericolo di applicazioni indiscriminate è inversamente proporzionale all'impegno valutativo del magistrato, all'offerta rieducativa, all'efficienza del sistema di osservazione, e questa misura rappresenta di certo una sfida per la giurisdizione di sorveglianza che, lontana della tensione del processo penale, risente della *routine*, e forse rischia la burocratizzazione più di altre attività giudiziarie.

¹² Cfr. la relazione al disegno di legge di conversione (*Atto Camera n. 1921, 7*, in www.camera.it) dove si afferma che la previsione rientrerebbe tra quelle misure compensative che la Corte europea esortava a mettere in campo per garantire riparazione alle violazioni dell'art. 3 Cedu, ma non motiva l'assunto, limitandosi a sottolineare la circostanza (poco significativa: cfr. volendo P. Bronzo, *Problemi della «liberazione anticipata speciale»*, cit., 627) che l'inizio dell'effetto retroattivo coincide con la dichiarazione dello stato di emergenza carceraria.

Una liberazione anticipata «compensativa» era stata proposta durante i lavori di conversione del decreto, ipotizzando un art. 54-*bis* («A prescindere dal presupposto di cui al comma 1 dell'articolo 54, per ogni mese di detenzione [...] una detrazione di

tutto, suggerisce il contrario la circostanza che la maggior detrazione viene riconosciuta sia a chi ha patito carcerazioni disumane sia a chi ha scontato la pena in un carcere modello e nelle migliori condizioni possibili. Non basta: se la misura fosse compensativa, il presupposto della partecipazione al trattamento rieducativo suonerebbe incongruo, perché il detenuto che non ha aderito ad alcuna opportunità riabilitativa ha diritto ad una riparazione del maltrattamento quanto il detenuto partecipe. Infine, sarebbe inspiegabile l'inapplicabilità dello sconto alle persone ristrette prima del 1° febbraio 2010, in condizioni analoghe o anche più gravose rispetto a quelle ritenute lesive dell'art. 3 Cedu dalla sentenza 'Sulejmanovic'¹³.

Insomma, siamo di fronte ad un intervento volto a decongestionare gli istituti di pena. Altre funzioni non se ne vedono; ovvio che, consistendo in un potenziamento delle riduzioni connesse alla liberazione anticipata ex art. 54 Op, il maggior sconto contribuisce alla funzione promozionale propria di quest'ultima, ma non diremmo che la previsione abbia scopo trattamentale.

Alla luce di quanto detto, l'istituto (almeno nella versione originaria del decreto, cioè come misura universalmente applicabile) non sembra meritare le critiche che spesso ha raccolto. Viene anzi da chiedersi se il legislatore non abbia perduto una buona occasione per prevedere, magari accanto all'aumento temporaneo e straordinario, un innalzamento – meno marcato ma definitivo – dell'ordinaria decurtazione di cui al citato art. 54 Op. A fronte della diffusa istanza di *riduzione* del carcere come strumento penale, l'aumento (che avrebbe, in quel caso sì, funzione trattamentale) potenzierebbe l'istituto della liberazione anticipata sia nella sua funzione 'incentivante', sia nella sua capacità di deflazione carceraria¹⁴.

giorni cinque, quale compensazione dell'indebita sofferenza subita [...] Ove l'interessato agisca anche per il risarcimento del danno, il giudice competente tiene conto dell'avvenuta concessione della detrazione...»).

Alla fine, ma successivamente al decreto in commento, è stata introdotta con il d.l. 26.6.2014, n. 92, conv. in l. dalla l. 11.8.2014, n. 117, consentendo (art. 35-ter Op) a chi sia stato ristretto in condizioni 'degradanti' di chiedere quale riparazione *in forma specifica*, una riduzione della pena nella misura di un giorno per ogni dieci scontati (con possibilità, qualora questa riparazione sia inattuabile, di liquidare al richiedente una somma di denaro pari ad 8,00 euro per ciascuna giornata di detenzione).

¹³ V. in proposito i rilievi di G. Giostra, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in *QuestG* 2014, f. 5, 14; conforme A. De Rubeis, *Quali rimedi per riparare alla detenzione in condizioni disumane e degradanti? Le indicazioni della giurisprudenza europea ed i più recenti interventi normativi*, in *AP* 2014, fasc. 2, 130.

È interessante notare che per il rimedio risarcitorio di cui al novello art. 35-ter, citato nella nota precedente, non manca una interpretazione secondo la quale esso può essere attivato anche per detenzioni inumane assai risalenti nel tempo, e senza che un limite sia rinvenibile neppure nei termini ordinari di prescrizione del relativo diritto.

¹⁴ Cfr. G. Giostra, *Questione carceraria, insicurezza sociale*, cit., 12. Un simile aumento era stato proposto durante la gestazione della novella del 2002: sessanta giorni a fronte della prova di una «speciale partecipazione» (cfr. F. Della Casa, *La l. 19 dicembre 2002, n. 277 in tema di liberazione anticipata: i tributi alle esigenze di economia processuale e il nonsense dell'affidamento in prova "riducibile"*, in *CP* 2003, 374).

5. Il primo comma prevede una misura maggiorata rispetto a quella ordinaria (da quarantacinque a settantacinque giorni) delle detrazioni di pena che vengano concesse a titolo di liberazione anticipata «per un periodo di due anni dalla entrata in vigore» del decreto.

Il secondo comma prevede ‘retrospettivamente’ uno *sconto integrativo* (di 30 giorni) per ogni semestre successivo al 1° gennaio 2010¹⁵, per il quale sia già stato ottenuto il beneficio ‘ordinario’, così allineando le detrazioni già riconosciute nel triennio 2010-2013 alla misura maggiorata del primo comma.

Quest’ultimo tipo di abbuono, ‘aggiuntivo’, non viene riconosciuto automaticamente ma solo ove il magistrato verifichi che, nel corso dell’esecuzione successiva alla concessione della riduzione ordinaria, il detenuto «abbia continuato a dare prova di partecipazione all’opera di rieducazione». Si tratta di una regola derogatoria rispetto al criterio valutativo *atomistico*, secondo il quale nella liberazione anticipata ordinaria il progresso trattamentale va apprezzato – attraverso l’analisi di comportamenti significativi di quel progredire¹⁶ – in modo ‘semestralizzato’¹⁷. Qui invece la maggior detrazione, per i periodi già valutati *ex art. 54 Op* viene condizionata alla verifica di una *continuativa* partecipazione all’opera rieducativa, dal semestre di riferimento al momento dell’istanza: si richiede cioè che sia riscontrato il progresso *complessivamente* compiuto dal detenuto. La regola è eccentrica rispetto al significato ‘incentivante’ della liberazione anticipata (ordinaria) nell’attuale sistema penitenziario, ma non è ingiustificata: essa trova piuttosto una *propria* giustificazione nell’eccezionale entità della detrazione speciale ‘retrospettiva’ che, accumulandosi, può abbattere la pena anche in modo assai consistente, e facilmente condurre alla scarcerazione¹⁸. Si tratta insomma di una cautela aggiuntiva, posta a tutela della sicurezza collettiva.

La definizione dell’ambito oggettivo non è lineare: non risulta chiaro il regime di applicazione dello sconto ai semestri già espiati anteriormente al decreto, ma per i quali i detenuti non abbiano *ancora* formulato istanza di liberazione anticipata. Non essendo riconducibili alla fattispecie del secondo comma, testualmente riferita a chi ha «già usufruito della liberazione anticipata», sembrerebbe inevitabile applicare il

¹⁵ E per i semestri che sono a cavallo di quella data (comma 3): praticamente, lo sconto integrativo si applica anche per il semestre compreso tra il 1° luglio 2009 e il 1° gennaio 2010.

Nessuno sconto speciale spetta per semestri anteriori al 1° gennaio 2010, anche ove il beneficio venga richiesto successivamente all’entrata in vigore del decreto; fosse così, l’entità dello sconto dipenderebbe, in modo intollerabilmente casuale, dalla data di concessione: cfr. F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146), Officina del diritto, Milano 2014, 69.

¹⁶ L’impegno mostrato dal detenuto nel trarre profitto dalle opportunità offertegli, il mantenimento di buone relazioni con gli altri detenuti e gli operatori (cfr. art. 103 reg. penit.).

¹⁷ Cfr. M.G. Coppetta, *Sub art. 54*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, diretto da Giostra, Grevi, Della Casa, tomo I, Padova 2011, 784 ss.

¹⁸ Per il medesimo motivo, la previsione di un criterio più rigoroso era anche nella ricordata figura transitoria della Legge Gozzini, relativamente al periodo di retroattività di quella novella.

primo comma: tale ultima disposizione andrebbe perciò applicata a tutte le istanze di liberazione anticipata formulate dopo l'emanazione del decreto (o ancora pendenti a quella data), sia che queste attengano a periodi detentivi successivi al decreto, sia che riguardino semestri anteriori¹⁹.

Ma così risulterebbe ingiustificata la disciplina dello sconto per il periodo 2010-2013, che sarebbe incongruamente differenziata – quanto al criterio di meritevolezza – a seconda che in relazione agli stessi sia stata già formulata, oppure no, una richiesta ordinaria: la *ratio* del requisito della partecipazione 'continuativa ed attuale' (per come prima ricostruita) non può che valere rispetto a *tutti* i casi in cui il decreto legge comporti un aumento delle liberazioni, senza che possa aver rilievo il fatto che la detrazione sia o meno 'integrativa' rispetto a quella ordinaria già riconosciuta.

Inoltre, sempre relativamente a quel triennio, chi ha già ottenuto il beneficio ordinario subirebbe un'alea minore, a parità di condizioni, rispetto a chi non lo abbia ancora richiesto: per il detenuto che ormai ha 'acquisito' lo sconto ordinario l'eventuale accertamento di un'interruzione del percorso rieducativo potrà (soltanto) condurre al diniego dello sconto aggiuntivo, mentre il detenuto che non abbia mai richiesto la liberazione anticipata rischia, nella stessa ipotesi, il diniego dell'intera detrazione di settantacinque giorni²⁰.

Il difetto sarebbe stato evitato se il legislatore avesse subordinato al requisito più severo della 'partecipazione continuativa ed attuale' tutte le richieste *de preterito* (e non solo quelle 'integrative'), prevedendo però che, quando per i semestri in discorso non fosse mai stata proposta prima istanza ordinaria, il requisito condizionasse solo lo sconto eccedente i quarantacinque giorni.

Stando al regime che è stato disegnato, una possibile interpretazione è la seguente. L'istanza formulata oggi, ma in relazione a semestri del triennio 2010-2013 (che in effetti non sarebbe riconducibile né al primo né al secondo comma dell'art. in commento) andrebbe considerata come una richiesta 'ordinaria' ex art. 54 Op²¹, da valutare pertanto in modo 'atomistico'. Una volta riconosciuto lo sconto ordinario, il magistrato dovrebbe poi verificare il diritto del detenuto²² all'ulteriore detrazione di trenta giorni, applicando stavolta il criterio ammissivo speciale, ossia appurando se lo stesso, oltre a partecipare all'opera rieducativa nel semestre oggetto dell'istanza, abbia anche *medio tempore* «continuato a dar prova di partecipazione»²³.

¹⁹ Purché, ovviamente, per questi ultimi semestri non sia stato già ottenuto lo sconto 'ordinario', ossia non si tratti di sconto 'aggiuntivo', caso che è infatti regolato dal secondo comma.

²⁰ F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 70.

²¹ La disciplina dell'art. 54 Op rappresenta, in effetti, la normativa applicabile a tutti i casi che non possono essere ricondotti al regime speciale in commento.

²² La cui situazione sarebbe a quel punto sovrapponibile a quella descritta dal comma 2 dell'art. 4.

²³ Sul periodo valutabile v., F. Fiorentin, *Decreto svuotacarceri*, cit., 65; P.F. Iovino, *La liberazione anticipata speciale*, cit., 77.

6. Quanto all'ambito di applicazione, la liberazione anticipata speciale soffre di esclusioni che non sono contemplate per il beneficio ordinario: non si applica ai condannati «ammessi all'affidamento in prova e alla detenzione domiciliare, relativamente ai periodi trascorsi, in tutto o in parte, in esecuzione di tali misure alternative»²⁴.

Né si applica «ai condannati ammessi all'esecuzione della pena presso il domicilio» (art. 1 l. n. 199 del 2010)¹ e a quelli «che si trovino agli arresti domiciliari» durante la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena (art. 656 co. 10 Cpp). Le ultime due eccezioni vanno ben intese: stando alla lettera, negano *tout court* la liberazione anticipata speciale a chi *al momento della richiesta* si trovi in esecuzione domiciliare o agli arresti domiciliari 'esecutivi', non solo in relazione ai periodi così trascorsi, ma anche per quelli espiati in carcere.

Ma siccome non sussiste alcuna valida ragione per riconoscere in ragione di un certo periodo di espiazione carceraria uno sconto ordinario o speciale a seconda che il richiedente si trovi in carcere o no al momento della richiesta, bisogna ritenere che il legislatore abbia in realtà inteso escludere dallo sconto speciale solo *i periodi trascorsi* nelle condizioni accennate, così per quelli espiati in affidamento o detenzione domiciliare, nell'intento di allineare nell'esclusione condizioni (extracarcerarie) tra loro sovrapponibili.

In verità, tutte le eccezioni contemplate dal quinto comma risultano, nel complesso, difficilmente giustificabili rispetto alla regola, perché escludono dalla platea dei beneficiari proprio i condannati che la legge ammette a modalità di espiazione extramurarie in considerazione di un certo progresso riabilitativo e di una non particolare pericolosità sociale: così, queste persone si vedono assoggettate ad un regime meno favorevole rispetto ai detenuti in regime carcerario, e finanche rispetto a chi non è stato ammesso a misure extracarcerarie perché ritenuto non meritevole dal giudice di sorveglianza.

La differenza di trattamento rispetto ai beneficiari non può essere giustificata sulla base della *ratio* deflativa dell'istituto, cioè sostenendo che la giustificazione della liberazione anticipata speciale non ricorrerebbe nelle situazioni in cui la misura non condurrebbe ad alcuno sgravio dell'affollamento carcerario, trattandosi di persone già *extra moenia*.

Per un verso, infatti, non è completamente vero che le esclusioni dal beneficio non influenzino l'impatto del provvedimento sulla tensione carceraria: in ogni caso l'esclusione dallo sconto speciale ritarda la defi-

²⁴ Il riferimento all'affidamento in prova (art. 47 Op) non può non comprendere l'affidamento 'terapeutico' ex art. 94 T.u. stupefacenti; analogamente, il riferimento alla detenzione domiciliare abbraccia quella ordinaria (art. 47-ter) e quella «speciale» (art. 47-quinquies Op).

È appena il caso di notare che affidati e detenuti nel domicilio mantengono il diritto alla liberazione anticipata ordinaria: l'art. 4 del decreto legge è norma speciale rispetto all'art. 54 Op, il quale resta perciò applicabile ad ogni situazione non rientrante nella previsione straordinaria.

nitiva fuoriuscita del condannato dal circuito penale, e ne lascia possibile il reingresso in carcere per i più svariati motivi²⁵.

Per altro verso, la *ratio* deflativa della liberazione anticipata speciale non esime dal rispetto dal canone della ragionevolezza (art. 3 Cost.) che tutte le scelte legislative devono osservare, massimamente quelle incidenti sulla libertà personale dei cittadini: come è stato ben ricordato, C. cost. n. 278 del 2005 ha dichiarato incostituzionale per «l'irrazionalità della disposizione» l'esclusione dei condannati ammessi a misure alternative dall'ambito applicativo del c.d. indultino²⁶.

Nel silenzio della legge, resta incerta la disciplina applicabile ai periodi trascorsi in alcune particolari condizioni esecutive – differenti sia dalla detenzione carceraria sia dalle situazioni espressamente eccettuate – delle quali non è chiara la riconducibilità all'area della regola (applicazione del beneficio) o dell'eccezione: arresti domiciliari *ex art.* 284 Cpp e libertà vigilata a seguito di liberazione condizionale²⁷.

Gli *arresti domiciliari* si direbbero computabili ai fini del maggior sconto: tolte le situazioni esplicitamente esentate (art. 4 commi 1 e 5), la disciplina del decreto legge è riferibile a *tutte* le condizioni valutabili ai fini del beneficio ordinario (art. 54 co. 1 Op) e tra queste figura la custodia cautelare, alla quale gli arresti domiciliari sono *ex lege* equiparati (art. 284 co. 5 Cpp)²⁸.

Lo stesso deve dirsi per la *liberazione condizionale*, altra situazione che è valutabile ai fini della liberazione anticipata ordinaria e che non è espressamente esclusa dal beneficio speciale: estendere l'eccettuazione prevista per i periodi di affidamento in prova costituirebbe analogia *in malam partem*. E così però le due situazioni (quelle dell'affidato in prova e del liberato sotto condizione), obiettivamente analoghe, risultano trattate diversamente²⁹.

7. L'aspetto più discusso dell'ambito applicativo soggettivo dell'istituto riguarda i rapporti col regime di cui all'art. 4-*bis* Op: contrariamente a quanto previsto in precedenti novelle volte allo sfollamento carcerario (il c.d. 'indultino', la legge sulla esecuzione domiciliare) nel testo originario dell'articolo in commento lo sconto maggiorato si applicava a

²⁵ Violazione di prescrizioni, commissione di nuovi reati, cumulo di condanne che conducano al superamento della soglia per la fruizione della misura extramuraria (cfr. F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 67).

²⁶ Art. 1, co. 3, lett. d), l. 1° agosto 2003, n. 207 (cfr. A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014, 118).

²⁷ Quanto alla *semilibertà*, essa è un regime 'detentivo', seppure singolare, e dunque può ritenersi certamente computabile ai fini della liberazione anticipata speciale.

²⁸ Estendere, in via analogica, l'esclusione ai periodi trascorsi in arresti domiciliari (valorizzando l'omogeneità tra questi, arresti domiciliari esecutivi e detenzione domiciliare) presupporrebbe, perché sia ravvisabile una *eadem ratio* che legittimi l'analogia, che il richiedente si trovi in espiazione extracarceraria al momento della domanda; e sarebbe comunque analogia *in malam partem* (pone il problema A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 117).

²⁹ *Contra*, F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 67.

tutti i condannati in espiazione a prescindere dal titolo della detenzione, inclusi quelli assoggettati al regime speciale di trattamento contemplato nel citato art. 4-*bis*³⁰.

Questo iniziale regime di applicabilità generalizzata aveva suscitato da subito serie riserve, basate sul timore che l'applicazione dello sconto maggiorato a quelle categorie di detenuti avrebbe comportato la scarcerazione anticipata di persone gravemente pericolose. Non è apparsa appagante la motivazione rafforzata richiesta al magistrato, che in quei casi sarebbe stato tenuto a verificare che costoro «abbiano dato prova nel periodo di detenzione, di un concreto recupero sociale, desumibile da comportamenti rivelatori del positivo evolversi della personalità». Una regola restrittiva che – sia detto per inciso – sarebbe risultata discriminatoria, in quanto collegata a ‘tipi’ di condannati, ancorché non inopportuna ‘politicamente’, dato il rischio che l'accertamento della partecipazione all'opera rieducativa si riduca nella prassi ad un controllo di ‘regolare condotta’: spesso i detenuti più ‘pericolosi’ tengono condotte carcerarie formalmente irreprensibili³¹.

Sensibile a questo tipo di critiche, il Parlamento ha ridotto l'ambito applicativo della previsione, guastando inutilmente il meccanismo: la modifica ha assecondato paure in larga parte infondate, ha condotto ad una disciplina la cui ragionevolezza è fortemente opinabile, ha depotenziato la portata deflativa dell'intervento.

Anzitutto, non sembra affatto che l'applicabilità generalizzata della liberazione anticipata speciale avrebbe generato un *particolare* pericolo per la sicurezza collettiva: a parte il vaglio rigoroso preteso per questa categoria di detenuti dal quarto comma dell'articolo in commento, occorre considerare che il maggior rateo sarebbe stato concesso a persone già valutate positivamente ai fini della detrazione ordinaria; e poi, ove fossero stati ammessi a fruire dello sconto maggiorato, i detenuti ‘pericolosi’ avrebbero guadagnato *esclusivamente* l'anticipazione al massimo di dieci mesi di un fine-pena che sarebbe stato *comunque* ormai prossimo³².

Quanto all'effetto delle detrazioni sulla soglia di espiazione utile all'accesso alle misure alternative, difficilmente avrebbero potuto beneficiarne soggetti pericolosi, visto che queste misure sono concesse in seguito ad una verifica di non attuale pericolosità, quando non escluse *a priori*, come accade appunto per alcune categorie di detenuti rientranti nel regime dell'art. 4-*bis* Op.

³⁰ Una presunzione di inopportunità di misure alternative, fondata sulla natura del reato oggetto della condanna, alla quale da sempre viene rimproverato di trascurare l'individualizzazione del trattamento e legittimare sperequazioni (C. Cesari, G. Giostra, sub art. 4-bis, in *Ordinamento penitenziario*, cit., 53 ss).

³¹ Peraltro – come è stato acutamente notato – la regola è mutuata da ciò che l'art. 47 co. 12-*bis* Op detta per le detrazioni relative ai periodi di affidamento: mentre però in quel caso il criterio serve ad adattare la valutazione di meritevolezza alla condizione di chi è già in libertà, qui avrebbe comportato valutazioni molto problematiche, in riferimento a detenuti esclusi da qualsiasi ‘offerta’ trattamentale extracarceraria (cfr. A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 120).

³² Cfr. G. Giostra, *Questione carceraria*, cit., 12.

In secondo luogo, l'esclusione dei detenuti soggetti al regime dell'art. 4-bis Op, ha condotto ad una disciplina criticabile: il contemperamento dell'effetto deflativo con la tutela della sicurezza collettiva viene imperniato, anziché sulle valutazioni del magistrato di sorveglianza (come nella versione originaria dell'art. 4), su di una presunzione normativa. La scelta è in controtendenza rispetto alla più moderna concezione dell'esecuzione penale, in cui è ormai chiara la necessità di superare le modulazioni del regime detentivo normativamente 'fissate', che escludono l'apprezzamento giurisdizionale; e rappresenta un regresso anche rispetto alle recenti novelle che hanno eliminato vari legalismi nell'esecuzione penale³³.

Questo tipo di soluzione poggia su una presunzione di maggior pericolosità (e più difficile recuperabilità) dei condannati per *quei* delitti rispetto alla generalità della popolazione carceraria. Presunzione che può accettarsi solo con molte riserve e che, estesa negli anni a reati vari e diversi rispetto al nucleo originario, si fa sempre meno giustificabile dal punto di vista empirico-criminologico.

Inoltre nella sua rigidità, la disciplina della liberazione anticipata speciale risultante dalla conversione in legge presenta una dubbia compatibilità coi principi costituzionali. È stato affermato che, siccome la liberazione anticipata ordinaria è applicabile a tutti i condannati, anche a quelli soggetti all'art. 4-bis, la preclusione introdotta per la liberazione anticipata speciale determinerebbe, di per sé, una disparità ingiustificata di trattamento tra i detenuti 'presuntivamente pericolosi' e tutti gli altri. Ciò in quanto il medesimo beneficio verrebbe applicato, al ricorrere della *medesima* condizione – ossia la partecipazione all'opera rieducativa per un certo semestre di detenzione – in una misura differente «unicamente sulla base di un elemento del tutto estraneo alla fattispecie normativa e alla sua *ratio*»³⁴.

In realtà, la liberazione anticipata ordinaria e quella speciale condividono i presupposti di fatto, ma non la *ratio*: mentre l'abbuono di pena *ex art. 54 Op* ha una giustificazione trattamentale, l'elevazione di quello sconto trova la sua ragione normativa quale mezzo di *deflazione carceraria*, come è ben dimostrato dal suo carattere temporaneo, che risulterebbe ingiustificabile in una prospettiva rieducativa.

³³ Solo qualche mese fa, il d.l. n. 94 del 2013 aveva segnato «la – parziale – sconfessione delle politiche penitenziarie compendiate nella l. 5 dicembre 2005 n. 251» (c.d. legge *ex Cirielli*) (C. Fiorio, *Strasburgo chiama, Roma non risponde*, DPP 2013, 1137).

³⁴ F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 74; conforme, A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 121. Ipotizza un contrasto dell'esclusione col finalismo rieducativo di cui all'art. 27 co. 3 Cost. anche G. Giostra, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è*, in www.penalecontemporaneo.it, 8.9.2014, in quanto si «esclude dalla premialità rieducativa alcuni condannati non in base al merito, ma alla tipologia del reato commesso» senza che tale scelta possa essere giustificata in considerazione della gravità dei reati preclusivi, data l'eterogeneità e l'irrazionalità del catalogo, che ormai comprende reati di assai modesta rilevanza e non ne annovera altri ben più gravi.

Perciò può non essere irragionevole che ai detenuti di cui all'art. 4-*bis* Op, ai quali è concesso lo sconto ordinario, sia invece negato quello speciale. È vero che la liberazione anticipata ordinaria è l'unica misura che svolge la sua funzione 'incentivante' rispetto a tutti i detenuti, senza preclusioni legate al titolo della condanna o a condizioni personali, sulla sola base della progressione trattamentale. Ed è vero che il legislatore, ritenendo inopportuna una rinuncia aprioristica a questo strumento rieducativo, la eliminò quasi subito dalle misure precluse *ex art. 4-bis*³⁵ Op, e subito dopo la Corte costituzionale notò come quel regime avrebbe contrastato con il finalismo rieducativo della pena se non avesse consentito *almeno* questa opportunità trattamentale³⁶.

Ma, dato che oggi qualsiasi detenuto che mostri di partecipare al trattamento rieducativo, incluso il condannato per reati 'di 4-*bis*', ha diritto a beneficiare dello sconto ordinario, non sembra in sé precluso al legislatore di effettuare una scelta diversa in relazione alla liberazione anticipata speciale che è un istituto straordinario e temporaneo, introdotto per sfollare le carceri. La distribuzione del maggior sconto può pertanto tollerare la previsione di criteri selettivi a tutela della sicurezza collettiva, anche particolarmente stringenti purché, è ovvio, ragionevoli.

Ciò che piuttosto può risultare poco giustificato, finanche costituzionalmente, nella disciplina definitiva dell'istituto nella legge di conversione, è il fatto che le esigenze di tutela della sicurezza collettiva siano perseguite attraverso un'esclusione assoluta e incondizionata, che accomuna *tutti* i delitti elencati nell'art. 4-*bis* Op senza alcuna gradazione né possibilità di apprezzamento giudiziale. Così, mentre persino l'art. 4-*bis* Op oggi *modula* le preclusioni per i detenuti pericolosi, concedendo al magistrato di sorveglianza vari spazi valutativi, a seconda di diverse 'fasce di gravità', in tema di liberazione anticipata speciale vige un trattamento *incongruamente uniforme* all'interno delle varie categorie di detenuti assoggettati a quel regime.

Infine, dicevamo che la scelta definitiva del Parlamento ha molto ridotto la sfera di applicabilità dell'istituto, incidendo marcatamente sulla sua capacità di assicurare l'auspicato temporaneo aumento dei tassi di scarcerazione; tanto che se attualmente i livelli di affollamento carcerario risultano compatibili con gli *standards* europei, ciò si deve, più che all'aumento delle detrazioni di pena, alla massiccia redistribuzione dei detenuti nei diversi istituti del territorio nazionale.

Ciò in quanto, nell'attuale sistema esecutivo, in cui le misure extramurarie trovano impiego sempre più largo, i detenuti che trascorrono *intra moenia* anche l'ultimo periodo della pena – quello sul quale incide la liberazione anticipata – sono per grande parte detenuti che sono esclusi, o di fatto esclusi, da qualsiasi percorso alternativo al carcere, proprio perché assoggettati al regime dell'art. 4-*bis* Op.

³⁵ D.l. 8.6.1992, n. 306 (conv. in l. dalla l. 7.8.1992, n. 356).

³⁶ C. cost. 8.7.1993, n. 306, in *GP* 1994, I, 168.

8. Peraltro, le preoccupazioni securitarie che hanno condotto all'esclusione dal *bonus* dei detenuti 'di 4-bis', hanno ottenuto un risultato (nella prospettiva che le animava) meno rimarcevole di quanto possa apparire, poiché l'esclusione non impedisce *in assoluto* che questi detenuti fruiscano del maggior sconto, così avvicinandosi alla scarcerazione.

Ed infatti, nel caso di soggetti condannati a pene cumulate, alcune soltanto per reati ostativi, la giurisprudenza ha – condivisibilmente – ritenuto che anche ai fini della liberazione anticipata speciale i cumuli penali debbano potersi sciogliere virtualmente, quando ciò consenta di applicare un beneficio che risulterebbe altrimenti precluso³⁷.

La giurisprudenza del resto è ormai compatta nell'affermare la scindibilità del cumulo ai fini dell'applicazione di misure alternative alla detenzione³⁸. Circola una soluzione opposta per istituti di decarcerazione in qualche misura affini alla liberazione anticipata speciale, ossia indultino e esecuzione domiciliare della pena; ma interpretare il riferimento ai «condannati per taluno dei delitti di cui all'art. 4-bis» nell'articolo in commento come rivolto ad un 'tipo delinquenziale', ritenendo inscindibile il cumulo³⁹, significa assegnare alla condanna per reato ostativo – irragionevolmente – «una sorta di efficacia impeditiva permanente agli effetti dei benefici penitenziari» anche relativamente a condanne riportate per reati comuni⁴⁰.

³⁷ Cass. 22.12.2014, n. 53781, *inedita*, secondo cui: «è legittimo nel corso dell'esecuzione lo scioglimento del cumulo, quando occorre procedere al giudizio sull'ammissibilità della domanda di concessione della liberazione anticipata speciale, ostacolata dalla circostanza che nel cumulo è compreso un titolo di reato rientrante nel novero di quelli elencati nell'art. 4-bis [...] sempre che il condannato abbia espia la parte di pena relativa al delitto ostativo». In sede di merito la soluzione era stata già accolta da Mag. Sorv. Vercelli, 27.5.2014, in www.archiviopenale.it, con nota di L. Cercola, *La liberazione anticipata speciale e "scioglimento del cumulo"*. Favorevoli in dottrina: A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., 121; G. Giostra, *Questione carceraria*, cit., 15.

³⁸ A questa impostazione si è pervenuti dopo il chiarimento di Corte cost., n. 361/1994, in *GP*, 1994, I, 321, ribadito da Cass., S.U., 30.6.1999, Ronga, in *GP* 1999, II, 164. Secondo la Corte costituzionale l'art. 4-bis Op va letto nel senso che le misure alternative sono concedibili anche in caso di cumulo di pene inflitte per reati diversi, uno dei quali "ostativo", se la pena relativa a quest'ultimo sia già stata espia. L'opposta interpretazione comporterebbe un'irragionevole discriminazione tra situazioni assimilabili, diversificando il regime di applicazione delle misure alternative in relazione al dato contingente dell'esistenza di un rapporto esecutivo in atto, a sua volta dipendente da circostanze casuali.

Cass., 26.3.1999, Parisi, in *RP* 1999, 669, ha ulteriormente notato che l'ostacolo all'applicazione del beneficio dipenderebbe dall'esistenza di un rapporto esecutivo unico (in luogo di più rapporti scaturenti dall'esecuzione delle singole condanne), mentre una pur minima soluzione di continuità tra le esecuzioni, possibile per le cause più svariate e contingenti (come il mero ritardo esecutivo), consentirebbe, una volta espia il titolo ostativo, la successiva fruizione del beneficio per le altre condanne. Con l'ulteriore incongruenza che, nel caso di cumulo giuridico, un istituto nato a temperare l'asprezza del cumulo materiale si tradurrebbe in danno per l'interessato.

³⁹ A parte l'opinabilità delle presunzioni penitenziarie e alla dubbia coerenza interna del regime dell'art. 4-bis Op (v. *infra*, par. 7).

⁴⁰ Cass., 26.3.1999, n. 2529, *cit.* Peraltro, la quota di pena ostativa può anche essere una minima parte della pena accumulata. In argomento, cfr. F. Fiorentin, *Decreto svuota carceri*, cit., 74, che propende per la tesi della inscindibilità del cumulo.

E che si tratti di misure rieducative o benefici 'in senso stretto' rivela poco, perché la soluzione della inscindibilità del cumulo stride, prima ancora che con il finalismo rieducativo della pena preteso dall'art. 27 Cost., col canone di eguaglianza e ragionevolezza sancito dall'art. 3 Cost.

Così oggi il magistrato di sorveglianza, tenuto a riconoscere lo sconto ordinario per i semestri espriati per il reato ostativo e quello maggiorato per i semestri riferibili al reato comune, dovrà affrontare tutte le questioni operative che lo scioglimento pone, a partire dai problemi di 'imputazione' della pena. Soccorre a questi fini l'assunto secondo cui in caso di cumulo di titoli esecutivi si inizia a scontare la pena più afflittiva, per poi proseguire con quelle più miti: l'idea alla base è quella di un trattamento penitenziario graduato in senso decrescente, che favorisca la progressiva apertura del detenuto verso l'esterno, e – come è stato notato – trova un riscontro normativo nell'art. 74 co. 2 Cp, ove è previsto che in caso di cumulo di sanzioni detentive, la più lieve pena dell'arresto deve eseguirsi per ultima⁴¹.

9. Dal ripensamento legislativo sull'applicabilità dell'istituto ai detenuti 'di 4-bis' derivano alcuni problemi di diritto transitorio, in particolare per le detrazioni relative a semestri di pena già espriati (a partire dal 1° gennaio 2010) *alla data di entrata in vigore del decreto legge*.

Sono ipotizzabili tre diverse situazioni. La prima: è possibile che detenuti per reati 'di 4-bis' abbiano presentato, nelle more della conversione del decreto, istanza di liberazione anticipata speciale, in riferimento a semestri successivi al 1° gennaio 2010 (art. 4 co. 2) o in corso di espiazione a quella data (co. 3). Alcune di queste potrebbero essere state già delibate prima della conversione in legge, e in tale ultimo caso l'accoglimento potrebbe avere aperto al detenuto le porte del carcere, definitivamente⁴².

La seconda situazione è quella delle istanze che, giunte sul tavolo del magistrato di sorveglianza, potrebbero non esser state ancora valutate al momento della conversione del decreto legge, in ragione dello scarto temporale tra richiesta ed ordinanza.

La terza situazione è quella dei detenuti assoggettati al regime di cui all'art. 4-bis Op che vantano, per i semestri considerati dal decreto, una fattiva partecipazione all'opera rieducativa, ma che non hanno provveduto a richiedere per quei periodi alcun riconoscimento di sconto nel lasso di tempo in cui l'art. 4 è stato vigente nella sua formulazione originaria (l'istanza è del resto proponibile senza termini particolari), ma che nutrono la ragionevole aspettativa di aver guadagnato, per quei semestri, un'anticipazione del 'fine pena' nella misura maggiorata prevista dal decreto legge.

⁴¹ Cfr. L. Cercola, *La liberazione anticipata speciale*, cit., 6.

⁴² Questa situazione è meno infrequente di quanto si possa pensare, perché gli uffici di sorveglianza, già subito dopo l'emanazione del decreto legge, oberati dalla gran mole di istanze si sono comprensibilmente orientati a dare priorità di trattazione proprio a quelle proposte da reclusi prossimi al fine-pena (c.d. *liberandi*), dal cui accoglimento sarebbe derivata una scarcerazione

La prevalente giurisprudenza di merito, e la giurisprudenza di legittimità nell'unica pronuncia che ha affrontato il problema, hanno ritenuto che l'emendamento apportato alla versione governativa dell'art. 4-bis Op, fosse di tipo soppressivo e come tale retroattivo, valendo quanto una mancata conversione del decreto *in parte qua*⁴³. Abbiamo dunque due discipline – del decreto legge e della legge di conversione – che si pongono in termini non di successione nel tempo ma di «alternatività sincronica»⁴⁴: la disciplina prodotta dalla conversione, nella parte in cui esclude dal beneficio i detenuti assoggettati al regime dell'art. 4-bis Op, si sostituisce *ex tunc* a quella del decreto, che invece ricomprendeva quei detenuti nell'ambito operativo dello stesso⁴⁵.

Su queste basi, gli esiti delle tre differenti situazioni ora considerate appaiono vistosamente sperequati, e la nuova disciplina risulta applicata in modo largamente *casuale*.

Questo lo scenario: i detenuti che versano nella prima situazione (*istanze già accolte al momento della conversione in legge*) hanno ottenuto uno sconto maggiorato del quale beneficeranno nonostante il ripensamento legislativo⁴⁶.

I detenuti che si trovano nella seconda situazione (*istanze pendenti*), dovrebbero vedersi rigettata la richiesta, pure in presenza di un comportamento meritevole. Non trattandosi di un fenomeno successorio, non rileva la questione se sia applicabile, in forza del principio *tempus regit actum*, la norma vigente alla presentazione dell'istanza o quella vigente al momento del provvedimento⁴⁷.

⁴³ Tribunale Sorv. Milano, ud. 30.6.2014, est. Panasiti, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17.7.2014, e Trib. sorveglianza Torino, ord. 17.6.2014, est. Vignera, *ivi*, 16.9.2014; Mag. sorv. Vercelli, 19.6.2014, est. Fiorentin, in *www.penalecontemporaneo.it*, 17.7.2014, annotata da E. Montani, *Ancora sull'applicabilità della liberazione anticipata speciale ai condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis o.p.*

⁴⁴ Cfr. Corte cost. 22.2.1985, n. 51 (in *RIDPP* 1985, 819, con nota di T. Padovani, *Decreto legge non convertito e norme penali di favore, in bilico tra opposte esigenze costituzionali*): è la situazione che caratterizza la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma e, appunto, la mancata conversione di un decreto legge.

⁴⁵ «I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti» (art. 77 comma terzo Cost.) e l'emendamento apportato in sede di conversione all'art. 4 ha un effetto parzialmente soppressivo, equivalendo ad una mancata conversione *in parte qua* (cfr. M. Gambardella, *Retroattività della legge penale favorevole e bilanciamento degli interessi costituzionali*, in *GCoS* 2008, 241).

⁴⁶ Anche ove volesse affermarsi una 'sopravvenuta illegittimità', si tratta di atti impugnabili entro termini assai ridotti, che rilevarebbe in caso di pendenza di un gravame proposto dal detenuto avverso un'ordinanza di rigetto (al più, potrebbe giustificare, un'impugnativa del pubblico ministero, ove ancora possibile, contro il provvedimento concessorio). In realtà, la dottrina ha da tempo chiarito che, nonostante l'art. 77 co. 3 Cost., esistono effetti irreversibili delle disposizioni di un decreto legge non convertito (M. Ainis, *Le parole e il tempo della legge*, Torino 1996, 181; F. F. Sorrentino, *«Il decreto-legge non convertito»*, in *Politica del diritto*, 1995, n. 3, 15).

⁴⁷ Il dubbio andrebbe sciolto nel primo senso, perché nel secondo si accollerebbe all'istante il rischio di un mutamento normativo nelle more di un *iter* procedimentale che è fuori dalle proprie possibilità di controllo. Del resto, il canone *tempus regit actum* esige «che tutti gli effetti compresi quelli futuri, rimangano sempre assoggettati alla disciplina vigente al momento della perfezione dell'atto» (O. Mazza, *La norma proces-*

La giurisprudenza di merito si è prevalentemente orientata nel senso di dichiarare inammissibili le richieste delibate successivamente alla conversione in legge, facendo così dipendere la sorte delle istanze dei tempi di risposta, collegate ai più svariati accidenti, tutti estranei al richiedente: sovraccarico dell'ufficio giudiziario, deficienze burocratiche, particolare complessità dell'istruttoria⁴⁸.

Qui non vale invocare l'insegnamento secondo cui le diversità di trattamento "nel tempo" (conseguenti cioè ad un mutamento del regime giuridico) sono un effetto connaturato alla successione delle leggi, in relazione al quale non è configurabile lesione del principio di eguaglianza⁴⁹: quest'assunto riguarda ipotesi in cui da due 'fatti' uguali, *diversamente collocati nel tempo*, derivino effetti giuridici diversi, mentre nel nostro caso i fatti da cui si farebbero derivare conseguenze differenti (i semestri di provata partecipazione all'opera rieducativa) sono coevi.

Quanto ai detenuti che si trovano nella terza situazione (*istanze non ancora presentate*), essi con l'emanazione della legge di conversione perdono irrimediabilmente la possibilità di fruire dell'anticipazione del fine pena, a seguito di situazioni, anche qui, casuali: il temporeggiamento nella presentazione della richiesta, magari dovuto al consistente residuo di pena da scontare.

Il legislatore, come accade spesso, non ha ritenuto necessaria una regolamentazione transitoria, che invece sarebbe stata assai opportuna, per rimediare alle conseguenze negative del 'ripensamento' legislativo. Finanche in caso di mancata conversione (integrale) del provvedimento governativo l'art. 77 co. 3 Cost. prevede che si possano «regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base» del decreto: qui le Camere avrebbero potuto – *a fortiori* – accompagnare la modifica all'art. 4 con una regolamentazione espressa degli effetti della precedente previsione di generale applicabilità. E visto che, come era presumibile, al momento dell'emanazione della legge molti provvedimenti di liberazione anticipata speciale emessi nelle more della conversione erano già diventati definitivi (e dunque immodificabili), l'unica disciplina in grado di neutralizzare l'effetto sperequativo sarebbe stata quella che avesse tenuta ferma la fruibilità per tutti i detenuti in relazione a semestri già espiati prima della conversione in legge del decreto.

Mancando una tale disciplina, occorre analizzare la vicenda normativa in base ai principi del sistema. Preliminarmente, si può riflettere sulla portata delle modifiche apportate dalla legge di conversione, e segnatamente sul rapporto tra la disciplina iniziale e quella definitiva: il passaggio dall'uno all'altro testo è dovuto ad un emendamento che ha aggiunto un inciso nel primo comma e ha soppresso il quarto. La giurisprudenza ha sempre considerato retroattivi gli emendamenti soppressivi, ma in dottrina non manca una ricostruzione differente: siccome gli

suale nel tempo, Milano 1999, 172) ed ogni atto-istanza della parte ha come primo ed essenziale 'effetto' il sorgere di un dovere di risposta in capo al giudice.

⁴⁸ Cfr. i provvedimenti citati nella nota 43.

⁴⁹ Cfr., proprio in materia penitenziaria: C. cost. 25.7.2001, n. 308, in *GCos* 2001, 4.

emendamenti non sono esercizio del potere di convalida dell'attività dell'esecutivo ma espressione della funzione legislativa parlamentare, è naturale che prendano vigore insieme alla legge di conversione, «a meno che lo stesso legislatore attribuisca loro, *espressamente o implicitamente*, carattere retroattivo». È perciò l'interprete a stabilire se un dato emendamento debba retroagire fino al momento del decreto legge: ove emerga una tale volontà legislativa, lo stesso va considerato retroattivo (pur senza ricorrere all'idea del diniego parziale di conversione)⁵⁰. In questa prospettiva occorre dunque verificare se nel nostro caso il Parlamento quando ha ritoccato la disciplina dello sconto speciale ha inteso cancellare *ab initio* qualsiasi fruibilità da parte dei detenuti 'presuntivamente pericolosi' o abbia voluto invece sterilizzare l'aumento degli abbuoni di pena per quelle tipologie soggettive, ma solo a partire dal momento dell'entrata in vigore della legge e facendo salva in qualche misura l'eventuale applicazione dell'originaria disciplina del decreto.

E tuttavia, pur ritenendo che la volontà legislativa fosse quella di restringere solo *pro futuro* l'area applicativa soggettiva del beneficio, non tutte le situazioni problematiche accennate sarebbero risolte secondo equità e uguaglianza di trattamento.

Sulla base di tale ricostruzione, infatti, nella prima delle situazioni prese in esame i benefici già concessi – anche ove il relativo provvedimento non fosse ancora definitivo – sarebbero pienamente legittimi e incensurabili, nonostante la marcia indietro legislativa. Così pure, nella seconda situazione, le istanze presentate dai detenuti *ex art. 4-bis* Op nelle more della conversione in legge sarebbero certamente tutte ammissibili. Ma resterebbero trattati in modo sperequato i detenuti che, pur avendo acquisito i requisiti di meritevolezza in relazione ad uno o più semestri ricompresi nel periodo che va dal 1° gennaio 2010 alla data della legge di conversione, abbiano temporeggiato nella presentazione di un'istanza che, come si è ricordato, non è soggetta ad alcun termine decadenziale.

In dottrina è stata proposta un'interpretazione del tutto difforme da quella corrente, incentrata sulla portata (e non già sugli effetti) del ripensamento normativo: la legge di conversione avrebbe eliminato la categoria dei detenuti in discorso dalla platea dei possibili fruitori dello sconto speciale solo per il biennio futuro (co. 1), lasciando inalterata l'applicabilità generalizzata dell'istituto speciale per i detenuti che al momento del decreto legge avessero già avuto il riconoscimento dello sconto ordinario (co. 2). La conclusione si basa sul fatto che mentre al primo comma si è premesso l'inciso «ad esclusione dei condannati per taluno dei delitti previsti dall'art. 4-*bis*», manca una interpolazione analoga nel secondo comma⁵¹. Peraltro, per una singolare eterogenesi dei fini, l'emendamento parlamentare, se ha cancellato per i detenuti 'pre-

⁵⁰ F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Padova 2009, 219, dal quale è tratta la citazione nel testo.

⁵¹ G. Giostra, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 8.9.2014, 4, che nota quanto conti poco la fedeltà di questo risultato normativo alla volontà del legislatore storico (i 'moventi', che pure l'autore ipotizza), ma piuttosto la corrispondenza alla volontà della legge.

suntivamente pericolosi' il beneficio per i semestri futuri, ha alleviato il vaglio di meritevolezza della misura per i vecchi semestri, cancellando il comma 4 che esigeva per quelle categorie la 'prova del concreto recupero sociale'⁵².

Certo, occorrerebbe interpretare giudiziosamente l'intera disciplina, che altrimenti risulterebbe incomprensibile: il comma 2 si riferisce solo ai condannati «che abbiano già usufruito» dello sconto ordinario, perciò resterebbe fuori l'ipotesi in cui, per quei periodi, non sia stata già presentata alcuna istanza di liberazione anticipata; in questo caso, l'istanza di liberazione anticipata si deve considerare formulata ai sensi degli artt. 54 Op e 4 d.l. 146/2013; il magistrato dovrebbe valutarla prima con riferimento ai requisiti di meritevolezza ordinari (in modo 'semestralizzato'), per lo sconto di 45 giorni; in caso positivo, riconoscere poi il *bonus* aggiuntivo, ove risulti la 'continuativa partecipazione' successivamente al semestre di riferimento⁵³.

Questa lettura della vicenda normativa – secondo cui l'esclusione dei detenuti 'pericolosi' sarebbe limitata alla sola applicazione *pro futuro* della misura, restando essa consentita *de praeterito*⁵⁴, ai sensi del comma 2 – risolverebbe effettivamente il problema transitorio in tutte le situazioni accennate⁵⁵. Essa tuttavia non è stata seguita sino ad ora dalla giurisprudenza, che ha riferito l'esclusione dei detenuti 'pericolosi' all'intera disciplina della liberazione anticipata speciale, facendo prevalere l'*intentio legislatoris*, ricostruita sulla scorta dei lavori preparatori, sulla *voluntas legis*.

Eppure, una giurisprudenza che non volesse rassegnarsi alla causalità degli esiti prima descritti, potrebbe comunque farsi carico del problema (se non attraverso la descritta *interpretazione* della vicenda normativa, ove ritenuta impraticabile) in sede di *applicazione* della disciplina in questione.

Prendendo spunto da una soluzione già proposta nella dottrina penalistica per risolvere il problema della norma penale di favore che venga dichiarata incostituzionale, si può ritenere che anche ove una norma venga cancellata *ex tunc* dall'ordinamento – per una dichiarazione di incostituzionalità o perché contenuta in un decreto legge non convertito almeno in *parte qua* – di essa il giudice possa e debba fare una qualche applicazione quando ciò serva a tutelare valori costituzionali di rango primario⁵⁶. Insomma, la regola della decadenza *ex tunc* non si sot-

⁵² G. Giostra, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è*, cit., 1, nt. 3.

⁵³ Quel detenuto avrà « già usufruito della liberazione anticipata », come vuole il comma 2 (v. quanto osservato nel § 4).

⁵⁴ Ossia per quelli espiaati a partire dal 1° gennaio 2010 e fino all'entrata in vigore della legge di conversione

⁵⁵ Compresa l'ipotesi delle istanze di liberazione anticipata speciale 'integrativa' che, all'entrata in vigore della legge di conversione, non siano state ancora formulate.

⁵⁶ Cfr. M. Gambardella, *La nuova ipotesi criminosa del fatto di lieve entità*, cit., 12, il quale distingue «il piano del controllo di legittimità costituzionale, al quale tutte le norme giuridiche primarie devono sottostare, senza limitazioni» dal «piano degli effetti che conseguono dalla eventuale pronuncia di illegittimità» di una norma penale di favore, affermando che il giudice deve dare applicazione a questa norma – *come se*

trae alle tecniche di bilanciamento fra i valori costituzionali; anzi, in quanto regola attinente ai principi della forma di governo non potrebbe mai comportare il sacrificio dei diritti fondamentali della persona; dunque essa può cedere rispetto alla «tutela di un diverso e prevalente valore costituzionale ovvero con un principio dotato di fondamento costituzionale implicito o esplicito (l'irretroattività della legge penale, il diritto alla retribuzione per il lavoro prestato, la certezza del diritto, la tutela dell'affidamento, la sovranità popolare)»⁵⁷.

Non a caso la Corte costituzionale, nella pronuncia con la quale dichiarò illegittimo l'art. 2 u.c. c.p. (sent. 51/1985), osservò che l'art. 77 co. 3 Cost. disponendo che i decreti legge non convertiti «perdono efficacia sin dall'inizio» preclude l'applicazione della norma penale favorevole contenuta in un decreto non convertito ai fatti 'pregressi' (ossia alle condotte poste in essere prima del decreto), ma non può impedire l'applicazione giudiziale di tale norma ai fatti 'concomitanti', commessi cioè nelle more tra il decreto e la legge di conversione, ostandovi il principio di irretroattività *ex art. 25 co. 2 Cost.*

Ora, applichiamo il ragionamento alla nostra fattispecie: anche ammesso che la legge di conversione escluda i detenuti "di 4-bis" da ogni forma di liberazione anticipata speciale, e che dunque la previsione di generale applicabilità dell'istituto sia stata *tout court* ridimensionata, l'effetto retroattivo dell'emendamento⁵⁸ deve trovare un limite, in sede di applicazione giudiziale, nel rispetto delle garanzie connesse al principio costituzionale di irretroattività di cui all'art. 25 co. 2 Cost., trattandosi di norma 'penale', che incide sul *quantum* di pena da espiare.

Perciò, la norma che prevedeva l'applicabilità a *tutti* i detenuti meritevoli, nonostante sia stata cancellata dalla legge di conversione, andrebbe applicata dal giudice ai 'fatti concomitanti', qui costituiti dalle situazioni soggettive maturate nel tempo compreso tra l'entrata in vigore del decreto e la sua conversione in legge. Cioè, a tutti i detenuti che in quel periodo abbiano acquisito il diritto allo sconto speciale, avendo tenuto una condotta partecipativa all'opera di rieducazione durante i semestri di detenzione ai quali la previsione era allora applicabile, quelli compresi tra il 1° gennaio 2010 e il 22 febbraio 2014 (giorno successivo alla pubblicazione della legge).

La disciplina risultante dalla conversione, che esclude i suddetti detenuti, andrebbe invece applicata solo alle situazioni soggettive maturate dopo l'entrata in vigore della legge, ossia alle detrazioni che si riferiscono a semestri compresi tra quel momento e il 23 dicembre 2015, termine finale di efficacia della disciplina temporanea.

non fosse stata annullata *ex tunc* – ai fatti commessi sotto la sua vigenza quando ciò serva ad assicurare il rispetto delle garanzie desumibili dai principi di diritto penale costituzionale; in argomento, cfr. lo stesso A., *Lex mitior e giustizia penale*, Torino 2013, 111 ss.

⁵⁷ P. Siviero, *I problemi derivanti dalla mancata conversione dei decreti-legge*, *Il Parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati*, Roma 1998, 238.

⁵⁸ La mancata conversione del decreto in *parte qua* equivale all'introduzione di una norma sfavorevole.

In questo modo il trattamento delle fattispecie prima considerate assumerebbe la necessaria ragionevolezza. Nella prima situazione (*istanze già accolte*), i provvedimenti che hanno riconosciuto la detrazione di settantacinque giorni resterebbero in ogni caso validi ed efficaci. Nella seconda situazione (*istanze pendenti all'entrata in vigore della legge di conversione*), il magistrato di sorveglianza, quali che siano i tempi di risposta, dovrebbe in ogni caso commisurare lo sconto con riferimento alla disciplina originaria del decreto legge. Anche nella terza situazione (*istanze non ancora presentate*) varrebbe lo stesso: le istanze relative ai semestri pregressi – successivi al 1° gennaio 2010 e già decorsi prima della pubblicazione della legge – andrebbero sempre deliberate alla stregua della disciplina del decreto, senza che rilevi il momento della presentazione (non vincolata, s'è detto, a termini decadenziali). La disciplina della legge di conversione, nella parte in cui esclude dalla maggiorazione i detenuti assoggettati al regime del 4-*bis* Op sarebbe applicabile unicamente ai semestri successivi all'entrata in vigore della legge stessa.

Viene in gioco la questione dell'assimilabilità delle norme penitenziarie a quelle penali, ai fini dell'applicazione degli artt. 2 Cp e 25 co. 2 Cost. Come è noto, mentre la giurisprudenza ritiene che si tratti di norme processuali (*tempus regit actum*⁵⁹) molti studiosi sostengono l'orientamento opposto, notando come l'esecuzione riguardi la pena, seppure in una dimensione "dinamica"⁶⁰. La Corte costituzionale ha sempre evitato di prendere posizione, ma ha *indirettamente* riconosciuto l'irretroattività di alcune novelle – solo quelle 'peggiorative', e solo se riguardanti misure 'trattamentali' – traendo dal finalismo rieducativo dell'art. 27 Cost. una sorta di divieto di provocare, attraverso modifiche legislative, il «regresso ingiustificato nel trattamento concretamente praticabile per il condannato meritevole»⁶¹.

Benché al rifiuto di riconoscere a *qualsiasi* norma sull'esecuzione la natura di norma 'penale' sembrano sottese valutazioni di ordine politico-criminale più che di tipo tecnico-giuridico, nuoce alla soluzione del problema la difficile distinzione, nell'ambito delle norme penitenziarie, tra quelle a cui può riconoscersi valore 'sostanziale' e tutte le altre⁶².

⁵⁹ Cass., S.U., 30.5.2006, n. 24561, Aloï, in *CP* 2006, 3963.

⁶⁰ Cfr. per alcuni cenni e rinvii bibliografici, P. Bronzo, *I problemi della 'liberazione anticipata speciale'*, cit., 641.

⁶¹ Le novelle restrittive non possono pertanto applicarsi, secondo quest'insegnamento, ai condannati che abbiano già raggiunto un grado di rieducazione adeguato alle misure: qui l'applicazione immediata dello *ius superveniens* costituirebbe, al pari di una revoca *sine culpa*, una interruzione immotivata del percorso rieducativo che, invece, si fonda su un principio di progressività, nel quale ogni premio riconosciuto ha una 'funzione pedagogico propulsiva', ossia è funzionale all'ulteriore progresso verso l'emenda.

⁶² Interessante è in proposito la recente decisione C. eur. GC 21.10.2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09, che ha riscontrato in un mutamento (interpretativo) della disciplina degli sconti conseguenti all'espletamento di lavoro penitenziario una violazione dell'art. 7 Cedu nei confronti di una detenuta che per molti anni aveva svolto tale attività, senza poi ottenere il corrispondente abbuono di pena. La decisione tuttavia non ci viene in aiuto per attrarre il diritto penitenziario nella *matière penale* e nell'area applicativa del nostro art. 25 Cost.: la Corte europea continua ad escluderlo,

Distinzione complicata, ma non impossibile: di recente la dottrina ha ravvisato il comune denominatore della prima classe nell'idoneità ad incidere sugli «elementi nucleari del trattamento punitivo»: «quando una norma relativa alla fase dell'esecuzione penale incide sul trattamento punitivo in modo così qualificante che, ove potesse operare alla fine del processo di cognizione, si rifletterebbe sul dispositivo della sentenza di condanna, per negarle natura di norma penale ci vuole un non comune talento di bizantinismo classificatorio»⁶³. Perciò, nel caso che ci occupa, potremmo invocare a buon diritto la tutela dell'art. 25 Cost.

Alcune decisioni di merito hanno seguito un'impostazione analoga a quella ora proposta, sebbene imperniata sull'art. 27 Cost. anziché sull'art. 25 Cost., considerando ammissibili, nonostante la scelta del legislatore parlamentare, le istanze *de praeterito* già presentate al momento della pubblicazione della legge, a salvaguardia del principio di non regressione trattamentale: siccome ai fini del beneficio speciale rileva la condotta tenuta sino al giorno prima dell'istanza, allo sforzo comportamentale che il detenuto ha effettuato seppure per il breve tempo tra l'entrata in vigore del decreto-legge e il giorno della richiesta, non verrebbe riconosciuto il corrispondente risultato di termini di trattamento⁶⁴.

La Corte di legittimità, nell'unico arresto sul tema, ha escluso la possibilità di dare alcuna applicazione alla disciplina originaria, lasciando irrisolto il problema: ha risposto ripetendo ancora l'assunto, discutibile, che le norme sull'esecuzione della pena non sono 'materia penale' e in quanto tale assoggettabile ai principi di cui all'art. 25 Cost, all'art. 2 Cp e all'art. 7 Cedu⁶⁵.

Invece, una maggiore sensibilità della giurisprudenza varrebbe a salvaguardare il principio dell'irretroattività penale, rispetto al quale la disciplina vigente, per come oggi è applicata, appare decisamente difettosa. E probabilmente varrebbe anche – prescindendo dalla sussumibilità delle norme penitenziaria tra le norme "penali" – ad assicurare all'applicazione della disciplina, per come questa si è evoluta nel passaggio dal decreto alla legge, il rispetto del canone di razionalità e coerenza che l'art. 3 Cost. impone ad ogni regime normativo, specie a quelli che incidono sulla libertà personale dei cittadini.

e nel ravvisare nel mutamento del diritto esecutivo la violazione convenzionale (per mancanza di prevedibilità della 'base legale') si muove in una logica, di tutela della progressione trattamentale, simile a quella impiegata dalla nostra Corte costituzionale nell'invocare il rispetto del finalismo rieducativo ex art. 27 Cost. La decisione è significativa, piuttosto, perché riconosce che il discrimine tra la pena e la sua esecuzione non è sempre nitido, e non dipende comunque dalle qualificazioni formali date dal legislatore nazionale.

⁶³ G. Giostra, *I delicati problemi applicativi*, cit., 6.

⁶⁴ Mag. sorv. Roma, 29.5.2014, est. Bruno, *inedita*; Mag. sorv. Vercelli, 19.6.2014, est. Fiorentin, in www.penalecontemporaneo.it, 17.7.2014, con nota di E. Montani, *Ancora sull'applicabilità della liberazione anticipata speciale ai condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis o.p.*

⁶⁵ Cass. 31.7.2014, in www.archiviopenale.it. 2014/12/web.12.2014 (con nota di C. Minnella, *Il bonus della liberazione anticipata speciale si estende anche ai condannati sottoposti al regime ex art. 4-bis ord. penit.?*).

Art. 5

Esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a diciotto mesi

1. All'articolo 1 della legge 26 novembre 2010, n. 199, modificata dall'articolo 3 del decreto-legge 22 dicembre 2011, n. 211, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 febbraio 2012, n. 9, le parole: "Fino alla com-

pleta attuazione del piano straordinario penitenziario nonché in attesa della riforma della disciplina delle misure alternative alla detenzione e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2013," sono soppresse.

Commento redazionale

L'articolo in commento opera la "stabilizzazione" di una norma originariamente introdotta nel nostro ordinamento *sub condicione* e, comunque, sottoposta ad un termine temporale. La vicenda non è certo nuova, nel nostro ordinamento, ove esempi di un analogo meccanismo si sono già verificati in passato, ad esempio in relazione alla partecipazione alle udienze dibattimentali da sito remoto, con riguardo a determinate caratteristiche soggettive e oggettive del caso di specie.

Con il presente art. 5 d.l. 146/2013, l'esecuzione presso il domicilio di pene detentive non superiori a diciotto mesi (tetto inalzato rispetto all'originaria previsione annuale ad opera del d.l. 22.12.2011 n. 211, conv. con mod. in l. 17.2.2012 n. 9), diviene uno strumento stabilmente consegnato nelle mani del magistrato di sorveglianza, per consentire l'accesso alla misura alternativa a quelle peculiari categorie di soggetti che ne sono interessati. Occorre ricordare, infatti, in questa sede, l'alternatività dell'istituto rispetto al meccanismo di sospensione dell'ordine di esecuzione disciplinato dall'art. 656 c.p.p., che sin dal momento della sua introduzione, ne aveva determinato uno spazio di applicabilità piuttosto limitato¹. In particolare, poi, nell'operare complessivo delle riforme recentemente succedutesi in materia carceraria, tale spazio deve rivalutarsi in relazione proprio all'intervenuta modifica dell'art. 656 co. 5 c.p.p., applicabile anche ai recidivi reiterati, per effetto delle recenti modifiche apportate all'art. 656 co. 9 c.p.p., da parte del d.l. 78/2013².

¹ Cfr. L. Filippi, G. Spangher, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano 2011, 306; F. Caprioli, D. Vicoli, *Manuale dell'esecuzione penale*², Torino 2011, 172.

² Cfr. A. Della Bella, *Un nuovo decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per scongiurare il sovraffollamento*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 gennaio 2014.

Tuttavia, nel quadro di un intervento complessivamente orientato alla riduzione della popolazione carceraria, anche l'operazione in esame ha assunto – nell'ottica del legislatore – un certo significato, provvedendo, appunto, ad estromettere dal circuito penitenziario soggetti che, altrimenti, vi dovrebbero permanere, seppur non per lunghi periodi, come del resto abbondantemente enfatizzato dalla relazione di accompagnamento al provvedimento in esame³.

Sulle ottimistiche prospettive legate alla stabilizzazione dell'istituto si impongono tuttavia alcune brevi osservazioni. In primo luogo, come appena osservato, l'effetto auspicato pare ridimensionato in ragione dell'interazione con il precedente intervento normativo. Per altro verso, ai fini della puntuale applicazione della detenzione presso il domicilio, si è resa necessaria la puntualizzazione, in sede di conversione in legge – come del resto auspicato dai primi commentatori⁴ – dell'esplicita esclusione dalla “nuova” liberazione anticipata, di cui all'art. 4 del presente provvedimento, dei soggetti destinatari del beneficio *ex art. 1 l. 199/2010*⁵.

³ Il documento faceva riferimento alla possibile deflazione di 12.000 unità presenti presso gli istituti di pena al momento dell'entrata in vigore del provvedimento.

⁴ Cfr. ancora A. Della Bella, *op. cit.*: «benché non espressamente menzionata, l'esclusione sembrerebbe riguardare anche i condannati a cui è applicata la misura dell'esecuzione della pena presso il domicilio, di cui all'art. 1 l. 199/2010: una tale interpretazione, conforme al principio di ragionevolezza, ci sembra trovare sostegno nell'art. 1 co. 8 l. 199/2010 che rimanda, per quanto non disposto, alla disciplina della detenzione domiciliare, così sancendo una sostanziale equiparazione delle due misure. In ogni caso, sarebbe auspicabile che, in sede di conversione in legge del decreto, si escludessero espressamente dall'ambito dei destinatari della nuova liberazione anticipata anche i condannati sottoposti alla misura di cui alla l. 199/2010».

⁵ Cfr. *Relazione dell'ufficio del Massimario della Corte di cassazione*, 27.2.2014, 12; più approfonditamente, *supra*, P. Bronzo, *sub art. 4*, 379.

Art. 6

Modifiche al testo unico in materia di immigrazione

1. All'articolo 16 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 5, il secondo periodo è sostituito dal seguente periodo:

“Essa non può essere disposta nei casi di condanna per i delitti previsti dall'articolo 12, commi 1, 3, 3-bis e 3-ter, del presente testo unico, ovvero per uno o più delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a) del codice di procedura penale, fatta eccezione per quelli consumati o tentati di cui agli articoli 628, terzo comma e 629, secondo comma, del codice penale.”;

b) al comma 5, dopo il secondo periodo è aggiunto il seguente:

“In caso di concorso di reati o di unificazione di pene concorrenti, l'espulsione è disposta anche quando sia stata espiata la parte di pena relativa alla condanna per reati che non la consentono.”;

c) dopo il comma 5 sono aggiunti i seguenti commi:

“5-bis. Nei casi di cui al comma 5, all'atto dell'ingresso in carcere di un cittadino straniero, la direzione dell'istituto penitenziario richiede al questore del luogo le informazioni sulla identità e nazionalità dello stesso. Nei medesimi casi, il questore avvia la procedura di identificazione interessando le competenti autorità

diplomatiche e procede all'eventuale espulsione dei cittadini stranieri identificati. A tal fine, il Ministro della giustizia ed il Ministro dell'interno adottano i necessari strumenti di coordinamento.

5-ter. Le informazioni sulla identità e nazionalità del detenuto straniero sono inserite nella cartella personale dello stesso prevista dall'articolo 26 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230.”;

d) il comma 6 è sostituito dal seguente comma:

“6. Salvo che il questore comunichi che non è stato possibile procedere all'identificazione dello straniero, la direzione dell'istituto penitenziario trasmette gli atti utili per l'adozione del provvedimento di espulsione al magistrato di sorveglianza competente in relazione al luogo di detenzione del condannato. Il magistrato decide con decreto motivato, senza formalità. Il decreto è comunicato al pubblico ministero, allo straniero e al suo difensore, i quali, entro il termine di dieci giorni, possono proporre opposizione dinanzi al tribunale di sorveglianza. Se lo straniero non è assistito da un difensore di fiducia, il magistrato provvede alla nomina di un difensore d'ufficio. Il tribunale decide nel termine di 20 giorni.”.

L'espulsione dello straniero irregolare come alternativa alla detenzione

Commento di ANDREA CALLAIOLI

SOMMARIO: 1. L'espulsione come misura alternativa alla detenzione: origini e problematiche interpretative. – 2. Le modifiche introdotte dal d.l. 146/2013 e dalla legge di conversione.

1. Le modifiche apportate dalla norma in esame interessano l'istituto dell'espulsione come misura alternativa alla detenzione, introdotto nel testo unico in materia di condizione giuridica dello straniero dalla l. 30.7.2002, n. 189 (c.d. Bossi-Fini) e fin dall'origine connotato da un'evidente e dichiarata finalità di sfollamento carcerario¹. A tal proposito appare utile rammentare che la misura venne introdotta con l'espressa finalità di consentire un procedimento *ex officio* che anticipasse l'espulsione amministrativa dello straniero irregolare appartenente a Paese terzo durante l'esecuzione intramurale, una volta che questi si fosse trovato con una pena detentiva da scontare – anche ove residua² – inferiore ai due anni, anziché al termine dell'esecuzione; in tal senso si era espressa l'unanime dottrina in considerazione dell'esplicito riferimento normativo ai requisiti soggettivi ed alle condizioni di cui all'art. 13 co. 2 TuImm, ed anzi, proprio tale aperto riferimento aveva condotto la giurisprudenza, anche di rango costituzionale, a pronunciarsi per la natura amministrativa della misura, sia pur se applicata in sede giudiziaria³.

¹ In tal senso i lavori parlamentari e la uniforme interpretazione giurisprudenziale; a tal proposito si vedano Cass. 14.12.2010 n. 45601, e Cass. 17.3.2008 n. 17255. Per i principali commenti sull'istituto si vedano S. Tovani, *L'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione*, in *Stranieri irregolari e diritto penale*³, a cura di L. Degl'Innocenti, Milano 2013, 319 ss., S. Centonze, *Espulsione alternativa alla detenzione*, in *Diritto penale dell'immigrazione*, a cura di S. Centonze, Torino 2010, 707 ss., E. Lanza, *Gli stranieri ed il diritto penale*, Padova 2011, 333 ss., L. Cordi, *L'espulsione dello straniero*, Milano 2011, 55 ss., A. Callaioli, *Commento alle fattispecie penali di cui al d.lgs. 286/1998*, in AA.VV., *Leggi penali complementari*, a cura di T. Padovani, Milano 2007, 1673 ss.

² Oltre al dato normativo, così si espresse sin dall'inizio la Suprema corte; cfr. Cass. 14.5.2003 n. 25701.

³ Molteplici e conformi sono le pronunce della Cassazione in ordine a tale aspetto; per tutte si vedano Cass.8.1.2014 n. 4752, Cass. 23.10.2013 n. 48160, Cass. 14.12.2010 n. 45601, e Cass. 17.3.2008 n. 17255. Anche la Corte costituzionale, con ordinanza 8-15.7.2004 n. 226 (G.U. 21.7.2004, n. 28, 1^a Serie speciale), si pronunciò in ordine a tale aspetto, dichiarando la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 16, co. 5, e seguenti, come modificato dalla l. 30.7.2002 n. 189, sollevate in riferimento agli artt. 2, 3, 13, 24, 25, co. 2, 27, 97, 101 co. 2, 102 co. 1, e 111, co. 1 e 2 Cost., proprio argomentando dalla natura amministrativa della misura alla quale, pertanto, non potevano applicarsi i richiamati principi costituzionali, con particolare riferimento alla finalità rieducativa della pena ed alla irretroattività. Espressamente, la Corte ebbe a rilevare che «va riconosciuta natura amministrativa anche alla espulsione prevista dall'art. 16, comma 5, del d.lgs. n. 286 del 1998, posto che anche tale misura è subordinata alla condizione che lo straniero si trovi in taluna delle situazioni che costituiscono il presupposto dell'espulsione amministrativa disci-

Peraltro la rammentata *ratio* deflattiva ha fatto sì che, sia in sede dottrinarica⁴ (sia pur con qualche oscillazione) che giurisprudenziale⁵, si sia ritenuto che la previsione debba applicarsi ai soli detenuti, e non anche a coloro che si trovino al di fuori delle mura del carcere, poiché già ammessi ad altre misure alternative alla detenzione (detenzione domiciliare, in tutte le sue tipologie applicative, ed affidamento in prova al servizio sociale)⁶; ad opposta soluzione si è giunti, invece, per i semiliberi, poiché detta misura «comporta la permanenza del condannato in un istituto penitenziario, sebbene limitatamente a determinati orari, e quindi anche rispetto al soggetto che espia la pena in semilibertà l'espulsione può realizzare il fine proprio di riduzione della popolazione carceraria»⁷.

Stante il chiaro tenore della norma, l'applicazione della misura non consente alcuna valutazione discrezionale al magistrato di sorveglianza il quale, una volta raggiunta la soglia di pena biennale da eseguire dovrà disporre l'esecuzione, in presenza degli altri requisiti oggettivi e soggettivi che meglio verranno analizzati nel successivo paragrafo. E che non vi siano ambiti discrezionali si evince anche dal consolidato orientamento interpretativo della Suprema Corte che, con più di una pronuncia, ha affermato che lo straniero che versi nelle condizioni di legge per fruire della sanzione alternativa dell'espulsione *ex art. 16 co. 5 TuImm* è titolare di un vero e proprio diritto ad essere espulso dal territorio dello Stato, anziché rimanervi ad espriare la pena detentiva alla quale sia stato condannato⁸.

In ordine ai requisiti soggettivi per l'applicazione della misura deve sin da ora rammentarsi che essa può disporsi esclusivamente nei confronti dei cittadini stranieri che siano:

a) appartenenti a Paesi terzi e non anche ai comunitari, in forza del disposto dell'art. 1 co. 2 *TuImm*, secondo cui le norme ivi previste non si applicano, se non in quanto siano più favorevoli, ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea⁹;

plinata dall'art. 13, alla quale si dovrebbe comunque e certamente dare corso al termine dell'esecuzione della pena detentiva, cosicché, nella sostanza, viene solo ad essere anticipato un provvedimento di cui già sussistono le condizioni». Dello stesso contenuto, C. cost., ord. 15-23.12.2004 n. 422 (*G.U.* 29.12.2004, n. 50, 1^a Serie speciale). Per le perplessità della dottrina a proposito di detto orientamento A. Casadonte, *La Corte costituzionale e l'espulsione dello straniero: un'ordinanza che non convince*, in *DIC* 1999, 3, 85 ss.

⁴ Per la dottrina, M. Oliveri del Castillo, *L'ambito penale della legge 189/2002: la costruzione della muraglia*, in *DIC* 2002, 3, 95.

⁵ T. sorv. Sassari 30.1.2003, in *GM* 2003, 933, e Cass., S.U., 28.3.2006 n. 14500.

⁶ Nel senso che detta tipologia di espulsione non possa essere disposta nei confronti dello straniero condannato, che si trovi agli arresti domiciliari per il fatto oggetto della condanna da eseguire si veda Cass. 16.6.2010 n. 27236; altresì per la detenzione domiciliare Cass. 12.12.2003 n. 518.

⁷ Così Cass. 13.10.2005 n. 39781.

⁸ In tal senso Cass. 18.2.2009 n. 10752, e Cass. 18.2.2009 n. 10752. In realtà è un diritto di strana ed anomala configurazione in quanto non è rinunciabile, considerato che lo straniero non può chiedere di proseguire l'esecuzione all'interno del territorio italiano.

⁹ Così anche Cass. 22.9.2004 n. 38656, e Cass. 19.3.2009 n. 15832.

b) irregolari, cioè privi di un titolo di soggiorno, ma non nel caso che questo sia in corso di rinnovo¹⁰ o di primo rilascio.

La rammentata natura amministrativa della misura comporta, altresì, che alla sua applicazione sono di ostacolo tutte quelle situazioni in presenza delle quali, ai sensi del TuImm, lo straniero non può essere espulso e/o coattivamente allontanato dallo Stato¹¹; si tratta, essenzialmente, delle ipotesi contenute nell'art. 19 del testo unico – cui fa espresso riferimento il co. 9 dell'art. 16 TuImm (stranieri oggetto di persecuzione, minori di anni diciotto, stranieri in possesso di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, conviventi con parenti o coniuge di nazionalità italiana, donne in stato di gravidanza o nei primi sei mesi di puerperio e relativo coniuge¹²), nonché dei casi in cui è in corso una procedura tesa al riconoscimento della protezione internazionale¹³.

Sin dalla sua introduzione la previsione si è però mostrata carente in ordine ad alcuni aspetti, tutt'altro che secondari; in primo luogo, difatti, né la versione originaria dell'articolo, né quella attuale, frutto delle modifiche introdotte dal d.l. 146/2013, contengono disposizioni in ordine alla necessità di tradurre o meno il decreto di espulsione del Magistrato di sorveglianza in una lingua comprensibile dall'interessato; tuttavia tale obbligo deve ritenersi sussistente, a parere di chi scrive, in base a due distinte fonte normative, l'una interna al TuImm e l'altra recentemente introdotta nel codice di procedura penale in seguito al recepimento della direttiva 2010/64/UE in materia di traduzione degli atti¹⁴.

La fonte "interna" risiede nell'art. 13 co. 7 TuImm laddove impone all'Amministrazione l'obbligo di comunicare allo straniero il decreto di espulsione tradotto in una lingua da lui conosciuta, ovvero, ove non sia

¹⁰ In tal senso Cass. 21.4.2010, Souada, in *Rep. FI* 2010 (Straniero), 6540, n. 453.

¹¹ A tal proposito, nella motivazione della citata C. cost., ord. 226/204 si legge che devono trovare applicazione l'art. 13, comma 12, e [...] l'art. 16, comma 9» essendo così impossibile «procedere all'espulsione dello straniero che si trovi nelle condizioni elencate nell'art. 19».

¹² Si veda a tal proposito C. cost. 376/200, in *GD* 2000 (32), 18.

¹³ In riferimento a tale aspetto si veda T. sorv. Torino, ord. 26.3.2014 ove si stabilisce che non può essere ordinata l'espulsione ex art. 16, co. 5, d.lgs. del cittadino straniero condannato in Italia quando vi sia il rischio concreto che nello Stato di destinazione la persona espulsa possa essere sottoposta a trattamenti inumani o degradanti in violazione dell'art. 3 Cedu, nonché Cass. 13.10.2005 n. 39764 che recita «in tema di disciplina dell'immigrazione, l'omessa allegazione di documenti di prova dello "status" di rifugiato politico, rilevante ai fini del divieto di espulsione, non esime il tribunale di sorveglianza, in sede di opposizione avverso il decreto di espulsione ex art. 16, comma quinto, d.lgs. n. 286/1998, dal dovere di attivarsi d'ufficio allo scopo di reperire presso le autorità competenti l'eventuale documentazione comprovante detta qualità dell'opponente, che rileva ai fini del divieto di espulsione verso uno Stato in cui v'è possibilità di una persecuzione per motivi politici, ove per fatto notorio risulti che in quello Stato è in corso una repressione nei confronti di gruppi politici dissidenti».

¹⁴ Con cui l'Italia ha dato attuazione alla direttiva 2010/64/UE, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, emesso in forza della delega conferita al Governo dall'art. 1 co. 1 della legge di delegazione europea 2013 (l. 6.8.2013, n. 96).

possibile, in francese, inglese o spagnolo, unitamente all'indicazione delle modalità di impugnazione¹⁵; la norma generale, invece, potrebbe ritrovarsi non tanto nelle modifiche al codice di rito introdotte dal d.lgs. 4.3.2014 n. 32¹⁶, quanto direttamente nel testo della direttiva. Difatti, se è pur vero che la stessa direttiva, all'art. 1 co. 1, fa espresso riferimento solo ai «procedimenti penali» ed ai «procedimenti di esecuzione di un mandato di arresto europeo», all'art. 3 co. 2 della direttiva si legge che «Tra i documenti fondamentali [che devono essere oggetto di traduzione] rientrano le decisioni che privano una persona della propria libertà», ben potendosi quindi far rientrare nell'ambito del procedimento penale di cui al citato art. 1 co. 1, anche la fase esecutiva. Appare quindi maggiormente conforme alla lettera ed allo spirito della citata direttiva UE un'interpretazione che estenda l'obbligo di traduzione, in caso di mancata comprensione della lingua italiana, anche al decreto con cui il magistrato di sorveglianza applica l'espulsione *ex art.* 16 co. 5 TuImm.

Ai sensi del co. 8 del citato art. 16 TuImm si prevede che all'espulsione consegua un effetto estintivo della pena irrogata una volta decorsi dieci anni dall'esecuzione della misura alternativa, prescindendosi del tutto dall'originario ammontare della pena irrogata. In questo caso, il rientro illegale dello straniero sul territorio italiano comporta il ripristino dell'esecuzione della pena. Non è chiaro se in tali casi, ovvero quando lo straniero faccia illegittimamente rientro nel territorio nazionale in violazione della misura alternativa, la sanzione di tale condotta sia rappresentata solo dall'avvio/ripristino dell'esecuzione, oppure scatti anche la sanzione di cui all'art. 13 co. 13-*bis*; a parere di chi scrive, considerato il tenore letterale della norma ai commi 4 ed 8, deve propendersi per la negativa, in quanto, concludendo in senso opposto, si applicherebbe analogicamente quest'ultima previsione incriminatrice.

Vi è tuttavia da considerare un ulteriore aspetto, sempre attinente al periodo di validità temporale della misura alternativa; difatti la previsione dell'art. 16 TuImm, in sostanza, introduceva un'espulsione di validità decennale, così come lo era – all'epoca – anche quella di natura amministrativa *ex art.* 13 co. 2. In altre parole, la novella del 2002 aveva esteso l'ambito di validità temporale dell'espulsione dello straniero dagli originari cinque anni a dieci, e solo in seguito al recepimento della direttiva 2008/115/CE sul rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari¹⁷ anche nel nostro ordinamento si è ripristinata, in via ordinaria, la

¹⁵ Tal richiamo viene effettuato anche da C. cost. nella già citata ord. 226/204 che, nell'affermare – come si è visto – la natura amministrativa della misura, in materia di traduzione espressamente evidenzia che «l'obbligo, può desumersi invece in via sistematica dalla prescrizione contenuta nel comma 7 dell'art. 13, anche alla stregua del rinvio di carattere generale operato dall'art. 16, comma 5, allo straniero che si trova nelle situazioni di cui al comma 2 del medesimo art. 13».

¹⁶ Difatti il nuovo testo dell'art.143 co. 2 Cpp prevede la traduzione obbligatoria a favore dello straniero alloggiato solo per l'informazione di garanzia, l'informazione sul diritto di difesa, i provvedimenti che dispongono misure cautelari personali, l'avviso di conclusione delle indagini preliminari, i decreti che dispongono l'udienza preliminare e la citazione a giudizio, le sentenze e i decreti penali di condanna.

durata massima di cinque anni. Peraltro, sempre in virtù del recepimento di tale direttiva, la durata dell'allontanamento dal territorio nazionale deve essere valutata e determinata in concreto, caso per caso, attraverso una specifica valutazione della concreta situazione dello straniero. A fronte di tale principio, posto dalla fonte UE, il nostro legislatore avrebbe dovuto porsi il problema della compatibilità tra la rigida previsione del co. 8 in esame e tale nuovo assetto generale; in assenza di un tale coordinamento, la questione passa adesso ai magistrati di sorveglianza che, applicando la misura e dovendo obbligatoriamente correderla con l'avviso della sua durata, o daranno immediata applicazione al principio della direttiva 2008/115/CE (determinando la durata di volta in volta, sulla base della specifica e concreta situazione dell'espellendo), oppure dovranno rivolgersi alla Corte di giustizia dell'Unione europea affinché si pronunci in merito alla descritta compatibilità.

2. Le modifiche introdotte dalla normativa che qui si esamina vanno tutte nel senso di rendere ancora più agevole l'allontanamento dello straniero dall'Italia, inserendosi così a pieno titolo nella funzione deflattiva dell'intero complesso normativo di cui al d.l. 146/2013; per la precisione, l'intervento in esame ha ampliato l'ambito applicativo della misura e ne ha snellito le procedure di esecuzione, introducendo altresì alcuni elementi di garanzia difensiva, in ciò recependo orientamenti giurisprudenziali emersi nel corso degli anni.

Analizzando partitamente detti aspetti vi è innanzitutto da mettere in evidenza l'intervento che ha delimitato ancor di più il novero delle fattispecie di reato ostative all'applicazione della misura, una volta raggiunto il limite biennale di pena da scontare. Difatti, mentre la formulazione originaria escludeva dall'applicazione della misura alternativa gli stranieri che fossero stati condannati per i reati di cui all'art. 407 co. 2 lett. *a* Cpp, nonché per quelli previsti dal TuImm, oggi la norma prevede che ad essere esclusi siano solo i delitti previsti dal predetto art. 407 co. 2 lett. *a* Cpp, fatta eccezione per quelli consumati o tentati di cui agli artt. 628 co. 3, e 629 co. 2 Cp, nonché i delitti previsti dall'art. 12 co. 1, 3, *3-bis* e *3-ter* TuImm.¹⁸ In sostanza, dal novero dei delitti di cui all'art. 407 co. 2 lett. *a* Cpp restano esclusi quelli, tentati o consumati, di rapina

¹⁷ Com'è noto, scaduti i termini per il recepimento il 24.12.2010, il nostro ordinamento ha regolato la materia col successivo d.l. 23.6.2011, n. 89, convertito dalla l. 2.8.2011, n. 129, che intervenendo sull'art. 13 co. 14, ha disposto che il divieto di rientro opera per un periodo non inferiore a tre anni e non superiore a cinque anni, salvi i casi connessi alla misura contro il terrorismo (art. 3 co. 1 d.l. 27.7.2005, n. 144, conv. mod. dalla l. 31.7.2005, n. 155), per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato (art. 13 co. 1 TuImm) o per pericolosità sociale (art. 13 co. 2 lett. *c* TuImm), in cui il periodo può essere superiore, ma sempre in base ad una valutazione della specifica situazione dello straniero interessato.

¹⁸ Nella versione del comma in esame introdotta dal d.l. 146/2013 non era contemplata la limitazione dei reati previsti dal TuImm.; in altre parole, in ordine alle fattispecie incriminatrici di cui al d.lgs. 286/1998 era rimasta immutata l'originaria impossibilità di applicazione della misura alternativa.

ed estorsione aggravate¹⁹, mentre fra i delitti contemplati dal TuImm permane l'ostatività solo per quello a suo tempo rubricato come favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, sia nella sua figura semplice che circostanziata.

Il secondo ambito, di maggior portata, della novella riguarda l'introduzione della possibilità, in caso di concorso di reati o di unificazione di pene concorrenti, di applicare l'espulsione anche quando risulti essere stata espiata quella parte di pena che è relativa alla condanna per quei reati che non la consentono, così come sopra individuati. In realtà, più che di un'innovazione *tout court* si tratta del recepimento dell'orientamento giurisprudenziale – a dire il vero non sempre uniforme – che già dal 2002 si era andato affermando in ordine alla possibilità di poter o meno procedere alla scissione al fine di imputare la parte di pena espiata al reato ostativo²⁰; oggi, con l'inserimento del nuovo periodo del co. 5, la disposizione espressamente prevede detta possibilità.

Le successive modifiche apportate dal testo in esame riguardano l'accelerazione delle procedure per l'esecuzione della misura, introducendo nuove competenze nella procedura a carico dell'amministrazione penitenziaria ed un'inedita azione coordinata fra istituti penitenziari ed uffici immigrazione delle questure. In tale quadro, il nuovo co. 5-*bis* è finalizzato ad anticipare, sin dalla fase esecutiva, l'effettuazione delle procedure per la compiuta identificazione dello straniero, poiché prevede che la direzione dell'istituto penitenziario richieda al questore del luogo le informazioni sull'identità e la nazionalità dello straniero cui potrà essere applicata la misura alternativa.

¹⁹ Non pare molto comprensibile la scelta di consentire l'esecuzione dell'espulsione nel caso delle ipotesi aggravate mentre, allo stesso tempo, si mantiene l'esclusione per le figure di delitto non circostanziate; se è ben vero che la *ratio* è quella di sfoltimento carcerario, e che quindi sono sicuramente più numerosi i detenuti condannati per la commissione dei delitti in forma aggravata rispetto a quelli per la fattispecie base, non sfugge come comunque possa prospettarsi una lesione del principio di eguaglianza in ordine all'esclusione per coloro che hanno commesso quei reati in modo non circostanziato, considerato che – come si è visto *supra* – quello che viene a delinarsi è un vero e proprio diritto del detenuto straniero.

²⁰ Per l'orientamento negativo si erano pronunciate Cass. 20.6.2013 n. 35620, Cass. 15.7.2011 n. 47310, Cass. 20.1.2010 n. 4623, Cass. 12.11.2009 n. 46926 e Cass. 5.2.2008 n. 6648 che affermavano l'impossibilità di applicare l'espulsione come misura alternativa alla detenzione «in relazione a pena determinata a seguito di cumulo comprensivo anche di pena inflitta per reato ostativo alla sua concessione, non potendosi procedere alla scissione al fine di imputare la parte di pena espiata al predetto reato ostativo», mentre in senso opposto, Cass. 24.5.2011, n. 25134, Cass. 1.2.2011, n. 22705 e Cass. 19.12.2007 n. 2090 si erano espresse nel senso che «Il cumulo di pene per reati unificati dal vincolo della continuazione, alcuni dei quali ostativi all'espulsione prevista dall'art. 16, comma quinto, (...), può essere scisso in modo da imputare la parte di pena espiata al reato ostativo e dare così luogo all'espulsione» chiarendo che non era di ostacolo a tale interpretazione «l'art. 4-*bis* della l. n. 354 del 1975, in quanto l'espulsione nel caso in esame non è da considerarsi una misura alternativa alla detenzione, non essendo finalizzata al recupero o al reinserimento del condannato e non avendo alcuna finalità premiale o rieducativa, ma è una mera rinuncia dello Stato all'esecuzione della pena».

All'esito di tali ricerche, ai sensi del nuovo co. 5-ter, si prevede che le informazioni raccolte in merito alle generalità ed alla nazionalità del detenuto siano inserite all'interno della cartella personale dello stesso, già prevista dall'art. 26 d.P.R. 230/2000²¹.

Sempre in ordine alle disposizioni esecutive, il successivo co. 6 prosegue prevedendo che, in caso di avvenuta identificazione dello straniero, la direzione dell'istituto di pena trasmetta al competente magistrato di sorveglianza «*gli atti utili per l'adozione del provvedimento di espulsione*»; dietro questa dizione così generica dovrebbe trovarsi il complesso delle risultanze degli accertamenti di cui ai co. 5-bis e ter, nonché quanto attiene all'esecuzione della pena (ordine di carcerazione, eventuali provvedimenti in materia di liberazione anticipata e quant'altro comunque utile per l'individuazione della pena residua da scontare). A tal proposito sarebbe auspicabile che nella prassi applicativa si affermasse l'uso di inserire fra i predetti «*atti utili*» anche tutto quanto possa essere utilizzato al fine di valutare la sussistenza di eventuali situazioni ostative all'espulsione, nel rispetto dei limiti di cui all'art. 19 TuImm²². Ad ogni buon conto, è evidente l'intento della norma di voler accelerare l'avvio dell'adozione del decreto di espulsione, segnalando al magistrato di sorveglianza la situazione del detenuto straniero che si trova in possesso dei requisiti di cui al comma quinto²³.

Ricevuta la documentazione, e qualora sia stato possibile procedere all'identificazione dello straniero, spetta al magistrato di sorveglianza «*competente in relazione al luogo di detenzione del condannato*», disporre con proprio decreto la misura «*senza formalità*», comunicando il relativo decreto al pubblico ministero, allo straniero interessato ed al suo difensore²⁴ i quali hanno facoltà di opposizione, nel termine di dieci

²¹ In base a detto articolo del regolamento penitenziario, all'ingresso nell'istituto carcerario per ogni detenuto o internato è istituita una cartella personale che segue il soggetto in caso di trasferimento e resta custodita nell'archivio dell'istituto da cui il detenuto o l'internato è dimesso.

2. L'intestazione della cartella personale è corredata dei dati anagrafici, delle impronte digitali, della fotografia e di ogni altro elemento necessario per la precisa identificazione della persona.

²² A mero titolo di esempio si può far riferimento all'eventuale certificato di gravidanza della detenuta o della moglie del detenuto (per il divieto di cui all'art. 19 co. 2 lett. d TuImm) o la documentazione anagrafica attestante il legame di parentela entro il secondo grado con cittadino italiano o comunitario (per il divieto di cui all'art. 19 co. 2 lett. c oppure la certificazione sanitaria attestante una grave situazione patologica dello straniero o quant'altro possa comprovare che lo stesso rischi di essere oggetto di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali in caso di esecuzione dell'espulsione.

²³ Parla espressamente di norma da cui traspare la sfiducia nei confronti della capacità di avviare tempestivamente la procedura da parte della magistratura di sorveglianza A. Cisterna, *Aumentano le espulsioni degli stranieri condannati*, in *GD* 2014 (4), 54.

²⁴ La necessità di notifica al p.m. ed al difensore di fiducia dell'imputato e quella di procedere alla nomina di un difensore d'ufficio, ove lo straniero fosse sprovvisto di patrocinatore fiduciario, sono novità introdotte dal d.l. in esame.

giorni, al Tribunale di sorveglianza che, a sua volta, decide entro venti giorni²⁵. Pur nel silenzio della legge, l'uniforme interpretazione giurisprudenziale ha ritenuto che il procedimento applicativo della presente misura alternativa di fronte al Tribunale sia quello generale della sorveglianza, ai sensi degli artt. 666 e 678 Cpp²⁶, con le connesse garanzie difensive.

Anche se la legge nulla dice in ordine a ciò che accade una volta che la misura è divenuta esecutiva, pare potersi affermare che la sua concreta esecuzione, attuata tramite accompagnamento alla frontiera eseguito dal questore, avverrà una volta decorsi i termini di impugnazione e di decisione del Tribunale di sorveglianza o, comunque, quando siano stati acquisiti i necessari documenti di viaggio.

²⁵ Nella vigenza della precedente versione della disposizione in esame la giurisprudenza aveva ritenuto non necessaria la notifica del provvedimento applicativo dell'espulsione al difensore di fiducia dello straniero interessato «non avendo l'adozione di detta misura alcun collegamento con il procedimento conclusosi con l'irrogazione della pena in sostituzione»; così Cass. 20.4.2011, n. 25622.

²⁶ In tal senso si è pronunciata la Suprema corte; cfr. Cass. 4.6.2008, n. 24733, Cass. 7.2.2008 n. 7144, Cass. 11.3.2005 n. 11643 e Cass. 11.3.2005, n. 11747, che rilevano che «L'opposizione avverso il decreto del magistrato di sorveglianza che dispone l'espulsione a titolo di misura alternativa alla detenzione si svolge, ai sensi del combinato disposto degli artt. 678 e 666 cod. proc. pen., in camera di consiglio con la partecipazione necessaria del difensore; ne consegue che è affetto da nullità assoluta il provvedimento adottato dal tribunale di sorveglianza a seguito di procedimento "de plano"».

Art. 7

Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale

1. È istituito, presso il Ministero della giustizia, il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, di seguito denominato «Garante nazionale».

2. Il Garante nazionale è costituito in collegio, composto dal presidente e da due membri, i quali restano in carica per cinque anni non prorogabili. Essi sono scelti tra persone, non dipendenti delle pubbliche amministrazioni, che assicurano indipendenza e competenza nelle discipline afferenti la tutela dei diritti umani, e sono nominati, previa delibera del Consiglio dei ministri, con decreto del presidente della Repubblica, sentite le competenti commissioni parlamentari.

3. I componenti del Garante nazionale non possono ricoprire cariche istituzionali, anche elettive, ovvero incarichi in partiti politici. Sono immediatamente sostituiti in caso di dimissioni, morte, incompatibilità sopravvenuta, accertato impedimento fisico o psichico, grave violazione dei doveri inerenti all'ufficio, ovvero nel caso in cui riportino condanna penale definitiva per delitto non colposo. Essi non hanno diritto ad indennità od emolumenti per l'attività prestata, fermo restando il diritto al rimborso delle spese.

4. Alle dipendenze del Garante nazionale, che si avvale delle strutture e delle risorse messe a disposizione dal Ministro della giustizia, è istituito un ufficio composto da personale dello

stesso Ministero, scelto in funzione delle conoscenze acquisite negli ambiti di competenza del Garante. La struttura e la composizione dell'ufficio sono determinate con successivo regolamento del Ministro della giustizia, da adottarsi entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto.

5. Il Garante nazionale, oltre a promuovere e favorire rapporti di collaborazione con i garanti territoriali, ovvero con altre figure istituzionali comunemente denominate, che hanno competenza nelle stesse materie:

a) vigila, affinché l'esecuzione della custodia dei detenuti, degli internati, dei soggetti sottoposti a custodia cautelare in carcere o ad altre forme di limitazione della libertà personale sia attuata in conformità alle norme e ai principi stabiliti dalla Costituzione, dalle convenzioni internazionali sui diritti umani ratificate dall'Italia, dalle leggi dello Stato e dai regolamenti;

b) visita, senza necessità di autorizzazione, gli istituti penitenziari, gli ospedali psichiatrici giudiziari e le strutture sanitarie destinate ad accogliere le persone sottoposte a misure di sicurezza detentive, le comunità terapeutiche e di accoglienza o comunque le strutture pubbliche e private dove si trovano persone sottoposte a misure alternative o alla misura cautelare degli arresti domiciliari, gli istituti penali per minori e le comunità di accoglienza per minori sottoposti a

provvedimenti dell'autorità giudiziaria, nonché, previo avviso e senza che da ciò possa derivare danno per le attività investigative in corso, le camere di sicurezza delle Forze di polizia, accedendo, senza restrizioni, a qualunque locale adibito o comunque funzionale alle esigenze restrittive;

c) prende visione, previo consenso anche verbale dell'interessato, degli atti contenuti nel fascicolo della persona detenuta o privata della libertà personale e comunque degli atti riferibili alle condizioni di detenzione o di privazione della libertà;

d) richiede alle amministrazioni responsabili delle strutture indicate alla lettera b) le informazioni e i documenti necessari; nel caso in cui l'amministrazione non fornisca risposta nel termine di trenta giorni, informa il magistrato di sorveglianza competente e può richiedere l'emissione di un ordine di esibizione;

e) verifica il rispetto degli adempimenti connessi ai diritti previsti agli

articoli 20, 21, 22, e 23 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 31 agosto 1999, n. 394, e successive modificazioni, presso i centri di identificazione e di espulsione previsti dall'articolo 14 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, accedendo senza restrizione alcuna in qualunque locale;

f) formula specifiche raccomandazioni all'amministrazione interessata, se accerta violazioni alle norme dell'ordinamento ovvero la fondatezza delle istanze e dei reclami proposti ai sensi dell'articolo 35 della legge 26 luglio 1975, n. 354. L'amministrazione interessata, in caso di diniego, comunica il dissenso motivato nel termine di trenta giorni;

g) tramette annualmente una relazione sull'attività svolta ai Presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, nonché al Ministro dell'interno e al Ministro della giustizia.

Una *authority* di cartapesta per i diritti dei detenuti

Commento di MASSIMO CERESA-GASTALDO

SOMMARIO: 1. Il carcere dimenticato. – 2. Il difficile presidio del magistrato di sorveglianza. – 3. Un'autorità garante per la difesa dei diritti dei detenuti. – 4. Compiti, funzioni, poteri. – 5. Organismo indipendente? – 6. Pubblicità ingannevole.

1. Presentata come «uno dei punti qualificanti della proposta riformatrice»¹, l'istituzione del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale vuole testimoniare la volontà del Governo e del Parlamento di rafforzare il presidio di un fronte sin'ora in larga misura trascurato.

Storicamente impegnato più sul versante delle alternative al carcere che su quello del miglioramento delle condizioni *intra moenia* (quasi che gli effetti deflativi indotti o attesi dalle misure extramurarie

¹ Così la *Relazione* al d.d.l. di conversione del d.l. 23.12.2013 n. 146, in Camera dei Deputati, XVII legisl., *Disegni di legge e relazioni - Documenti*, stampato n. 1921, 16.

potessero di per sé bastare ad esonerare da altri sforzi), il legislatore degli ultimi quarant'anni ha infatti dedicato davvero poca attenzione² al tema della concreta salvaguardia della posizione soggettiva del detenuto³.

Anche quando ha predisposto gli strumenti di tutela, come nel caso del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'amministrazione penitenziaria potenzialmente lesivi dei diritti della persona *in vinculis*, ha poi fatto mancare una adeguata regolamentazione capace di dare incisività agli interventi del magistrato. Si pensi al rimedio *ex artt.* 14-ter, 35 e 69 Op, che sino a ieri⁴ è risultato sostanzialmente inefficace, in ragione dell'omessa previsione di un giudizio di ottemperanza, tanto da imporre – di fronte all'*empasse* provocata dall'inosservanza del provvedimento che accoglie il reclamo – la denuncia del conflitto di attribuzioni tra potere giudiziario e potere esecutivo. Conflitto risolto dalla Corte costituzionale a favore del primo, con un'apprezzabile decisione⁵ che ha dato modo al Giudice di Palazzo della Consulta non solo di ribadire (ciò che invero ripete ormai da almeno un ventennio)⁶ che è «costituzionalmente garantita» la «tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria ritenuti lesivi dei diritti dei detenuti», ma anche di sottolineare come «l'estensione e la portata dei diritti dei detenuti può ... subire restrizioni di vario genere unicamente in vista delle esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere», e che «in assenza di tali esi-

² Benché già all'indomani del varo della legge penitenziaria del 1975 la più attenta dottrina non avesse mancato di porre l'accento sul problema: v. al riguardo soprattutto V. Grevi, *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario a cinque anni dalla riforma*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, a cura del medesimo A., Bologna 1981, 1 ss.

³ Osserva condivisibilmente F. Della Casa, *Per un più fluido (ed esteso) «monitoraggio» delle situazioni detentive: il difensore civico della libertà personale*, in PD 2003, 71, che «il tema delle posizioni soggettive del soggetto detenuto e – possiamo aggiungere – quello della loro tutela è rimasto in ombra anche nel non breve periodo successivo al varo della legge del 1975, nonostante i ripetuti interventi del legislatore nel settore penitenziario», che, quando non sono stati determinati dall'emergenza, si sono comunque «unilateralmente orientati verso una sempre più accentuata utilizzazione delle misure alternative, senza dedicare la necessaria attenzione alla condizione di chi rimane sottoposto al regime intramurario».

⁴ Cfr. ora l'art. 3 d.l. 146/2013, che introduce l'art. 35-bis Op: per il commento v., *supra*, E. Marzaduri, *sub art.* 3, 581.

⁵ C. cost., sent. 7.6.2013 n. 135, in *GCoS* 2013, 2073 ss., commentata da C. Fiorio, *Poteri dell'amministrazione penitenziaria e sindacato di giurisdizionalità* (ivi 2092 ss.) e da M. Ruotolo, *The domestic remedies must be effective: sul principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti* (ivi 2084 ss.); nonché in *RIDPP* 2013, 2037, annotata da F. Fiorentin, *Tutela effettiva per i diritti delle persone detenute: l'ennesimo rintocco della campana, l'assordante silenzio del legislatore, l'ultimatum della corte edu.*

⁶ Ci si riferisce a C. cost., sent. 11.2.1999 n. 26, in *LP* 1999, 411 ss., che ha dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 35 e 69 Op nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale; sulla decisione v., per tutti, F. Della Casa, *Un importante passo verso la tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto*, in *DPP* 1999, 850 ss.

genze, la limitazione acquisterebbe unicamente un valore afflittivo supplementare rispetto alla privazione della libertà personale, non compatibile con l'art. 27, terzo comma, Cost.»⁷.

Anche la Corte di Strasburgo, come è noto, ha stigmatizzato lo scarso impegno del nostro Paese in questa direzione: l'ormai celeberrima decisione sul caso Torreggiani contiene, tra l'altro, un esplicito quanto impietoso giudizio di ineffettività delle procedure di tutela contro gli arbitrii dell'amministrazione penitenziaria⁸.

2. Si consideri poi che l'inevitabile "lontananza" dal carcere del magistrato di sorveglianza⁹, dovuta alla sua necessariamente diradata presenza in istituto¹⁰ e alla sua estraneità alle dinamiche operative dell'organizzazione e della gestione della vita in carcere (affidate alle determinazioni della direzione e alle direttive ministeriali, perlopiù sconosciute al giudice)¹¹, rende difficilmente praticabile lo svolgimento di un costante e diretto monitoraggio da parte sua delle condizioni di detenzione, riverberandosi fatalmente sulla capacità di individuare le carenze organizzative degli istituti e le esigenze dei vari servizi che, con particolare riguardo alla attuazione del trattamento rieducativo, l'art. 69 co. 1 Op vorrebbe fossero segnalate al Ministero proprio dal magistrato.

Allo stesso modo, la formalità del rapporto tra magistrato e detenuto, oltre all'ufficialità delle procedure per attivare l'intervento dell'autorità giudiziaria, non favoriscono l'instaurazione di quei contatti immediati e confidenziali che soli possono far emergere, senza timori di ripercussioni negative, le situazioni di disagio o di abuso sofferte. Senza tacere che la bassa propensione degli "utenti" ad utilizzare i colloqui per

⁷ D'altro canto, l'art. 1 co. 3 Op, dopo aver statuito che «negli istituti devono essere mantenuti l'ordine e la disciplina», significativamente aggiunge che «non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con le esigenze predette o, nei confronti degli imputati, non indispensabili a fini giudiziari».

⁸ C. eur., sent. 8.1.2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, in *RIDPP* 2013, 927 ss., con nota di M. Dova, *Torreggiani c. Italia, un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio* (ivi 948 ss.). Sull'importante decisione v. altresì, tra gli altri, M. Bortolato, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *AP* 2014, 568; G. Della Morte, *La situazione carceraria in Italia viola strutturalmente gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*, in *DUMDIInt* 2013, 147; O. Mazza, *Dalla sentenza Torreggiani alla riforma del sistema penale*, in *AP* 2014, 364; G. Tamburino, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *CP* 2013, 11.

⁹ Ne illustra efficacemente le ragioni F. Della Casa, *Per un più fluido (ed esteso) «monitoraggio»*, cit., 72 ss., e già Id., *La magistratura di sorveglianza. Organizzazione competenza e procedure*, Torino 1998, 57, evidenziando come il magistrato di sorveglianza sia più orientato a svolgere il ruolo di giudice delle misure alternative che quello di garante dei diritti dei detenuti.

¹⁰ Sarebbe anzi sorta tra i magistrati – nota criticamente A. Margara, *Carcere e libertà. Dalla negazione alla riaffermazione della libertà attraverso le misure alternative*, in *QuestG* 2004 (2-3), 457 – una vera e propria «diffidenza verso la presenza in carcere, ritenuta pericolosa per la terzietà del giudice».

¹¹ Come fa notare G. Di Rosa, *Il garante dei diritti dei detenuti e dei soggetti privati della libertà personale*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di C. Conti, A. Marandola e G. Varraso, Padova 2014, 139.

denunciare le violazioni subite deriva anche dalla alterata percezione nell'ambiente penitenziario della figura del giudice¹².

L'esperienza ha così dimostrato come il ruolo di garanzia affidato al magistrato di sorveglianza sia rimasto nella sostanza irrealizzato, e con esso sia venuto a mancare un prezioso punto di riferimento per le persone private della libertà personale, sottoposte al rischio di vedere compressi oltre lo stretto necessario i propri diritti. Un rischio – è persino superfluo ricordarlo – quantomai elevato nella quotidianità del carcere: dalle cure mediche all'“ora d'aria”, dalle condizioni della cella all'igiene personale, dai rapporti affettivi all'accesso all'informazione o al lavoro, dalla vicinanza alla residenza familiare ai colloqui con i parenti e l'avvocato, le esigenze del detenuto – al di là delle «opinabili distinzioni tra diritti soggettivi, interessi legittimi o aspettative di mero fatto»¹³ dalle quali si fa dipendere la loro tutela giurisdizionale – hanno una diretta incidenza sulle sue condizioni di vita e la loro negazione, sistematica od occasionale, aperta o “strisciante”, può portare a pesanti compromissioni della sfera soggettiva, in ipotesi non giustificate dalle necessità della regolare esecuzione della pena o della misura cautelare, e perciò illegittime.

3. Che, dunque, fosse necessario non soltanto mettere a punto il sistema dei rimedi giurisdizionali, ma anche predisporre un meccanismo in grado di assicurare un costante controllo sul corretto funzionamento dello specifico settore della pubblica amministrazione, era convinzione maturata da tempo¹⁴; così come non potevano esservi dubbi sul fatto che questa funzione dovesse essere attribuita ad un organo diverso dal magistrato di sorveglianza, senza duplicarne le prerogative ma, anzi, integrandone in modo complementare le competenze.

Il naturale modello di riferimento non poteva che essere quello delle autorità di garanzia, organismi indipendenti tipicamente deputati

¹² Osserva F. Della Casa, *Art. 69 Op*, in *Ordinamento penitenziario commentato*⁴, a cura di V. Grevi, G. Giostra e F. Della Casa, Padova 2011, 926, che «molto spesso il detenuto chiede di incontrare il magistrato di sorveglianza per sottoporgli temi di vario genere: ad es., per ottenere una consulenza giuridica su questioni attinenti alla fase esecutiva della pena, oppure per sollecitare la trattazione di una sua istanza, oppure, ancora, per lamentarsi di una decisione negativa assunta dalla magistratura di sorveglianza nei suoi confronti»; in questi casi, non solo «il colloquio non è funzionale all'esercizio dell'attività di vigilanza attribuita dalla legge al magistrato di sorveglianza», ma si può dubitare della stessa opportunità dei colloqui, che finiscono per accentuare «il carattere anomalo delle funzioni di sorveglianza, aumentando il distacco dei magistrati che le esercitano dagli altri settori della magistratura».

¹³ Criticate giustamente da C. Fiorio, *op. cit.*, 2094; in tema v. F. Fiorentin, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell'amministrazione penitenziaria*, in *GM* 2010, 2815, che sottolinea, richiamando C. cost., sent. 212/1997, «la posizione di garanzia che la particolare situazione segregativa in cui si trova il detenuto fa sorgere il capo all'Amministrazione penitenziaria», dalla quale «nasce un'articolata serie di obblighi», «quali la tutela dell'integrità fisica, della salute, della sfera sociale, familiare e affettiva della persona sottoposta a esecuzione penale».

¹⁴ Cfr. ancora F. Della Casa, *Per un più fluido (ed esteso) «monitoraggio»*, cit., 70; Id., *Suggestioni influenze e standards europei quali fattori di evoluzione del sistema penitenziario italiano*, in *CP* 2004, 3485 ss.

alla tutela delle libertà¹⁵, al cui ambito può essere concettualmente ricondotta (almeno nel suo archetipo ideale) anche la figura del difensore civico¹⁶, non a caso spesso evocata – soprattutto alla luce delle esperienze maturate in sede locale¹⁷ – proprio con riferimento alla tutela dei diritti dei detenuti¹⁸.

¹⁵ Libertà economica, come per buona parte delle autorità indipendenti, nate e sviluppatesi proprio sul terreno della difesa del mercato e della concorrenza (dalla Banca d'Italia all'*Antitrust*, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato; dalla Consob, la Commissione nazionale per le società e la borsa all'Ivass, l'Autorità di vigilanza sulle assicurazioni; dal Garante per l'editoria all'Agcom, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni; dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, poi trasformata in Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ed ora confluita nell'Autorità nazionale anticorruzione, alle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità), ma anche diritti legati alle libertà della persona, come nel caso della Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, istituita per la tutela dei diritti e degli interessi dei minori; della Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, che mira ad assicurare il bilanciamento tra il diritto di sciopero e il godimento dei diritti alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione e alla libertà di comunicazione; o del Garante dei dati personali, il cui oggetto di tutela è la libertà personale *sub specie* di diritto alla riservatezza. Per un quadro articolato sull'argomento, oltre che per i necessari ulteriori richiami bibliografici, cfr., per tutti, F. Merusi, M. Passaro, *Autorità indipendenti*, in *ED*, VI, 2002, 143 ss.; e, più di recente, degli stessi AA., *Le autorità indipendenti*, Bologna 2011.

¹⁶ Ancorché privo dei poteri regolatori e sanzionatori, spesso riconosciuti alle *authorities*, il difensore civico è generalmente accostato alle autorità amministrative indipendenti: cfr. E. Casetta, *Brevi osservazioni sugli istituti di partecipazione previsti dalla legge sulle autonomie locali*, in *DSoc* 1992, 457 ss.; L. Ferrara, *Il difensore civico: forme associative e di cooperazione tra comuni*, in *ComuniIt* 1999, 235 ss.; C. Franchini, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *RTrimDPubl* 1988, 551 ss.; P. La Rocca, *Le autorità amministrative indipendenti e il difensore civico. Considerazioni*, in *ComuniIt* 2002, 377 ss.; R. Lombardi, *Efficienza amministrativa, difensore civico e controllo di gestione*, in *DAmM* 1997, 77 ss.; A. Lucchini, *Il difensore civico come autorità indipendente*, in *NRass* 2009, 1491 ss.; S. Piazza, *Il difensore civico (regionale, provinciale, comunale) nel quadro delle autorità amministrative indipendenti*, in *NRass* 1998, 269 ss.; P. Quinto, *Una authority per la difesa civica. Il diritto ad una «buona amministrazione»*, in www.lexitalia.it; M. Vecchiarelli, *Il difensore civico, da magistrato di persuasione ad autorità amministrativa indipendente*, in *ComuniIt* 2000, 1523.

¹⁷ In alcune realtà regionali, quali la Lombardia, le Marche e la Valle d'Aosta, al difensore civico sono attribuite anche le funzioni di garanzia dei diritti delle persone private della libertà locale. Va peraltro segnalato che – forse più opportunamente, vista la specificità della materia penitenziaria che, come osserva B. Desi, *I diritti civili per i detenuti: l'impegno dei garanti*, relazione al Convegno *Lo stato e le prospettive dei diritti civili: il ruolo propulsivo degli enti locali*, Milano 19.1.2013, in www.giuristidemocratici.it, fa preferire un «organo di tipo settoriale, istituito *ad hoc*», «a meno che non si vogliano figure di Garanti non capaci di esercitare davvero [un] controllo e svolgere [un] ruolo di promozione e denuncia» – nella maggior parte delle esperienze comunali, provinciali e regionali italiane dove è presente la figura del garante dei diritti dei detenuti, si tratta di organismi esclusivamente dedicati al presidio del tema carcerario.

¹⁸ V., oltre a F. Della Casa, *Per un più fluido (ed esteso) «monitoraggio»*, cit., 69 ss. e Id., *Suggerimenti influenze e standards europei*, cit., 3485 ss., G. Franci, *Il garante nazionale delle persone private della libertà personale*, in *RassPenCrim* 2012 (2), 7 ss.; M. Gemelli, *Il garante dei diritti dei delle persone detenute o private della libertà personale*, in *GP* 2007, II, 530 ss.; R. Pandolfi, *Il difensore civico delle persone private della libertà personale: spunti de iure condendo e de iure condito*, in *RGiurPol* 2004, 245 ss.

Si tratta di organismi che, per quanto variamente disciplinati, hanno in comune alcuni tratti essenziali, quali innanzitutto l'indipendenza funzionale ed organizzativa e quella personale dei componenti, l'imparzialità dell'operato, il rilievo costituzionale degli interessi pubblici e privati tutelati, la dotazione di adeguati poteri ispettivi, di verifica, di raccomandazione, segnalazione e proposta alle istituzioni competenti, l'alto grado di competenza tecnica; caratteristiche alle quali non di rado (ma non necessariamente) si aggiungono la potestà regolamentare nel settore di intervento e il potere sanzionatorio¹⁹.

4. A questo modello si è dichiaratamente ispirato l'intervento legislativo d'urgenza del d.l. 146/2013 nel creare la nuova *authority* delle carceri, dopo che – non più tardi di cinque anni prima, con altro provvedimento d'urgenza, il d.l. 207/2008 – era stato sancito il formale riconoscimento nell'ordinamento penitenziario dei Garanti locali²⁰.

Oggetto di molte, precedenti non fortunate iniziative parlamentari²¹, la figura del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà trova così finalmente ingresso nel nostro sistema giuridico.

¹⁹ Analoga figura di *independent mechanism* è l'organismo nazionale di prevenzione della tortura che l'Italia si è impegnata a realizzare con la sottoscrizione e la ratifica del Protocollo opzionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti, fatto a New York il 18 dicembre 2002, avvenuta con l. 9.11.2012 n. 195), che deve possedere i requisiti fissati dallo stesso Protocollo (artt. 16-21): indipendenza funzionale dell'organismo e indipendenza del relativo personale; specifiche competenze e conoscenze professionali dei componenti; disponibilità delle risorse necessarie al loro funzionamento; potere di ispezione dei luoghi di detenzione; potere di raccomandazione alle autorità competenti, al fine di migliorare il trattamento e le condizioni in cui versano e persone private della libertà e di prevenire la tortura e le altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti; potere di sottoporre proposte e osservazioni relativamente alla legislazione in vigore e ai progetti di legge; diritto di accesso alle informazioni sulla popolazione detenuta e sui luoghi di detenzione, sul trattamento e sulle condizioni di detenzione; diritto di accesso a tutti i luoghi di detenzione; possibilità di avere colloqui riservati con le persone private della libertà e con qualunque altra persona che l'organismo ritenga possa fornire informazioni rilevanti.

²⁰ L'art. 12-*bis* d.l. 30.12.2008 n. 207, introdotto in sede di conversione dalla l. 27.2.2009 n. 14, ha modificato gli artt. 18 e 67 Op, includendo il garante dei diritti dei detenuti tra i soggetti autorizzati ad avere colloqui e corrispondenza con i detenuti, anche al fine di compiere atti giuridici, e prevedendo per gli stessi organismi («comunque denominati») la possibilità di visitare gli istituti penitenziari. Sulla disposizione v. E. Bertolotto, *Art. 18 Op*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 227 ss.; D. Fiorentin, *Al debutto il Garante dei diritti dei detenuti*, in *GD Dossier* (2) 2009, 107 ss.; D. Verrina, *Art. 67 Op*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, cit., 910 ss.

²¹ Nell'attuale legislatura sono stati presentati i d.d.l. d'iniziativa parlamentare AS 210 (Torrise), AS 383 (Barani), AS 668 (Manconi) e AS 1002 (Marino e altri); nel corso della precedente legislatura erano stati presentati numerosi disegni di legge in entrambi i rami del Parlamento il cui esame non era stato avviato, mentre nella XV legislatura l'istituzione di un organo di garanzia dei diritti dei detenuti era prevista da un testo unificato approvato il 4 aprile 2007 dalla Camera dei deputati (AS 1463). Nella XIV legislatura erano state presentate alla Camera tre proposte di legge, AC 411 (Pisapia e altri), AC 3229 (Mazzoni) e AC 3344 (Finocchiaro e altri), poi confluite in un testo unificato il cui esame fu interrotto dalla fine della legislatura. A commento di quest'ultimo v. F. Della Casa, *Suggerimenti influenze e standards europei*, cit., 3489 s.

Il decreto dettaglia i compiti del nuovo organismo pubblico, in larga misura corrispondenti (e ben lo si comprende) a quelli del magistrato di sorveglianza.

Innanzitutto quello di vigilare sulla legalità dell'esecuzione della custodia, sia dei detenuti e degli internati che degli imputati sottoposti alla misura di rigore «o ad altre forme di limitazione della libertà personale»²², affinché la detenzione «sia attuata in conformità alle norme e ai principi stabiliti dalla Costituzione, dalle convenzioni internazionali sui diritti umani ratificate dall'Italia, dalle leggi dello Stato e dai regolamenti»¹ (art. 7 co. 5 lett. *a*). La vigilanza è estesa, a mente dell'art. 7 co. 5 lett. *e*, anche ai centri di identificazione e di espulsione previsti dall'art. 14 TuImm, ove il Garante verifica il rispetto delle condizioni di legalità del trattenimento²³.

A questi fini l'organismo nazionale dispone di una serie di poteri.

Analogamente a quanto già previsto anche per i Garanti locali, può visitare, senza necessità di autorizzazione, gli istituti penitenziari, oltre che gli ospedali psichiatrici giudiziari e le strutture sanitarie destinate ad accogliere le persone sottoposte a misure di sicurezza detentive, le comunità terapeutiche e di accoglienza o comunque le strutture pubbliche e private dove si trovano persone sottoposte a misure alternative o alla misura cautelare degli arresti domiciliari. Lo stesso potere di visita senza autorizzazione gli è attribuito per l'accesso agli istituti penali e alle comunità di accoglienza per i minori; mentre quanto alle camere di sicurezza delle forze di polizia si prevede che la visita possa avvenire solo «previo avviso e senza che da ciò possa derivare danno per le attività investigative in corso», in questo differenziandosi (incoerentemente) la disciplina rispetto a quella dettata per i Garanti locali, che possono recarsi negli stessi luoghi anche «a sorpresa»²⁴. È poi previsto che possa avere «accesso senza restrizione alcuna in qualunque locale» dei centri di identificazione ed espulsione.

Il Garante può inoltre prendere visione, previo consenso anche verbale dell'interessato, degli atti contenuti nel fascicolo personale del detenuto e di quelli comunque riferibili alle condizioni di detenzione o di privazione della libertà; nonché rivolgersi all'amministrazione penitenziaria per ottenere le informazioni e i documenti necessari, con la possibilità di richiedere al magistrato di sorveglianza competente, nel caso in

²² Quindi: alle misure precautelari (arresto e fermo), alla custodia cautelare in casa di cura (art. 286 Cpp), ma anche agli arresti domiciliari (art. 284 Cpp) e, si deve ritenere, all'obbligo di dimora (art. 283 Cpp).

²³ In particolare, «il rispetto degli adempimenti connessi ai diritti» previsti agli artt. 20, 21, 22, e 23 DPR 31.8.1999 n. 394, in tema di comunicazione del provvedimento di trattenimento, informazione dei diritti difensivi, modalità del trattamento, funzionamento dei centri, attività di prima assistenza e soccorso.

²⁴ L'Art. 67-*bis* Op, aggiunto dall'art. 2-*bis* co. 1 lett. *b* d.l. 22.12.2011 n. 211 (convertito, con modificazioni, dalla l. 17.2.2012 n. 9), prevede che «Le disposizioni di cui all'articolo 67 si applicano anche alle camere di sicurezza»; dunque, vale qui per i Garanti territoriali lo stesso potere di visita senza autorizzazione previsto per gli istituti penitenziari.

cui non riceva risposta entro trenta giorni, l'emissione di un ordine di esibizione.

Ove nello svolgimento della sua attività accerti la violazione di norme dell'ordinamento o la fondatezza delle istanze e dei reclami proposti ai sensi dell'art. 35 Op, l'*authority* formula «specifiche raccomandazioni all'amministrazione interessata»; questa, in caso di diniego, è tenuta a comunicare il dissenso motivato nel termine di trenta giorni.

Come ogni autorità indipendente, anche il Garante nazionale è chiamato a riferire periodicamente sul proprio operato: in questo senso dispone l'art. 7 co. 5 lett. g, che prevede l'elaborazione di una relazione annuale sull'attività svolta, da trasmettere ai Presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, nonché al Ministro dell'interno e al Ministro della giustizia.

Completa il quadro il ruolo di "raccordo" affidato all'organismo nazionale, che è chiamato a promuovere e favorire rapporti di collaborazione con i Garanti territoriali e con le altre figure istituzionali, comunque denominate, con competenza nelle stesse materie.

5. Se ci si ferma all'esame astratto delle funzioni, *nulla quaestio*: pur non essendosi spinto sino a prevedere poteri sanzionatori in capo all'*authority*, l'assetto normativo sembra tutto sommato adeguato e coerente con il contesto.

Se però si passa ad analizzare lo *status* e la struttura dell'organismo, ci si accorge immediatamente di come l'intervento legislativo, al di là dell'indubbio valore simbolico²⁵, sia destinato a risultare vano.

La timidezza con cui è stata costruita la figura, che assume una connotazione marcatamente subalterna all'esecutivo, e la sostanziale mancanza di risorse dedicate, non solo incidono negativamente sul piano dell'indipendenza e dell'autonomia dell'organo, ma ne riducono ai minimi termini l'operatività.

Il primo profilo critico viene in rilievo osservando il disposto dell'art. 7 co. 1, 2 e 4 d.l. 146/2013.

Qui si prevede che l'organismo – collegiale, composto dal presidente e da due membri – sia istituito «presso il Ministero della giustizia» (co. 1), e che i suoi componenti siano «nominati, previa delibera del Consiglio dei ministri, con decreto del presidente della Repubblica, sentite le competenti commissioni parlamentari» (co. 2).

Già solo questa indicazione – nonostante il *lifting* operato in sede di conversione del decreto²⁶ – basta a comprendere come si tratti di un'au-

²⁵ Sottolineato da A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino 2014, 156.

²⁶ L'art. 1 (allegato 1) l. 21.2.2014 n. 10 ha interpolato il co. 2 dell'art. 7 d.l. 146/2013, sostituendo alla previsione dell'approvazione delle nomine con «decreto del presidente del Consiglio dei ministri», quella che impone il «decreto del Presidente della Repubblica»; ed il co. 3 dello stesso articolo, ritoccando i requisiti di nomina (in particolare, sostituendo le parole: «non possono assumere cariche istituzionali, anche elettive, ovvero incarichi di responsabilità in partiti politici» con: «non possono ricoprire cariche istituzionali, anche elettive, ovvero incarichi in partiti politici»).

torità a nomina sostanzialmente governativa: tanto il parere delle commissioni (non vincolante e comunque ben lungi dall'essere previsto in termini tali da assicurare meccanismi di garanzia per le minoranze)²⁷, quanto la mera formalizzazione con decreto presidenziale (passaggio ben lontano, di per sé, dal dimostrare un effettivo affrancamento dalle scelte del Governo, come nei modelli a nomina parlamentare o affidata ai presidenti di Camera e Senato)²⁸, marginalizzano con tutta evidenza l'intervento parlamentare a favore della decisione dell'esecutivo²⁹.

Ma anche il modello di organizzazione risulta fortemente sbilanciato verso una diretta dipendenza dal dicastero della giustizia³⁰: strutture e risorse sono messe a disposizione dal Ministro e l'ufficio del Garante è composto da personale dello stesso ministero. Peraltro, per l'organigramma occorrerà attendere l'apposito regolamento del guardasigilli (regolamento, per inciso, che si sarebbe dovuto adottare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del decreto, e che non ha ancora visto la luce).

Il decreto, è vero, fissa una serie di parametri a presidio dell'indipendenza personale dei componenti. Detta i requisiti per la nomina del presidente e dei componenti (che sono scelti tra persone che assicurino indipendenza e competenza nelle discipline afferenti la tutela dei diritti umani); codifica le cause di incompatibilità (l'essere dipendenti delle pubbliche amministrazioni, il ricoprire cariche istituzionali, anche elettive, ovvero incarichi in partiti politici)³¹ e di sostituzione³² (dimissioni,

²⁷ Come, ad esempio, nel caso dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, i cui componenti sono analogamente nominati con decreto del presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, ma le designazioni effettuate da Governo sono sottoposte al previo parere vincolante espresso a maggioranza dei due terzi dei componenti delle competenti commissioni parlamentari, che possono anche procedere all'audizione delle persone designate: cfr. F. Merusi, M. Passaro, *Autorità indipendenti*, cit., 171.

²⁸ È interessante osservare come, ancora nelle ultime proposte di legge presentate in Parlamento nella XVII legislatura, la soluzione adottata al riguardo risulti radicalmente differente. Nel d.d.l. AS 383 (Barani), ad esempio, all'art. 1 co. 4 si prevede che «Il Garante nazionale e il vice Garante nazionale sono nominati dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, d'intesa tra loro (...)»; mentre l'art. 1 co. 2 d.d.l. AS 1003 (Marino e altri) dispone che «Il Garante è un organo collegiale che opera in autonomia e indipendenza; è composto dal presidente, nominato d'intesa dai presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, e da quattro altri componenti eletti, a maggioranza assoluta dei componenti e con voto limitato, in numero di due dal Senato della Repubblica ed in numero di due dalla Camera dei deputati».

²⁹ Osserva al proposito come «l'insieme delle regole sembra (...) agganciare in concreto la selezione al gradimento politico e non rende comunque neutra la figura», G. Di Rosa, *op. cit.*, 131.

³⁰ Secondo A. Della Bella, *op. cit.*, 157, «la scelta di incardinare l'ufficio del Garante all'interno del Ministero solleva qualche perplessità, per il rischio che una tale collocazione possa incidere sul carattere di terzietà che dovrebbe essere l'attributo essenziale di questo organo».

³¹ Originariamente riferita alle cariche «di responsabilità» all'interno dei partiti, la disposizione è stata poi modificata in sede di conversione in legge del decreto: v. *supra*, nota 26.

³² Peraltro non preoccupandosi di disciplinarne la relativa procedura, nono-

morte, incompatibilità sopravvenuta, accertato impedimento fisico o psichico, grave violazione dei doveri inerenti all'ufficio, ovvero condanna penale definitiva per delitto non colposo); impone una durata massima al mandato (cinque anni, non prorogabili).

Tuttavia, si tratta pur sempre di indicazioni piuttosto evanescenti che – per quanto utili a consentire agli interessati un sereno svolgimento dell'incarico, al riparo da possibili condizionamenti personali³³ – certamente non valgono a compensare il *deficit* di indipendenza funzionale dell'organo.

Senza dire che l'opzione, cui il legislatore ha aderito per ragioni di bilancio, per la gratuità della carica (fermo il diritto al mero rimborso delle spese: art. 7 co. 3, ultima parte) finisce per indebolire ulteriormente (se non l'autonomia, quantomeno) l'operatività della figura³⁴.

6. Operatività che risulta pesantemente condizionata anche dalla mancata previsione di qualsiasi forma di finanziamento del nuovo organismo.

Mentre le *authorities* prive di autonomia finanziaria (come l'Autorità *antitrust*, il Garante sulla *privacy* o la Commissione sullo sciopero) provvedono alla gestione delle spese relative al proprio funzionamento nei limiti degli stanziamenti previsti da appositi fondi istituiti nel bilancio dello Stato³⁵, il Garante nazionale delle carceri non dispone di alcuna risorsa economica diretta, stante l'imperativo della "copertura finanziaria zero" scolpito nell'art. 9 del decreto³⁶.

stante un'espressa evidenza, in tal senso, da parte del servizio studi del Senato: v. *Dossier* n. 105/2014 sul d.d.l. AS 1288.

³³ In particolare, l'indicazione tassativa delle cause di sostituzione (tra le quali non è inclusa quella per ragioni di opportunità, che può influire sull'autonomia del soggetto revocabile), e la previsione di una durata adeguatamente lunga, ma non prorogabile (che non sottopone l'interessato all'alea del rinnovo), contribuiscono a conferire alla carica impermeabilità da influenze esterne, senza peraltro poter essere di per sé garanzia di sicura indipendenza.

³⁴ Osserva G. Di Rosa, *op. cit.*, 132, che «la gratuità dell'incarico circoscrive il numero di soggetti che possono concretamente aspirare all'incarico e l'indipendenza dell'organismo, limitatandone la pienezza dei compiti, senza contare che il rimborso-spese va chiesto e giustificato al Ministero della giustizia».

³⁵ F. Merusi, M. Passaro, *Autorità indipendenti*, cit., 174.

³⁶ Assai significativo il passaggio della *Relazione* al d.d.l. n. 1921, cit.: «la necessità di coniugare rapidità ed effettività dell'intervento con le ormai strutturali esigenze di bilancio hanno suggerito di prevedere che la costituzione dell'organismo abbia luogo presso il Ministero della giustizia, avvalendosi del personale messo a disposizione dallo stesso Ministero, senza che peraltro dall'istituzione del Garante nazionale possa derivare alcun onere a carico dello Stato. Per tale motivo, i tre componenti (nominati dal Consiglio dei ministri) non hanno diritto ad indennità od emolumenti per l'attività prestata, fermo restando il mero rimborso delle spese affrontate nello svolgimento delle attività d'ufficio». Critico sul punto A. Giarda, *Si consolida lo «statuto» dei detenuti: basteranno le nuove norme?*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 6, che dubita che «possano vararsi riforme di tale importanza, senza la previsione di coperture finanziarie diverse rispetto a quelle che potremmo chiamare "residuali", soprattutto se si considera che la riforma prevede Istituzioni funzionalmente nuove che richiederebbero una adeguata preparazione professionale».

Il che rende l'assolvimento della missione un'impresa davvero ardua.

Per non ridursi ad un semplice simulacro, le impegnative competenze imposte dal decreto – dalla vigilanza nei luoghi di detenzione alle verifiche nei centri di identificazione ed espulsione, dalle attività istruttorie alle segnalazioni delle violazioni, dal *reporting* periodico ai rapporti con il territorio – esigono non solo una forte autonomia gestionale e organizzativa, ma una significativa disponibilità di risorse e di organico, l'una e l'altra irrimediabilmente inadeguate.

Così, se l'appartenenza della struttura all'amministrazione – indiretta per il vertice, diretta per il (futuro) personale distaccato – non contribuirà certo ad infondere nella popolazione carceraria fiducia nell'istituzione e nell'imparzialità del suo agire, allo stesso modo la presenza necessariamente sporadica e occasionale degli uomini dell'*authority* nei luoghi di detenzione non consentirà al Garante di tutelare i diritti delle persone private della libertà più o meglio di quanto oggi non faccia la magistratura di sorveglianza³⁷.

Non che, beninteso, il varo della nuova figura risulti di per sé inutile. Al contrario, foss'anche solo per dare un po' di visibilità ai drammatici problemi carcerari, la sua istituzione è senz'altro preziosa, ed è indubbiamente apprezzabile che si sia alla fine superato quello che sino a ieri sembrava un ostacolo insormontabile.

Ma una volta riconosciuta l'importanza dell'operazione sul piano dell'immagine, non si può tacere la delusione per l'ennesima occasione mancata.

A dispetto del nome, la funzione di garanzia è solo annunciata, e resterà una promessa (per non dire una pubblicità ingannevole) sino a che non si creeranno le condizioni che facciano del Garante nazionale una vera (funzionalmente, organizzativamente e finanziariamente autonoma) autorità indipendente.

³⁷ Come avverte F. Della Casa, *Per un più fluido (ed esteso) «monitoraggio»*, cit., 76, in tanto il nuovo organismo potrà servire a "compensare" la distanza dal carcere del magistrato di sorveglianza, in quanto sia «strutturato in modo tale – quanto a risorse ed organico – da consentir[n]e un'assidua presenza (...) all'interno degli istituti penitenziari».

Legge 28.4.2014, n. 67 Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili (GU 2.5.2014 n. 100)

CAPO I

Delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie

Art. 1

Delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie

1. Il Governo è delegato ad adottare uno o più decreti legislativi per la riforma del sistema delle pene, con le modalità e nei termini previsti dai commi 2 e 3 e nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

a) prevedere che le pene principali siano l'ergastolo, la reclusione, la reclusione domiciliare e l'arresto domiciliare, la multa e l'ammenda; prevedere che la reclusione e l'arresto domiciliari si espiano presso l'abitazione del condannato o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza, di seguito denominato «domicilio», con durata continuativa o per singoli giorni della settimana o per fasce orarie;

b) per i reati per i quali è prevista la pena dell'arresto o della reclusione non superiore nel massimo a tre anni, secondo quanto disposto dall'articolo 278 del codice di procedura penale, prevedere che la pena sia quella della reclusione domiciliare o dell'arresto domiciliare;

c) per i delitti per i quali è prevista la pena della reclusione tra i tre e i cinque anni, secondo quanto disposto dall'articolo 278 del codice di procedura penale, prevedere che il giudice, tenuto conto dei criteri indicati dall'articolo 133 del codice penale, possa applicare la reclusione domiciliare;

d) prevedere che, nei casi indicati nelle lettere b) e c), il giudice possa prescrivere l'utilizzo delle particolari modalità di controllo di cui all'articolo 275-bis del codice di procedura penale;

e) prevedere che le disposizioni di cui alle lettere b) e c) non si applichino nei casi previsti dagli articoli 102, 103, 105 e 108 del codice penale;

f) prevedere che il giudice sostituisca le pene previste nelle lettere b) e c) con le pene della reclusione o dell'arresto in carcere, qualora non risulti disponibile un domicilio idoneo ad assicurare la custodia del condannato ovvero quando il comportamento del condannato, per la violazione delle prescrizioni dettate o per la commissione di ulteriore reato, risulti incompatibile con la prosecuzione delle stesse, anche sulla base delle esigenze di tutela della persona offesa dal reato;

g) prevedere che, per la determinazione della pena agli effetti dell'applicazione della reclusione e dell'arresto domiciliare, si applichino, in ogni caso, i criteri di cui all'articolo 278 del codice di procedura penale;

h) prevedere l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 385 del codice penale nei casi di allontanamento non autorizzato del condannato dal luogo in cui sono in corso di

esecuzione le pene previste dalle lettere b) e c);

i) prevedere, altresì, che per i reati di cui alle lettere b) e c) il giudice, sentiti l'imputato e il pubblico ministero, possa applicare anche la sanzione del lavoro di pubblica utilità, con le modalità di cui alla lettera l);

l) prevedere che il lavoro di pubblica utilità non possa essere inferiore a dieci giorni e consista nella prestazione di attività non retribuita in favore della collettività da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato; prevedere che la prestazione debba essere svolta con modalità e tempi che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute del condannato; prevedere che la durata giornaliera della prestazione non possa comunque superare le otto ore;

m) escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento, senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la relativa normativa processuale penale;

n) provvedere al coordinamento delle nuove norme in materia di pene detentive non carcerarie sia con quelle di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689, sia con quelle di cui alla legge 26 novembre 2010, n. 199, sia con la disciplina dettata dal testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n. 313, sia con quelle di cui alla legge 26 luglio 1975, n. 354, tenendo conto della necessità di razionalizzare e di graduare il sistema delle pene, delle sanzioni sostitutive e delle misure alternative applicabili in concreto dal giudice di primo grado.

2. I decreti legislativi previsti dal comma 1 sono adottati entro il ter-

mine di otto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge su proposta del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Gli schemi dei decreti legislativi, a seguito di deliberazione preliminare del Consiglio dei ministri, sono trasmessi alle Camere, corredati di relazione tecnica, per l'espressione dei pareri da parte delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per i profili finanziari, che sono resi entro il termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti possono essere emanati anche in mancanza dei predetti pareri. Qualora tale termine venga a scadere nei trenta giorni antecedenti allo spirare del termine previsto dal primo periodo o successivamente, la scadenza di quest'ultimo è prorogata di sessanta giorni. Nella redazione dei decreti legislativi di cui al presente comma il Governo tiene conto delle eventuali modificazioni della normativa vigente comunque intervenute fino al momento dell'esercizio della delega. I predetti decreti legislativi contengono, altresì, le disposizioni necessarie al coordinamento con le altre norme legislative vigenti nella stessa materia.

3. Entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore dell'ultimo dei decreti legislativi di cui al presente articolo possono essere emanati uno o più decreti legislativi correttivi e integrativi, con il rispetto del procedimento di cui al comma 2 nonché dei principi e criteri direttivi di cui al comma 1.

4. Dall'attuazione della delega di cui al presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

5. Le amministrazioni pubbliche interessate provvedono ai compiti derivanti dall'attuazione della delega con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente. vigente.

Diritto penale domiciliare e tenuità dell'offesa nella delega 2014

Commento di DAVID BRUNELLI

SOMMARIO: 1. Intervento “epocale”. – 2. Il catalogo rinnovato: detenzione e arresto nel domicilio come pene principali. – 3. Considerazioni sul “taglio lineare”. – 4. L’eterno scontento degli studiosi: la decarcerizzazione tra strategia e tattica. – 5. Certezza e flessibilità della pena domiciliare. – 5.1. La misura aggiuntiva del lavoro di pubblica utilità. – 5.2. Domicilio inidoneo. – 5.3. Sospensione condizionale della pena domiciliare. – 6. Non punibilità per particolare tenuità dell’offesa e non abitualità del comportamento. – 6.1. Contenuti. – 6.2. Qualche interrogativo. – 7. Un ulteriore microsistema: virtù, necessità, precarietà.

1. Tanto tuonò, che piovve! Il legislatore italiano, vincendo la sua atavica pigrizia e sfidando il dileggio di chi gli contesta la strutturale e comprovata incapacità, decide di infliggere un colpo di maglio al sistema sanzionatorio a centralità carceraria che connota il leggendario codice Rocco, varando, con l’art. 1 l. 28.4.2014 n. 67 (d’ora in poi “delega 2014”), l’introduzione nel catalogo delle pene principali, in posizione intermedia tra quelle detentivo-carcerarie («ergastolo» e «reclusione») e quelle pecuniarie («multa» e «ammenda»), di pene detentivo-domiciliari («reclusione domiciliare» e «arresto domiciliare»).

La svolta sembra davvero «epocale» – per usare un termine evocato nei passaggi parlamentari¹ – perché nei gloriosi otto decenni di vita del codice Rocco, nonostante tutte le tempeste che quel testo normativo ha dovuto attraversare soprattutto per quel che riguarda le ideologie, le politiche, la cultura della pena, nei suoi contenuti e nelle sue finalità, mai era stato messo mano allo stringato catalogo sanzionatorio declamato all’art. 17.

Quell’elenco originario ha navigato indenne la stagione delle alternative al carcere, così come la nascita dei microsistemi penali costruiti attorno alla rinuncia alla pena detentiva. Per esempio, nessuno aveva pensato di modificarlo con la nascita del diritto penale mite del giudice di pace, nel cui circuito il “congedo” dalla pena detentiva è definitivo e la comminatoria delle c.d. pene paradetentive (permanenza domiciliare e lavoro di pubblica utilità) campeggia già nella dimensione astratta delle norme incriminatrici, prima ancora che nelle sentenze di condanna²; e nessuno – stavolta trincerandosi probabilmente dietro la falsa etichetta della «responsabilità amministrativa» – ha proposto di modificare quell’elenco con la nascita nell’anno successivo del sistema di re-

¹ Così, per esempio, nella relazione illustrativa della proposta di legge Camera dei deputati, n. 331/XVII legislatura, presentata il 13 marzo 2013 dai deputati Ferranti, Orlando e altri, che ha costituito il testo base su cui si è formata la legge delega poi approvata.

sponsabilità della persona giuridica, che prevede – come noto – la comminatoria in relazione ai vari reati-presupposto di pene interdittive, anch'esse già in astratto e non come succedaneo della decisione giudiziaria di cognizione o di esecuzione.

L'art. 17 resisteva come un baluardo dei tempi andati, per dimostrare stolidamente che nulla era cambiato in materia di pene dal 1930; anche se – in realtà – tutto era cambiato, non solo e non tanto nella denominazione delle pene principali “in astratto”, ma ben di più nel contenuto concreto delle pene detentive: per l'affollarsi di meccanismi alternativi, sostitutivi, modificativi, abbreviativi, variamente calibrati e modulati, che ne aveva trasfigurato l'originario modello, sino a farne canovacci a schema sostanzialmente libero, sui quali ciascun giudice scrive storie differenti e ciascun condannato vive esperienze personali, difficilmente prevedibili *ex ante*, sballottato tra esigenze specialpreventive e di difesa sociale e opposte necessità di sgombero delle carceri e di recupero di prospettive di risocializzazione. Dibattiti noti, argomenti logori, accorati proclami descrivono l'accaduto: secondo taluni, il disastro della “evaporazione” della pena, la “fuga” dalla sanzione; secondo tal altri, il pregio della individualizzazione del trattamento del condannato, della calibrazione del percorso rieducativo.

Già prima della “pioggia”, comunque, l'art. 17 non aveva più nessuna capacità illustrativa del sistema: non era vero che le pene principali fossero solo quelle ivi indicate, come non era vero che la pena detentiva (nelle sue due versioni nominalistiche di specie) designasse invariabilmente la custodia del condannato «in uno degli stabilimenti a ciò destinati», sinistramente evocati dagli artt. 23 e 25 Cp.

Ciò – si badi – non sta affatto a significare che l'articolo d'esordio della delega 2014 abbia un significato e una rilevanza meno “epocale” di quella apparente o che – addirittura – si risolva in niente altro che in una presa d'atto che le cose sono ormai davvero cambiate quanto a “centralità” della pena detentiva carceraria. Non sta affatto a significare che il più era già realizzato prima della “pioggia” e che si trattava solo di conferire maggiore razionalità al sistema, semplicemente mettendo in ordine gli elementi che già lo componevano.

Invero, molto – forse troppo o comunque troppo maldestramente – era stato già fatto; ma molto viene fatto attraverso la consegna di una delega così impegnativa e “radicale” quale quella confezionata dal Parlamento dopo molti tormenti, a cavallo di due legislature.

Peraltro una fantasmagoria di voci si era levata a reclamare l'ingresso nel sistema di pene principali diverse dal carcere e dalla pena pecuniaria, ritenendo che solo conferendo a tali pene “alternative” lo *status* e la dignità di pene autonome irrogabili direttamente e stabilmente dal giudice della cognizione si sarebbe superata la prospettiva che le

² Ne parlavo in D. Brunelli, *Il congedo della pena detentiva nel microsistema integrato del diritto penale “mite”, in Il Giudice di pace. Un nuovo modello di giustizia penale*, a cura di A. Scalfati, Padova 2001, 401 ss. Sulla natura di pene principali delle pene paradedentive, ora anche Corte cost., sent. 28.4.2010, n. 157.

considera come un mero «correttivo eventuale» alla pena carceraria³, un suo *alter ego* pronto ad entrare in scena secondo le insondabili valutazioni discrezionali dei giudici dell'esecuzione.

Del resto, anche coloro che prima della delega 2014 si prodigavano a puntualizzare che il sistema sanzionatorio era comunque “policentrico”, a dispetto della simbolica “resistenza” dell'art. 17, e, in particolare, che le misure custodiali non carcerarie godevano già di una loro “autonomia” concettuale e di disciplina rispetto alla pena carceraria, si dichiaravano disposti ad applaudire una futura legge che, «prendendo definitivamente atto della [loro] emancipazione dalla pena carceraria», avesse assegnato ai modelli alternativi di pena detentiva il carattere di “*pena principale*”, pur pronosticando, dato «l'attuale momento storico e l'instabilità che ormai da molti anni caratterizza il nostro sistema politico-parlamentare», che si sarebbe trattato di una speranza vana⁴.

Si deve allora assegnare carattere “epocale” all'intervento normativo proprio e innanzitutto perché ha sconfitto ogni più “realistica” e “rassegnata” previsione, e perché una volta tanto il legislatore sembra non aver portato a casa lo striminzito compitino dettato dall'occasione, ma aver gettato il cuore oltre l'ostacolo e provato a riflettere su una modifica di sistema.

Invero, salvo l'esame che condurremo subito sul contenuto e sulla portata della delega 2014, indubbiamente l'impressione che se ne trae nell'immediato è quella di un passaggio significativo nell'evoluzione del sistema sanzionatorio italiano, sia che lo si consideri (riduttivamente) il punto di arrivo di un percorso che prese l'avvio quarant'anni fa, sia che ci si illuda che esso costituisca il punto di partenza per il realizzarsi della sua catarsi e della sua rifondazione.

2. C'è poco da fare: lo spot comunicativo destinato a tramandare ai posteri la disposizione in commento si consuma nella avvenuta “promozione” delle pene “domiciliari” al rango di pene principali, dopo decenni di gravitazione nel territorio ambiguo e insidioso di mere “alternative” alla detenzione carceraria.

Si tratta, naturalmente, di comprendere innanzitutto quale sia l'effettiva conseguenza della “promozione”, e segnatamente accertare se essa consista in una mera operazione di facciata, ennesima beffa del nostrano legislatore amante dei simboli, o se, invece, comporti un certo impatto sul malmessso sistema penale, conferendogli una “scossa” positiva e stimolante.

Il dubbio è legittimo, proprio perché, da un lato, i due precedenti interventi legislativi sopra segnalati (giudice di pace e responsabilità degli enti) avevano di fatto già “promosso” pene non carcerarie al piano nobile delle pene principali, ma senza modificare né l'art. 17 né la parte

³ Per tutti, L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari 2002, 410.

⁴ M. Catenacci, *Tipologie sanzionatorie, comminatorie edittali e misure alternative: lo stato dell'arte*, in *RIDPP*, 2013, 1151 ss.

sanzionatoria delle singole norme incriminatrici; d'altro lato, l'incremento dell'elenco contenuto nell'art. 17 e il solenne enunciato che apre la delega al governo in materia di pene non carcerarie potrebbero rimanere lettera morta se dovessero valere come mera dichiarazione di intenti valida solo per il futuro.

Il legislatore delegante si affretta, perciò, a chiarire subito come la proclamata "promozione" valga già per l'immediato e come debba essere attuata, specificandone le modalità nelle successive lettere *b* e *c* della norma delegante.

In proposito, occorre dapprima premettere che il significato convenzionale della qualifica di "pena principale" coincide con quello di "pena edittale", intendendo per tale la pena comminata dal legislatore e prevista dalla norma incriminatrice come conseguenza del reato. Poiché, come si sa, il legislatore in questa fase può sia scegliere una sola specie di pena che demandare la scelta al giudice, prevedendo più specie di pena in alternativa tra loro, evidentemente solo nel primo caso si può essere sicuri che l'astratta comminatoria si trasformi in pena concretamente applicata ed eseguita, mentre nel secondo caso si aprono scenari che rimandano ad apprezzamenti discrezionali e a valutazioni specifiche sul singolo episodio.

Un conto è che il legislatore rinunci al carcere una volta per tutte in relazione ad un fatto di reato delineato in astratto, limitando già preliminarmente la reazione sanzionatoria alla detenzione non carceraria; un altro conto è che sia il giudice, a seguito di un apprezzamento dei connotati del caso concreto e della personalità del condannato, a stabilire che nello specifico sia preferibile optare per tale soluzione sanzionatoria, tra quelle messegli a disposizione dalla legge.

Senza necessariamente evocare lo spettro di esperienze non esaltanti, come quella delle pene paradetentive nel sistema del giudice penale di pace, le quali nell'alternativa con la pena pecuniaria comminata in astratto hanno solitamente la peggio e vengono applicate in casi piuttosto rari⁵, è evidente comunque che, rimanendo nella prospettiva della alternativa edittale, l'avvenuta "promozione" delle pene domiciliari avrebbe avuto un impatto più ridotto, nei fatti potendosi anche confondere con la sostanza della surroga in fase meramente esecutiva, quale sinora conosciuta ed attuata.

Sotto questo profilo, la modifica che il Senato ha apportato sul punto al disegno di legge approvato dalla Camera il 5 luglio 2013 conferisce all'intervento sicuramente una maggiore incisività. Il testo licenziato dalla Camera, infatti, dopo la proclamata "promozione", si limitava a stabilire che «per i delitti puniti con la reclusione fino a sei anni, il giudice, tenuto conto dei criteri indicati nell'art. 133 Cp, possa applicare la reclusione presso il domicilio in misura corrispondente alla pena irrogata» e che, per le contravvenzioni, accanto all'arresto, comminato

⁵ Il dato è pacifico: cfr., ad esempio, F.A. Mazza, *Le sanzioni del giudice di pace applicate dal giudice professionale*, in *La giurisprudenza del giudice di pace*², a cura di C. Riviezzo, Milano 2008, 345.

nella norma come pena «sola o congiunta», fosse prevista «in alternativa» come «pena detentiva principale [...] l'arresto presso il domicilio, in misura non inferiore a cinque giorni e non superiore a tre anni».

La montagna aveva in tal modo prodotto il topolino! Perché, per i delitti puniti con la reclusione fino a sei anni – evidentemente nel massimo – si varava una sorta di sanzione sostitutiva della reclusione – la quale rimaneva pur sempre la pena concretamente «irrogata», in quanto l'unica edittalmente prevista – da applicare da parte del giudice della cognizione, evocato dal richiamo all'art. 133 Cp, mentre la proclamata “promozione” a pena principale valeva solo per le contravvenzioni e solo come mera alternativa (edittale) alla comunque sopravvissuta pena dell'arresto⁶.

Eppure già questa ridotta “promozione” era qualificata come «epocale» in sede di presentazione della proposta di legge poi approvata, con l'espreso avvertimento che con tale qualifica non si «corre[va] il rischio di cadere in facili esaltazioni retoriche che sovente non hanno poi alcuna giustificazione nella realtà dei fatti»⁷.

Peraltro, si avvertiva da parte dei presentatori della proposta di legge che si era a bella posta voluto evitare l'«automatismo» della comminatoria della pena domiciliare, perché una simile soluzione avrebbe pregiudicato eccessivamente l'esigenza di sicurezza sociale dei cittadini, concorrente con quella di considerare il carcere una *extrema ratio*, sicché proprio il conferimento di un ampio potere discrezionale al giudice era visto come lo strumento insostituibile per realizzare un equilibrato contemperamento di entrambe le esigenze⁸.

Il Senato, evidentemente, ha compiuto una scelta diversa e più coraggiosa, inserendo anche la previsione di una fascia di reati per cui la sostituzione automatica equivale a rinuncia preventiva al carcere e la pena domiciliare è pena unica, non alternativa nella comminatoria edittale. La scelta dovrebbe accentuare il carattere “epocale” dell'intervento e contrassegnarlo come una netta inversione di rotta nella politica penale del nostro ordinamento.

Dopo la riscrittura del Senato, alla sostituzione del carcere con la pena domiciliare provvede direttamente e automaticamente il legislatore nei casi indicati dalla lett. *b*. Ciò significa che, per le contravvenzioni, la pena dell'arresto domiciliare prende *tout court* “edittalmente” il posto della pena dell'arresto, potendo semmai convertirsi in arresto nei casi indicati nella lett. *f* e quindi che, sotto questo profilo, il rapporto tra le pene è rovesciato: l'arresto in carcere non è più pena “principale” (com-

⁶ L'impropria espressione «contravvenzioni punite con la pena dell'arresto, *sola o congiunta* alla pena pecuniaria» avrebbe fatto sorgere il dubbio circa la riferibilità della sostituzione anche alle contravvenzioni punite con l'arresto come pena *alternativa* a quella pecuniaria. Invero, quando il legislatore si riferisce ad una pena «sola o congiunta» ad altra specie di pena ha presente la pena inflitta in concreto dal giudice (cfr. ad es. art. 163 Cp) e non la pena edittale, per la quale si parla di pena «sola» (es. art. 162 Cp), «alternativa» (es. art. 163 Cp), o «congiunta» (es. art. 157 co. 4 Cp).

⁷ Camera dei deputati, Proposta di legge n. 331, cit., 2.

⁸ Camera dei deputati, Proposta di legge n. 331, cit., 3.

minata in astratto), ma diventa pena meramente alternativo-sostitutiva (scontata in concreto) perché, espunta dall'elenco nobile di cui all'art. 17, può riaffiorare nella realtà solo per eventuale *dictum* del magistrato di sorveglianza.

La modificazione editale per sostituzione si estende, poi, prepotentemente anche ai delitti e riguarda tutte le comminatorie della reclusione fino ai tre anni nella misura massima, in tale limite ricomprendendosi anche le pene stabilite dalle circostanze autonome e di quelle ad effetto speciale (oltre che di quelle comuni di cui agli artt. 61 n. 5 e 62 n. 4 Cp), stante il richiamo al criterio di computo di cui all'art. 278 Cpp. Anche questa è automatica e "stabile" per il giudice della cognizione, poiché il "ritorno" alla reclusione carceraria è previsto solo come eccezione del caso concreto operabile dal magistrato di sorveglianza, sempre nelle ipotesi peculiari indicate nella lett. *f*.

La disposizione coraggiosamente concepita dal Senato implica dunque la modifica normativa di tutte le pene detentive presenti nelle norme incriminatrici interessate e rappresenta una vera e propria riforma del sistema delle sanzioni editali, attuata non già per singoli reati o gruppi di reati, ma "linearmente" per limiti editali, senza alcuna eccezione.

In questi casi la nuova pena detentiva domiciliare è davvero pena "principale", sia nel senso che è *prevista in astratto come tale dalla legge*, sia nel senso che non costituendo una alternativa editale alla pena detentiva carceraria, ma avendola per legge sostituita nella comminatoria, rappresenta una *pena "unica"*, se prevista da sola, ovvero può rappresentare una pena *"alternativa" o "congiunta"* alla pena pecuniaria.

Tra la fascia delle incriminazioni che ora prevedono in tal modo la pena detentiva domiciliare e la fascia delle incriminazioni che continuano a prevedere la "tradizionale" reclusione, il legislatore ha mantenuto una sorta di fascia intermedia che funge da cuscinetto tra le due estreme, ove adotta con modificazioni il modello "attenuato" di sostituzione editale che figurava nel testo dei disegni di legge. Si tratta dei casi indicati nella lett. *c*, concernenti i delitti (comprese le circostanze indicate nell'art. 278 Cpp) per cui è prevista la reclusione – deve intendersi «nel massimo» – da tre anni (e un giorno) a cinque anni, nei quali la reclusione domiciliare assume i contorni di pena principale comminata in alternativa alla reclusione (nella stessa misura), eventualmente in alternativa o in cumulo con la pena pecuniaria; essa può essere scelta dal giudice della cognizione, impiegando i normali criteri dell'art. 133 Cp, espressamente richiamati.

A differenza del modello che compariva nel testo approvato dalla Camera il 4 luglio 2013, in tal caso si può dire che la detenzione domiciliare è *autentica pena principale*, perché non è chiamata a prendere il posto della pena detentiva carceraria concretamente irrogata, ma si pone in alternativa a questa già nella comminatoria editale.

La differenza con quel testo riguarda, d'altra parte, il limite editale individuato per l'operazione, che lì era portato a sei anni di reclusione nel massimo, mentre nel testo della legge è ridotto a cinque: una sorta di compensazione rispetto al maggior impatto complessivo della stessa.

Rimane solo da chiarire cosa succeda nei casi di «*inapplicabilità*» descritti dalla lett. *e*, che sembrano di competenza del giudice della cognizione, e non già, come quelli di cui alla lett. *f*, del giudice dell'esecuzione o del magistrato di sorveglianza⁹. Si tratta sicuramente di casi molto marginali, che rispolverano le “romantiche” figure del delinquente abituale, professionale o per tendenza (artt. 102, 103, 105 108 Cp), ma, nondimeno, tali ipotesi sembrano infrangere la “pulizia” sistematica dell'intervento legislativo. Infatti, poiché la causa di incompatibilità dipende dallo *status* del singolo condannato e dunque dalle peculiarità del caso concreto, quando la modifica edittale abbia comportato la sostituzione *ope legis* della pena detentiva con la pena domiciliare (lett. *b*) e non il suo solo “affiancamento” (lett. *c*), il giudice è chiamato a “recuperare” l'antica pena detentiva, che però non è pena edittale.

Evidentemente, si delinea un caso di *sostituzione* all'inverso (da pena domiciliare a pena carceraria), operata direttamente in sede di cognizione (con la sentenza di condanna) e non all'emergere di situazione patologica in fase esecutiva (lett. *f*): la pena detentiva è pena sostitutiva della pena domiciliare. Non è il massimo, sul piano sistematico e dei concetti; ma si tratta di eccezione che non inficia la sostanza dell'operazione.

3. Così delineato il contenuto dell'operazione, insomma, sembra davvero che stavolta si sia fatto sul serio nell'erosione del territorio di competenza della pena carceraria e nella scommessa su una risposta sanzionatoria differenziata, in grado di testare le *performances* di un diritto penale, mai così “adulato” dall'opinione pubblica e contemporaneamente mai così in crisi di identità e di risultati.

Soprattutto, l'alternativa al carcere non è più soltanto caricata sulle spalle del giudice, rimessa agli aruspici di una procedura chiamata a pronunciarsi sul caso concreto; qui è in primo luogo il legislatore a prendere una posizione stabile ed autorevole, ad assumersi la responsabilità della scelta di una definitiva rinuncia per una determinata fascia di reati, senza rimandi ai pronostici sulla rieducabilità del singolo condannato o comunque sulla correttezza del suo futuro comportamento e senza neppure distinguere in base alla specifica tipologia criminosa.

Dopo decenni di pseudoriforme giocate unicamente sul filo sottile della implementazione della discrezionalità del giudice, espressione di una politica criminale senza qualità, perché fatta di aperture ed ammiccamenti, ma anche di ambigue contropinte e codardi ripensamenti¹⁰,

⁹ Il primo, verosimilmente, per il profilo dell'idoneità del domicilio, il secondo per la verifica del comportamento del condannato durante la espiazione della pena.

¹⁰ Per vero, gli ultimi interventi legislativi volti a “guidare” le scelte discrezionali del giudice in materia di commisurazione della pena verso lidi che garantissero maggiormente le attese securitarie non hanno avuto particolare successo, a causa della loro palese irragionevolezza e della sciattezza con cui sono stati confezionati: per esempio, in tema di recidiva reiterata, quelli non *bypassati* dal diritto vivente (per tutte Cass., S.U., 27.5.2010, Calibé, in *CEDCass.*, m. 247838), sono stati abbattuti dalla Corte costituzionale (sent. 5.11.2012, n. 251; 18.4.2014, nn. 105 e 106).

dove l'innovazione ha dovuto fare i conti con le paure indotte dall'onda securitaria e dalle impellenti necessità deflattive (del processo e delle carceri), la "svolta" ora registrata ha senz'altro il pregio della unidirezionalità del messaggio da parte di un legislatore che manifesta la volontà di riappropriarsi delle chiavi della politica penale¹¹.

Per di più, si tratta di un segnale maturato dopo un dibattito parlamentare in cui – come si è accennato – erano disponibili altre opzioni, meno impegnative e maggiormente in linea con la "tradizione"; dunque, sembra questo un punto di svolta da non sottovalutare.

Del resto, la fascia dei reati soggetta alla automatica modifica sanzionatoria, tutti abbondantemente ricompresi nella competenza del giudice monocratico (cfr. art. 550 Cpp) e dentro il periodo minimo del tempo della prescrizione (art. 157 co. 1 Cp), esprime una criminalità di *spessore così basso* che la "prestazione" in termini di prevenzione generale (intimidatrice) delle norme che li prevedono non sembra poter subire la benché minima incisione. Una condanna per tali reati in ben pochi casi si trasformava in pena detentiva carceraria soggetta a effettiva esecuzione e, comunque, il profilo sanzionatorio astratto (nel massimo reclusione non superiore a tre anni) non era votato ad esprimere in sé alcuna capacità dissuasiva (in senso tradizionale), essendo la stessa piuttosto riposta sulla stigmatizzazione comunque derivante dalla condanna penale e dalla qualificazione del fatto come reato, elementi che non vengono intaccati dalla trasformazione della specie di pena.

Quanto alla tecnica del "taglio lineare" al carcere, infine prescelta, se è vero, per un verso, che essa rivela una rinuncia ad un più attento esame criminologico sulle singole tipologie di reato per le quali la pena domiciliare potrebbe avere maggiore resa¹², è anche vero che dopo decenni di riforme penali cucite sui vari "nemici" che andavano sconfitti, combattute nel nome di autentiche "crociate" contro piaghe sociali da curare a ogni costo, una opzione legislativa che *guarda unicamente al tipo di pena piuttosto che al tipo dell'autore e o del crimine* deve essere valutata come una indicazione in prima battuta rassicurante. Ciò perché

¹¹ Molto si è scritto in questi anni sulla crisi della legalità penale, quasi che fosse ascrivibile a protervia dei giudici e a loro ambizioni sfrenate, o, nella migliore delle ipotesi, il prodotto del vento europeista che ormai spira incontrastato anche sul terreno "protetto" del diritto penale; talvolta si sottovaluta come fattore causale concomitante, se non preponderante, dell'evaporazione del diritto positivo sia piuttosto l'inerzia, la sciatteria, la "codardia" di un legislatore che si ricorda della giustizia penale solo per varare misure "tampone" invocate a furor di popolo, destinate ad implementare il groviglio normativo e subito irresponsabilmente immesse nella galassia della gestione giudiziaria. Sul punto, tra gli altri, anche per il rilievo che spesso considerare il diritto penale europeo come una minaccia per la nostra tradizione legicentrica costituisce un comodo alibi per rimanere inerti di fronte alle distorsioni del sistema, A. Gargani, *Verso una "democrazia giudiziaria"? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia* 2011, 123 ss.

¹² Secondo M. Catenacci, *Tipologie sanzionatorie*, cit., 1160, genera perplessità la rinuncia alla selezione preventiva, su basi empirico-criminologiche, delle tipologie di reato rispetto a cui la pena domiciliare potrebbe avere maggiore possibilità di successo in chiave di prevenzione generale e speciale.

esprime comunque uno sforzo di dare risposte non solamente dettate dall'ansia di tamponare l'emergenza, ponendo invece in primo piano sul tappeto la questione e la politica della pena, piuttosto che quella del reato e del reo.

Né erano mancate, sotto questo profilo, devianti "sirene" parlamentari pronte a sollecitare "eccezioni" al taglio lineare, in nome delle "speciali esigenze" repressive che un certo fenomeno criminoso richiederebbe, mosse dalla preoccupazione che potessero nascondersi nelle pieghe della legislazione reati che suscitano "grave allarme sociale", sebbene puniti con pena detentiva non particolarmente elevata¹³.

Un legislatore che si è sottratto al richiamo di queste sirene e ha mantenuto la inderogabilità quindi la "purezza" del taglio lineare, a differenza di quanto invece risulta nella contemporanea delega rilasciata in materia di depenalizzazione (art. 2 co. 2 l. n. 67/2014)¹⁴, sembra aver finalmente preso atto che la "qualità" della pena non è variabile dipendente dalla qualità del reato o del reo e che, una volta comminata e successivamente irrogata, la sua "quantità" si misura solo in giorni, mesi e anni, ciascuno dei quali ha lo stesso peso quale che sia il delitto per cui è minacciata e il delinquente al quale è inflitta; con la conseguenza che, se davvero il delitto suscita un consistente allarme sociale, ciò si dovrà riflettere unicamente sulla "misura" (e sulla specie) della pena edittale, e, se davvero il delinquente manifesta speciali inclinazioni al crimine, di ciò dovrà o potrà tener conto il giudice nella commisurazione della pena da infliggergli.

Tuttavia, una scelta di questo tipo presenta un inconveniente di non di poco momento, che non si può sottacere. Poiché l'intervento avviene sul "treno in corsa", vale a dire su un sistema già strutturato di incriminazioni e consiste in una correzione generalizzata delle sanzioni, inevitabilmente tale correzione presuppone e conseguentemente convalida la razionalità complessiva di tale sistema. Il legislatore è ben lungi dal riscrivere la pena per ciascun reato, sia in relazione ad una aggiornata valutazione della gravità e dell'allarme sociale di esso, sia in relazione ad una rinnovata opera di comparazione tra le singole incriminazioni; ciò posto, effettuare una "correzione" lineare delle pene allo stato comminate comporta che si sottoscriva la base di fondo su cui l'operazione è svolta, e dunque significa far proprie le valutazioni autonome e quelle di comparazione.

Se il vantaggio del taglio lineare è quello della chiarezza e della

¹³ Si veda, per esempio, il parere della Commissione Affari costituzionali della Camera sul testo unificato delle proposte di legge n. 331 e n. 927, in cui si discute se le "eccezioni" debbano essere previste dalla legge o rimesse alla discrezionalità del giudice; tra i reati che suggeriscono o impongono il carcere è espressamente menzionato lo "stalking", che secondo le mode più recenti evidentemente forgia nemici sociali ben più agguerriti di quello che si potrebbe supporre dal limite edittale di pena e che, secondo i deputati proponenti, esclude la possibilità della "sostituzione" del carcere «per evidenti ragioni» (v. Camera dei deputati, Proposta di legge n. 331, cit., 2).

¹⁴ Per una critica in proposito, G. Mannozi, *Il "legno storto" del sistema sanzionatorio*, in *DPP* 2014, 784.

“pulizia” del messaggio, anche in termini di parità di trattamento, il suo “costo” coincide con le sue implicazioni sistematiche: giurare sulla bontà della base di partenza e asseverare la razionalità del “prodotto finito”.

Costo che – tra l’altro – risulta probabilmente incrementato dalla scelta di prendere a riferimento dell’operazione – ancora una volta – il livello *massimo* della pena edittale, evidentemente considerato in grado di meglio esprimere la reale gravità dei fatti di reato, senza tener conto però che la vita quotidiana dei tribunali, nelle sentenze e nelle valutazioni degli operatori, si sviluppa e si anima piuttosto attorno ai *minimi* delle previsioni sanzionatorie, soprattutto con riguardo alla pena detentiva, e dunque che questo sarebbe stato semmai il dato più attendibile per incidere sulla realtà.

A parte ciò, non si può comunque accusare il legislatore di aver ignorato queste implicazioni legate all’impiego del taglio lineare. Infatti, nell’ultima proposizione della delega, lodevolmente occupandosi del coordinamento delle nuove norme con quelle preesistenti, raccomanda al delegato di tener «conto della necessità di razionalizzare e di graduare il sistema delle pene, delle sanzioni sostitutive e delle misure alternative applicabili in concreto dal giudice di primo grado». La raccomandazione, che per certi versi è scontata, per altri versi sibillina, rivela però segnali di sensibilità al problema. In particolare, il riferimento alla necessità di «razionalizzare e graduare il sistema delle pene» ha riguardo proprio alle comminatorie penali; e tuttavia è scarsamente incisivo, poiché il delegato non viene dotato dei poteri per rivedere le comminatorie penali diverse da quelle indicate nella lett. *b*, nel senso ivi specificato, e dunque ben poco può fare per razionalizzarle e graduarle.

Del resto, il legislatore ha escluso che si potesse procedere o incaricare di procedere all’azzeramento delle incriminazioni e alla riscrittura completa del catalogo dei reati, opera ciclopica di fronte alla quale si sono arenate le stesse Commissioni di riforma del codice penale che ottimisticamente sono state messe in piedi sino a qualche anno fa, ed ha anche escluso che si potesse procedere ad una completa mappatura dell’esistente, per verificare dove fosse necessario intervenire nella materia delle sanzioni, opera egualmente se non maggiormente impegnativa della precedente; ciò significa che, in definitiva, ha dovuto compiere un atto di fede e tenere per buono l’intero pacchetto di partenza.

Infatti, a differenza degli altri interventi, qualunque selezione di incriminazioni su cui effettuare il mutamento sanzionatorio avrebbe prestato il fianco a critiche, offrendo il destro per esiziali raffronti, confronti, e paragoni. Quando si trattò di selezionare i reati da sottoporre alle pene “paradentive”, tramutando il carcere al più in permanenza domiciliare e lavoro di pubblica utilità, tale intervento fu celato dietro i panni della creazione di una speciale giurisdizione e la selezione del materiale, tutt’altro che esente da critiche¹⁵, venne comunque contrabban-

¹⁵ Si può vedere, per esempio, M. Papa, *La selezione dei reati per il sistema penale del giudice di pace: costruzione di un nuovo sistema punitivo e mutazioni della*

data come una scelta relativa alla competenza per materia del neonato giudice e dettata da esigenze di natura processuale; per quanto riguarda, invece, la selezione delle incriminazioni che fungono da presupposto per la responsabilità delle persone giuridiche, il metodo dello “stillicidio”, che include la possibilità di sempre nuovi inserimenti, assicura mobilità e flessibilità di risultati, comunque in una prospettiva di ricaduta sanzionatoria secondaria o riflessa.

Dunque, in questa occasione il taglio lineare non aveva alternative, e la prospettiva di correttivi occasionali in chiave di eccezionali esclusioni avrebbe solo accentuato le disparità senza risolvere il problema di fondo.

Rimane, allora, da verificare se si tratta di un problema che possa condannare alla sconfitta qualunque politica penale che, rifiutando di scaricare ancora una volta sul giudice le *chanches* di modernizzazione del sistema sanzionatorio, si risolva in un aggiustamento dell'esistente e se non resti altra soluzione che quella di invocare la *tabula rasa*.

La domanda è se possa il legislatore realizzare una riforma del sistema sanzionatorio così incisiva da por mano alle comminatorie penali, senza tuttavia ridimensionare ognuna di esse, ma limitandosi a operare per fasce. La risposta, purtroppo, non può che essere negativa, perché il sistema sanzionatorio vigente non si mostra carente soltanto perché determina un eccessivo affollamento delle carceri o perché presenta comminatorie penali troppo severe, almeno sulla carta, o perché il coacervo di misure alternative e benefici vari rende la pena detentiva una entità insondabile e misteriosa, percorsa da regole ed eccezioni talmente intricate, che ogni detenuto può viverla come storia singolare ed irripetibile. Questi sono solo alcuni dei profili critici del nostro sistema sanzionatorio che generano, però, da un problema ancora più radicale: quello della totale irrazionalità del complesso delle comminatorie, frutto dell'accumulo di norme incriminatrici una sull'altra e dell'espandersi a macchia d'olio dello strumento penale nei settori più disparati, come monotona e unica risposta alle tensioni sociali, ai quotidiani allarmi, alle soverchianti emergenze.

A fronte di una simile “precondizione” ogni riforma che incida sulle comminatorie rischia di essere parziale, di tamponare una falla ma di aprirne delle altre.

A conferma, si può riscontrare il progetto di legge delega redatto dall'ultima Commissione che ha lavorato presso il Ministero della Giustizia, con il mandato di predisporre interventi normativi sul sistema sanzionatorio penale, presieduta dal prof. Francesco Palazzo. In quell'elaborato, che conteneva una riformulazione di tutto l'apparato delle pene principali, l'impatto sul sistema vigente era regolato da una «clausola generale di sostituzione» delle pene oggi vigenti con quelle di nuovo conio, affidata interamente alla discrezionalità del giudice e, dunque,

legalità penale, in *Competenza penale del giudice di pace e “nuove” pene non detentive. Effettività e mitezza della sua giurisdizione*, a cura di L. Picotti e G. Spangher, Milano 2003, 19 ss.

non legata a meccanismi automatici *ope legis* (cfr. art. 24). Nella Relazione accompagnatoria del testo, i Commissari spiegano con chiarezza il senso della loro scelta, premettendo che la «strada maestra» sarebbe quella di provvedere ad una «capillare e ciclopica opera legislativa di revisione delle comminatorie edittali delle disposizioni incriminatrici oggi vigenti», ma di aver ritenuto che «condizionare l'entrata in funzione del nuovo sistema sanzionatorio al completamento di questa vasta opera legislativa di adeguamento, significherebbe vanificare in radice la riforma»; quanto alla necessitata soluzione «di ripiego», consistente in un «innesto sin da subito delle nuove tipologie sanzionatorie sulle vecchie comminatorie», spiegano di aver scelto la «via giudiziaria» in luogo della sostituzione automatica *ope legis*, «non solo perché più conforme alla tradizione del meccanismo sostitutivo inaugurata dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, ma anche perché meno complessa da realizzare normativamente e produttiva di maggiori risultati in termini di riduzione dell'incidenza carceraria»¹⁶.

Sono parole che esprimono sano realismo, ma anche una dura realtà: quasi una presa d'atto dell'impossibilità di riformare oggi in Italia il sistema penale.

4. Ci si potrebbe chiedere, a questo punto, come mai il legislatore della delega abbia invece «superato» di slancio il metodo propugnato dalla Commissione Palazzo e previsto – con il colpo di teatro effettuato dal Senato – l'inserzione automatica delle nuove pene ad opera della legge.

Si è già evidenziato sopra come tale tecnica costituisca una sorta di fiore all'occhiello dell'intervento legislativo, in grado di caratterizzarlo in maniere forte e come momento di rottura della tradizione; e, in effetti, tra le dichiarate motivazioni che invece avevano spinto i Commissari ministeriali a scegliere l'altra strada si segnalava proprio la «conformità alla tradizione». E tuttavia, la risposta alla domanda è agevolmente formulabile sulla scorta di un altro rilievo: che l'intervento legislativo in commento – a differenza di quello tracciato dalla Commissione Palazzo – non presenta l'impatto e la portata di una vera riforma del sistema sanzionatorio, perché si limita ad inserire tra la pena carceraria e la pena pecuniaria la *sola pena domiciliare*. Ciò vuol dire che l'opera è stata sicuramente non così «complessa» da realizzare e così impegnativa nel contenuto, e che tale minore «pretesa riformatrice» è stata compensata dalla maggiore «energia» impressa nell'impatto sul sistema. Si potrebbe anche dire che, in tanto è stata concepita l'inserzione automatica nella fascia della reclusione non superiore nel massimo a tre anni, in quanto *solo* di questo si è trattato.

Tale considerazione conduce direttamente all'aspetto «critico» dell'intervento legislativo in commento: la *sua ridotta portata*. Al confronto

¹⁶ Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale (dicembre 2013), in www.penalecontemporaneo.it, 10.2.2014, 11.

con lo schema predisposto dalla Commissione Palazzo, tale intervento, pur così autorevole nei “modi”, appare davvero poco ambizioso. Non una riforma completa del sistema sanzionatorio, allora, ma semplicemente una misura di decarcerizzazione-decongestione che coinvolge tale sistema, come risposta – a “costo zero”, ma sicuramente più stabile e seria rispetto alle precedenti – alla fagocitante emergenza che la realtà del carcere esibisce in termini sempre più drammatici.

Non, dunque, frutto di una attenta riflessione sul ruolo e i compiti della pena, sulle funzioni che la stessa può utilmente svolgere nella moderna società postindustriale nel fronteggiare i fenomeni criminali, nell’indirizzare i consociati, nel consentire ai trasgressori speranze di risocializzazione; non una apertura al “nuovo” diritto penale, che vuol rinunciare ad affrontare a “muso duro” i delinquenti (potenziali e reali) con la violenza della pena per rivolgersi loro con la forza della persuasione e la proposta di “collaborazione”¹⁷; semplicemente un modo di affrontare uno degli aspetti critici del sistema sanzionatorio, quello più allarmante e politicamente più delicato.

Sotto questo aspetto, si può ben comprendere come il percorso parlamentare della legge non sia stato accompagnato dagli entusiastici commenti che avrebbe suscitato una svolta davvero “epocale”, ma anzi sia stato vissuto dai componenti la Commissione Palazzo come una sorta di beffa, come l’ennesima occasione mancata¹⁸; così come si può spiegare la “freddezza” con cui la delega sia stata accolta dalla dottrina, che, lungi dal glorificarne l’effetto decarcerizzante, ne stigmatizza piuttosto la ribadita volontà di incentrare ancora una volta il sistema delle pene sulla dimensione detentivo-coercitiva¹⁹.

Siamo di fronte ad una nuova manifestazione dell’eterno scontento degli studiosi e, in definitiva, anche stavolta le sottolineature critiche non sembrano ingiustificate o pretestuose. Lesaurirsi della riforma sulla sola trasformazione della pena detentiva carceraria in pena detentiva domiciliare, invero, rischia di far emergere tutti i limiti e le perplessità che tale modalità sanzionatoria da sempre porta con sé: il suo forte connotato “diseguale”, perché un conto è scontare la pena in un reggia, un altro in una stanza, un conto è poter disporre di una abitazione confortevole, un altro è non avere alcun domicilio “idoneo”, nonché – per altro

¹⁷ Per uno squarcio, se ne veda il bell’affresco di C. Mazzuccato, *Giustizia penale. Interlocuzione con il precetto penale e spunti di politica criminale*, in *Studi in onore di M. Romano*, vol. I, Napoli 2011, 407 ss.

¹⁸ Lo stesso F. Palazzo, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 febbraio 2014, avendo notato quanto il progetto Ferranti fosse rinunciatario sia riguardo alle tipologie sanzionatorie diverse dalla detenzione domiciliare, sia riguardo ai suoi rapporti con la sospensione condizionale, chiosava amaramente che «poiché, ad onta di tutte le statistiche serie sulla criminalità, la cosiddetta opinione pubblica finisce per identificarsi con l’opinione dei media e con il loro allarmismo pagante, è facile comprendere come anche il più illuminato degli uomini politici tenda ad assumere atteggiamenti di perenne vischiosità più che di cautela, impedendo così che dalle buone intenzioni si passi ai fatti».

¹⁹ G. Mannozi, *Il “legno storto”*, cit., 781 ss.

verso – il suo contenuto comunque limitativo della libertà personale. Ciò significa che se una riforma del sistema sanzionatorio deve essere costruita attorno ad una idea diversa dalla afflizione detentiva, che concepisca la pena non più come “castigo” ma come occasione di riflessione e di riscatto per il reo²⁰, incentrare la novità unicamente sulla pena domiciliare sostanzialmente equivale ad un rigetto di tale diversa prospettiva, alla rinuncia di un progetto alternativo e alla riconferma del tradizionale e politicamente meno impegnativo modello repressivo. Significa che il legislatore si è mosso ancora una volta senza strategia o con una strategia di corto respiro, non potendosi permettere altro che un tatticismo opportunistico.

Se la riduzione del carcere non avviene nell’ambito di un disegno complessivo, ma rappresenta l’unico effetto di un intervento normativo, è evidente che comunque tale intervento, pur in sé lodevole, non può incarnare i connotati di una autentica “riforma”.

Questa nota di fondo è incancellabile e certamente si può comprendere come mai, nella prospettiva delle “attese” della dottrina più sensibile, essa annacqua, se non cancella dalla scena, l’indubbio effetto di contrazione della severità della risposta penale per la fascia dei reati interessati che comporta il passaggio dal carcere alla pena domiciliare.

D’altra parte, però, neppure è giusto liquidare l’operazione legislativa soltanto come l’ennesima occasione mancata. Infatti, non possiamo dimenticare che per il condannato scontare la detenzione – sia pure obbligatoriamente – nel proprio domicilio piuttosto che entrare nel dantesco microcosmo carcerario costituisca prospettiva ben più rosea, sia sotto il profilo della proporzione tra fatto commesso e conseguenza sanzionatoria, sia sotto il profilo del percorso rieducativo. Da questo semplice punto di vista, l’alterità della pena domiciliare rispetto a quella carceraria già a livello di comminatoria edittale non deve essere svalutata, poiché è capace di esprimere comunque il germe di una scelta politico-criminale orientata a un modello di diritto penale nel quale la prevenzione generale dissuasiva e la prevenzione speciale meramente neutralizzante progressivamente si dispongono a cedere la scena a potenziali percorsi “positivi” e costruttivi, ove centrali diventano la persuasione e lo stimolo al riscatto sociale della persona umana.

Occorre, semmai, vincere lo sconforto e incoraggiare il legislatore a intraprendere il cammino con maggior decisione, abbandonando gli indugi e le preoccupazioni “politiche” che le scelte apparentemente “impopolari” comportano, e opponendo alla facile retorica repressiva la serietà di progetti ambiziosi e innovativi.

²⁰ Disponiamo ora delle importanti parole di papa Francesco, che invita, tra l’altro, gli operatori del diritto penale a «fare il possibile per correggere, migliorare ed educare l’uomo affinché maturi da ogni punto di vista, di modo che non si scoraggi, affronti il danno causato e riesca a reimpostare la sua vita senza restare schiacciato dal peso delle sue miserie» (*Lettera di papa Francesco ai partecipanti del XIX Congresso internazionale dell’Associazione internazionale di diritto penale e al III Congresso dell’Associazione latinoamericana di diritto penale e criminologia*, in RIDPP 2014, 1019 ss.).

5. Sola o alternativa alla reclusione carceraria e/o alla pena pecuniaria, la pena detentiva domiciliare campeggerà ora, come autentica pena principale, nella parte sanzionatoria di un notevole numero di norme incriminatrici²¹.

Il legislatore che l'ha varata non ne ha descritto, invero, il contenuto, limitandosi a chiarire che il luogo dove si può «espiare» è «l'abitazione del condannato o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza» (lett. *a*), in perfetto stile codice Rocco che descrive le pene detentive attraverso il luogo dove esse si «scontano».

Del resto, che le due nuove pene principali consistano nell'obbligo di «non allontanarsi» da tali luoghi si ricava non solo dalla regolamentazione già da tempo in vigore degli «arresti domiciliari», come misura custodiale cautelare, e della «detenzione domiciliare», come misura alternativa alla pena detentiva, ma anche a contrario dalla previsione della lett. *h*, che qualifica come evasione ai sensi dell'art. 385 Cp qualunque allontanamento non autorizzato dal domicilio, durante l'esecuzione della pena.

Ciò che manca, semmai, è proprio l'indicazione di principi e criteri concernenti la disciplina delle autorizzazioni all'allontanamento, su cui ovviamente si giocano tutte le possibilità di resa della pena in termini di rieducazione e di risocializzazione (non desocializzazione). Anche sotto questo profilo, tuttavia, non manca l'esperienza del diritto vivente, né si può dimenticare che la detenzione domiciliare nasce proprio per consentire al condannato di coltivare esigenze familiari, di studio, di lavoro, di cura e che dunque attorno a tali esigenze dovrà costruirsi il sistema delle autorizzazioni.

La nuova tipologia di pena principale, scolpita nella norma incriminatrice, si caratterizza però per grande flessibilità applicativa. Ciò risulta con evidenza dalle altre indicazioni contenute nella delega, prima fra tutte quella concernente la modulabilità della sua durata. La previsione di una durata diversa da quella «continuativa» e di una articolazione anche «per singoli giorni della settimana o per fasce orarie» (lett. *a*) è mutuata direttamente dal modello della «permanenza domiciliare», pena paradetentiva introdotta nel sistema del giudice di pace (art. 53 d.lgs. 28.8.2000, n. 274), in cui l'obbligo di permanere nel domicilio per il condannato riguarda di regola il fine settimana (sabato e domenica), ma può anche essere spostato dal giudice «in giorni diversi della settimana», sempre per meglio assecondare esigenze di reinserimento sociale o comunque di riduzione dell'impatto sociale – oggi si direbbe “agibilità” – che genera la pena detentiva con il suo carico afflittivo.

Poiché, poi, la rieducazione va resa compatibile con la sicurezza e la tutela della società, tra le misure accessorie chiamate ad arricchire le

²¹ A causa della terminologia prescelta, dovremo imparare a distinguere, ma solo per nome, la «reclusione domiciliare» (pena principale per i delitti) dalla «detenzione domiciliare» (misura alternativa a qualsivoglia pena detentiva), nonché dall'«arresto domiciliare» (pena principale per le contravvenzioni) e dalla «permanenza domiciliare» (pena principale per i reati di competenza del giudice di pace).

modalità esecutive della pena domiciliare il legislatore indica gli strumenti elettronici di controllo che la tecnologia ha reso disponibili e dei quali anche il giudice dovrebbe poter disporre, quantomeno nei casi più delicati. Laddove vengano disposti tali controlli, la pena domiciliare si “avvicina” alla pena detentiva carceraria, sia concettualmente che sul piano pratico. Infatti, dal punto di vista del contenuto, mentre nella pena domiciliare “pura” l’esecuzione è interamente rimessa alla volontà e alla disponibilità del condannato, il quale è tenuto a rispettare l’obbligo di permanenza (o divieto di allontanamento) “solo” sotto la minaccia della conversione con il carcere e della pena per l’evasione, quando intervengono i controlli elettronici, e quindi la possibilità di conoscere in ogni momento il luogo dove si trova il condannato, si riduce sensibilmente l’appetibilità di una volontaria sottrazione all’esecuzione, e cresce la componente di coazione assoluta per il tramite della quale la privazione di libertà si realizza. Sul piano pratico, inoltre, è evidente che se il condannato non accetta di sottoporsi a tali controlli, l’alternativa (in concreto) del carcere è l’unica misura possibile alla impossibilità di esecuzione della pena domiciliare.

La flessibilità è connotazione strettamente collegata alle finalità rieducative della pena domiciliare, essenziale nel suo contenuto, ma di necessità modellata in concreto sulle esigenze, i bisogni, la personalità del condannato. Tale connotazione, che il legislatore mostra di avere ben presente, impone una “gestione” largamente discrezionale della sua applicazione concreta, in cui il giudice di sorveglianza è chiamato a calibrarne il contenuto, entro un tracciato legale dai contorni appena schizzati²².

La vicenda è del tutto fisiologica e convive senza contraddizioni con la dimensione astratta della comminatoria e con la dimensione concreta della inflizione (commisurazione) della pena, scandite entrambe dal principio di legalità. L’aver accentuato il profilo della flessibilità esecutiva, prevedendo varianti modali a disposizione del giudice non si pone, di per sé, in contrasto con le esigenze garantiste della legalità, ma attua semmai lodevolmente il principio rieducativo.

5.1. Tuttavia, accanto allo spazio fisiologico che l’esecuzione della pena domiciliare assegna alla discrezionalità del giudice, il legislatore della delega ha scavato uno spazio aggiuntivo ulteriore, che non sembra potersi sottrarre a tensioni con il principio di legalità della pena, soprattutto per il coinvolgimento del corollario della parità del trattamento.

In primo luogo, va considerato come il modello delle pene paradedtentive predisposto per il giudice di pace, nonostante la poco brillante

²² Dalla descrizione della situazione patologica di cui alla lett. *f* si ricava che il giudice (di esecuzione o di sorveglianza) deve impartire delle «prescrizioni» che il condannato deve osservare a pena di trasformazione della pena domiciliare in pena detentiva, le quali non coincidono né con le «autorizzazioni» eventualmente concesse (la cui violazione integra il reato di evasione: lett. *h*), né con quelle collegate alla eventuale misura “aggiuntiva” del lavoro di pubblica utilità (lett. *i* e *l*).

resa sinora riscontrata, non solo ha arricchito il ventaglio esecutivo della reclusione e dell'arresto domiciliari; ha infatti suggerito al legislatore la previsione piuttosto enigmatica, che si legge nella lett. *i*, concernente la possibilità "espansiva" della misura denominata «lavoro di pubblica utilità», i cui contenuti sono descritti nella successiva lett. *l*.

Si scorge in queste due proposizioni una sorta di "ansia da prestazione" da parte del legislatore, preoccupato di non far mancare niente all'armamentario del giudice; ansia che, purtroppo, ha comportato scarsa lucidità e che rischia di "corrompere" un disegno sino a quel momento, forse deludente nella sua portata, ma tuttavia formulato in maniera chiara e decisa.

Il lavoro di pubblica utilità è misura di gran moda, che gode in linea di principio di una vasta popolarità e attrattiva, anche sul piano simbolico, legata come è all'idea del "riscatto" del condannato e della valenza pedagogica sprigionata dalla manifestata condivisione dei trauardi di solidarietà sociale. È conosciuta da lungo tempo nell'ordinamento italiano e sempre più risulta implementata secondo una fantasmagorie di tipologie e forme²³.

Nell'archetipo si presenta come pena che prende il posto della sanzione sostitutiva della pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità del condannato, e a sua richiesta (art. 102 l. 24.11.1981, n. 689), mentre la sua comparsa in primo piano, come pena principale²⁴, risale – appunto – alla istituzione della competenza penale del giudice di pace. Consiste nel far svolgere al condannato «una prestazione di attività non retribuita a favore della collettività», presso lo Stato, un ente pubblico territoriale, o «enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato». La delega 2014, così come già l'art. 54 d.lgs. n. 274/2000, prescrive che «la durata giornaliera della prestazione non possa comunque superare le otto ore», e che tale prestazione «debba essere svolta con modalità e tempi che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute del condannato».

Al di là delle problematiche tecniche che connotano l'esecuzione della misura e che ne condizioneranno l'operatività anche nella prospet-

²³ Per un panorama completo, V. Napoleoni, *Lavoro sostitutivo per la guida in stato di ebrezza: conforme a Costituzione l'inapplicabilità in executivis*, in *DPC* 2013, n. 3, 371 ss., che spiega come il lavoro di pubblica utilità venga ad assumere tante diverse connotazioni quanti attualmente sono i testi normativi che di esso si occupano. Qui – come si vedrà – il legislatore ne aggiunge un'altra pressoché inedita.

²⁴ Il lavoro di pubblica utilità, inoltre, nella diversa forma di sanzione sostitutiva *tout court* della pena detentiva a favore dei soggetti tossicodipendenti condannati senza il beneficio sospensivo per reati di cui all'art. 75 T.u.Stup (d.P.R. 9.10.1990, n. 309), è stato previsto per la prima volta dall'art. 4-*bis* del d.l. 30.12.2005, n. 152, (cfr. art. 73, comma 5-*bis*, T.u.Stup), e successivamente esteso a tutti gli altri reati commessi («per una sola volta») dal tossicodipendente in relazione alla propria condizione dal d.l. 1.7.2013, conv. dalla l. 8.8.2013, n. 94 (cfr. art. 73, comma 5-*ter*, T.u.Stup). Anche nel campo della sicurezza stradale la misura assume la forma della sanzione sostitutiva delle pene stabilite per i reati di cui agli artt. 186 e 187 CStr. (d.lgs. 30.4.1992, n. 285), alla cui corretta esecuzione sono collegati benefici premiali (cfr. art. 33 co. 2 lett. *d l*. 29.7.2010, n. 120).

tiva più ampia che si apre ora²⁵, va in primo luogo rilevato che, mentre l'art. 54 cit. stabiliva come regola chiara ed inderogabile che il lavoro di pubblica utilità si applica «solo su richiesta dell'imputato», la lett. *i* della disposizione in commento si limita a richiedere che sia l'imputato che il pubblico ministero si pronuncino in merito («sentiti l'imputato e il pubblico ministero»), con ciò trasformando un requisito *ad substantiam* (la «richiesta») in un mero adempimento processuale (acquisizione di un «parere») ed ammettendo che la misura possa essere disposta anche contro la volontà dell'interessato (incongruamente chiamato «imputato» e non «condannato») e comunque su iniziativa *ex officio* del giudice²⁶.

Ma l'aspetto più discutibile della norma riguarda il «ruolo» assegnato al lavoro di pubblica utilità. Mentre nel sistema del giudice di pace tale misura è – nella sostanza – pena principale alternativa rispetto alla permanenza domiciliare, comminata in astratto dalla legge (cfr. art. 52 co. 2 d.lgs. n. 274/2000), nell'ambito della delega 2014, invece, il lavoro di pubblica utilità, pur connotato da un pressoché identico contenuto, non costituisce una pena alternativa principale ed editale rispetto alla pena domiciliare. Intanto, perché non compare nell'elenco delle pene principali, poi perché la sua previsione risulta delineata nei termini di una misura sanzionatoria aggiuntiva rispetto alla pena domiciliare, essendo demandata al giudice «per i reati di cui alle lettere *b*) e *c*)» la possibilità (in concreto) di «applicare *anche* la sanzione del lavoro di pubblica utilità» (lett. *i* art. 1 l. n. 67/2014).

La vicenda, dunque, non ha nulla a che fare con la comminatoria editale della pena, che rimane sempre limitata alla pena domiciliare; mentre concerne l'aspetto esecutivo di tale pena, prevedendosi la possibilità di renderla più afflittiva col condizionarla ad una prestazione aggiuntiva, la disponibilità a svolgere la quale è evidentemente chiamata a testare la plausibilità del percorso rieducativo a favore del singolo condannato.

Si tratta, dunque, di una sorta di pena accessoria anomala, perché di natura discrezionale e non costruita come conseguenza di diritto della condanna. Il modello più somigliante è quello che compare nell'art. 1 d.l. 26.4.1993, n. 93, poi convertito dalla l. 25.6.1993, n. 105, che appunto prevede l'obbligo di prestare un'attività non retribuita a favore della collettività come pena accessoria discrezionale per taluni delitti in materia di discriminazione razziale e di genocidio, applicabile anche a prescindere dal consenso dell'interessato, e per questa ragione oggetto di censura da parte della dottrina²⁷. La somiglianza non è perfetta, ma solo

²⁵ Una rassegna recente in A. Menghini, E. Mattevi, *Recenti orientamenti sul lavoro di pubblica utilità*, in www.penalecontemporaneo.it, 28.3.2014, 8 ss.

²⁶ Dovrebbe trattarsi del giudice della cognizione, anche se non è chiaro in quale forma e in quale fase del processo egli possa sollecitare in proposito il doveroso contraddittorio delle parti («sentiti l'imputato e il pubblico ministero»); non è da escludere perciò che possa trattarsi anche del giudice dell'esecuzione, sollecitato, allora, da una iniziativa del pubblico ministero.

²⁷ G. De Francesco, *Commento all'art. 1 del d.l. 26.4.1993, n. 205, conv. con modif. dalla l. 25.6.1993, n. 205*, in *LP* 1994, 196 ss.; più in generale, I. Leoncini, *La pena del lavoro di pubblica utilità: problematiche applicative*, in *AG* 2003, 395 ss.

perché in tal caso, come in quello dell'art. 224-*bis* CdS²⁸, il lavoro è pena accessoria aggiuntiva alla pena detentiva e quindi non in grado di “condizionare” l'esecuzione extracarceraria.

A prescindere dai modelli che si rinvengono nella congerie di disposizioni che fanno riferimento al lavoro di pubblica utilità, certamente non ci troviamo più nell'ambito del c.d. diritto penale mite, popolato da giudici “buoni” abilitati solo ad infliggere pacche sulle spalle ai condannati, al più percepibili come le romanzine o le raccomandazioni di una autorità disposta innanzitutto a perdonare; qui siamo, invece, in uno spazio in cui lo Stato è pronto a far pagare al condannato la rinuncia al carcere, sicché gli può anche porre delle condizioni particolarmente onerose come costo in grado di compensare tale rinuncia. La mancata previsione di una espressa «richiesta» di svolgere il lavoro o, quantomeno, di esprimere un «consenso» da parte del condannato²⁹, è coerente con questa logica: il condannato può anche rifiutare, ma allora è destinato a finire in carcere³⁰.

Sotto questo profilo, la norma richiama quella inserita nell'art. 165 Cp dall'art. 2 l. 11.6.2004 n. 145, che prevede la possibilità per il giudice della cognizione di condizionare la concessione del beneficio sospensivo alla prestazione di attività non retribuita a favore della collettività. Anche in tal caso, laddove manchi adesione alla prestazione si aprono le porte del carcere; piuttosto, è interessante notare come in questa disposizione sia specificato che l'apposizione della condizione non vale se non c'è il «consenso dell'interessato». Tuttavia, la richiesta del consenso non modifica la sostanza delle cose: se il condannato non accede alla prospettiva del giudice, negando il consenso, egli non potrà fruire del beneficio sospensivo, il che equivale a richiedere nella sostanza un requisito del tutto irrilevante, poiché comunque il condannato ha sempre il diritto di non prestare l'attività anche se prima non sia stato interpellato, e di espiare la pena in carcere³¹.

²⁸ Introdotta dall'art. 6 l. 21.2.2006, n. 102, tale disposizione prevede la stessa misura del lavoro in relazione a condanne a pena detentiva per un delitto colposo, pur contrabbandata come «sanzione amministrativa accessoria», anch'essa applicabile discrezionalmente e senza previo consenso del condannato.

²⁹ In questo termini v. artt. 3 e 12 dello schema della Commissione Palazzo, in *Schema*, cit., 16 ss.

³⁰ Difficile immaginare che, avendo il giudice ritenuto la necessità di integrare il carico affittivo della pena domiciliare con la misura del lavoro, a fronte del dissenso del condannato, appositamente interpellato, possa semplicemente desistere dal proposito e applicare la pena domiciliare senza la misura accessoria.

³¹ Qualora si giungesse alla soluzione di estendere il beneficio sospensivo alla pena domiciliare (v. *infra*, § 5.3), si potrebbe immaginare la seguente situazione, di fronte a un condannato che si rifiuti di svolgere il lavoro di pubblica utilità: avendo il giudice condizionato la concessione del beneficio allo svolgimento di tale prestazione ex art. 165 co. 1 Cp, dapprima la sospensione non opererebbe e dovrebbe essere mandata in esecuzione la pena domiciliare; ma se il giudice in questa fase decidesse di “accessoriare” la pena da eseguire con la misura del lavoro, come previsto dalla citata lett. i della delega 2014, il condannato che di nuovo rifiuti la prestazione finirà per scontare la pena in carcere.

In definitiva, dietro la previsione di questa possibile pena accessoria-aggiuntiva a quella domiciliare, così come dietro l'applicazione del regime dei controlli elettronici, si appalesano le sembianze della alternativa carceraria, essendo il caso del rifiuto a svolgere il lavoro riconducibile a quello, espressamente previsto nella lett. *f*, di «comportamento incompatibile con la prosecuzione» della pena domiciliare.

Se è questo l'intendimento del legislatore, il rischio che si intravede coinvolge ancora una volta le reali potenzialità applicative della riforma. Infatti, abbiamo subito sottolineato l'importanza, anche simbolica, della diretta presa in carico da parte del legislatore del compito di effettuare la "sostituzione" del carcere con il domicilio per i reati puniti con pena originaria della reclusione non superiore nel massimo a tre anni e per tutte le contravvenzioni, senza demandarlo alla misurate, prudenti, ma più incerte valutazioni del caso concreto che deve compiere il giudice; però non ci si deve nascondere che, dietro questo incremento della già rilevante flessibilità esecutiva della pena domiciliare, e, in particolare, attraverso il conferimento al giudice di una vasto potere di "caricarla" di condizioni gravose, si consegna allo stesso giudice il potere di erodere dal di dentro le potenzialità innovative della riforma, vanificando la decisione assunta in astratto e una volta per tutte dal legislatore.

In altri termini, la possibilità di rendere "indigesta" o poco appetibile per il condannato la prospettiva di scontare la pena nel domicilio, da un lato assegna ai giudici (di cognizione e di sorveglianza) un ruolo decisivo nel varo effettivo della riforma in tensione non più fisiologica con il principio di legalità, d'altro lato disillude chi aveva ipotizzato che questo intervento normativo segnasse il recupero di terreno da parte della legge e la contrazione della smisurata discrezionalità giudiziaria nella materia della politica penale: c'è il rischio che quell'impressione fosse più frutto di apparenza che di sostanza.

Se la "svolta" operata dal Senato, con l'inserimento dell'automatismo descritto nella lett. *b*, rappresenta il frutto di una scelta coraggiosa, sorge però il sospetto che l'accentuazione della "flessibilità" esecutiva della pena domiciliare – del pari introdotta in sede di lettura del Senato – rappresenti una sorta di compensazione di quella modifica, se non lo strumento per "restituire" comunque al giudice l'ultima parola sulla concessione della pena non carceraria.

5.2. Con la regolamentazione dell'ipotesi del domicilio giudicato idoneo, poi, oltre ad ulteriormente implementare il terreno della discrezionalità a scapito della legalità, si mette da parte ogni proposito di "mitezza" della reazione sanzionatoria. Al riguardo, è sufficiente porre in rilievo la differenza tra lo schema predisposto dalla Commissione Palazzo e la legge delega infine approvata; nel primo testo si prevedeva che la situazione di indisponibilità di un domicilio idoneo a svolgervi la pena, anche per «impraticabilità della convivenza», non doveva comunque comportare il recupero del carcere soprattutto per ragioni di eguaglianza, ed erano delineati due rimedi alternativi: in primo luogo la possibilità di disporre di «dimore sociali» non custodiali, anche grazie ad

apposite convenzioni con enti territoriali; in secondo luogo, e in attesa del varo di tali convenzioni, si prospettava «il ricorso ad una sorta di semidetenzione surrogatoria», realizzata nei termini tali da potersi confermare l'idea generale che la pena domiciliare sia pena «originaria ed autonoma», priva di ogni legame con le corrispondenti pene carcerarie³².

Nel testo della delega, invece, tale preoccupazione non sembra aver turbato il legislatore, che sancisce perentoriamente il principio secondo cui della situazione di incompatibilità non può farsi carico lo Stato, dettando, dunque, la regola che in tal caso – descritto, peraltro, come di inidoneità del domicilio ad «assicurare la custodia» del condannato – la pena carceraria riemerge dalle ceneri come unica soluzione alternativa.

Anche sotto questo profilo, è notevole il “recupero” del potere discrezionale del giudice, la cui valutazione sulla «idoneità» del luogo risulta decisiva nella scelta tra pena domiciliare e pena carceraria. Se questo aspetto costituisse davvero una “spia” della dimensione realmente autonoma della neonata pena principale, saremmo di nuovo di fronte ad una regolamentazione della fase esecutiva in grado di svuotare di contenuto la scelta senatoriale in favore dell'automatismo, per la fascia dei reati indicati nella lett. *b*: una beffa orchestrata da un legislatore che sembra togliere con una mano ciò che con l'altra aveva concesso.

5.3. L'argomento sembra essere un tabù per le leggi-delega di riforma del sistema penale. Così come nulla era stato previsto nella delega per la competenza penale del giudice di pace, nulla viene previsto a proposito della concedibilità del beneficio sospensivo per la neonata pena domiciliare; ciò non aveva rappresentato una remora per il delegato, quando, con manovra quantomeno “azzardata”, ma giudicata non incostituzionale neppure per difetto di delega³³, espressamente vietò la sospensione condizionale delle pene “miti” irrogate dal giudice di pace (art. 60 d.lgs. 274/2000).

Qualunque soluzione adottati in proposito il delegato chiamato ora ad attuare la legge delega in materia di pena domiciliare si presta, a questo punto, a critiche non agevolmente aggirabili.

Un espresso divieto, quale quello in vigore per il giudice di pace, rischia di consumare un eccesso di delega e una infrazione irreparabile del principio di eguaglianza, sotto l'aspetto della proporzione-ragionevolezza. Infatti, posto che il condannato a pena domiciliare non sospesa potrebbe pur sempre preferire la condanna a pena carceraria sospesa, soluzione questa eventualmente disponibile anche per reati più gravi di quelli di cui alle lett. *b* e *c* della delega, non sembrano estensibili alla

³² Nei termini, la relazione della Commissione Palazzo, in *Schema*, cit., 6.

³³ C. cost. sent. 13.3.2014, n. 47; ivi si sostiene sotto questo profilo che la delega legislativa anche nella materia penale può ben lasciare ampi margini di discrezionalità al delegato e che il controllo da effettuare circa il rispetto di tali margini riguarda la compatibilità delle norme contenute nel testo del decreto legislativo con la *ratio* della delega, dovendosi ritenere non incostituzionali le norme che, nel silenzio della delega, tuttavia rappresentano un «coerente sviluppo» o anche un «completamento» delle scelte espresse dal legislatore delegante.

materia le argomentazioni con le quali la Corte costituzionale ha escluso l'incostituzionalità dell'art. 60 d.lgs. n. 274/2000, tutte riconducibili, in sostanza, al rilievo dei caratteri di specialità e di mitezza del micro-sistema penale del giudice di pace, *in primis* alla mancanza di effetti penali stigmatizzanti conseguenti alle pene irrogate da tale giudice e ai caratteri del processo orientati alla massimizzazione dello sforzo volto alla rimozione del conflitto tra reo e vittima.

In particolare, l'argomento secondo il quale le pene sospese sarebbero prive della capacità di incentivare il reo a tenere condotte riparatorie o comunque a intraprendere il cammino della riconciliazione non vale per il gruppo dei reati indicati nelle lett. *b* e *c* della delega, che sono assegnati alla competenza del giudice ordinario nel normale circuito processuale, e rispetto ai quali l'incentivo alla riconciliazione non presenta connotati tali da differenziarli dagli altri reati per i quali non è prevista la pena domiciliare come pena principale. Il criterio del limite edittale massimo della pena, se è apprezzabile per le ragioni sopra segnalate, non consente tuttavia di caratterizzare i reati interessati alla modifica sotto un profilo criminologico; si tratta di reati dolosi o colposi, coinvolgenti i beni più disparati, di natura pubblica (es. art. 326 Cp) o privata (es. art. 640 Cp), di natura intersoggettiva (art. 646 Cp), ma anche superindividuale (es. art. 444 Cp), di pericolo (es. artt. 439 e 452 Cp), astratto (es. art. 527 Cp) o concreto (es. artt. 583 co. 1 n. 1 - 590 Cp), ovvero di danno (art. 621 Cp), posti a tutela di mere funzioni pubbliche (es. art. 679 Cp), se non del tutto privi contenuto offensivo di un bene giuridico, pur lontano o strumentale (es. art. 600-*quater* 1 Cp).

D'altro canto, un vuoto normativo, corrispondente al silenzio della delega, genererebbe incertezza interpretativa – come accadde per le sanzioni sostitutive dopo l'intervento della l. n. 689/1981 – e, se letto come via libera alla piena concessione del beneficio alle condizioni ordinarie, nonostante il testo dell'art. 163 Cp che riferisce espressamente il beneficio alla «sentenza di condanna alla reclusione o all'arresto», finirebbe per frustrare in buona parte le finalità rieducative e di risocializzazione perseguite dall'inflizione di pene non carcerarie, in relazione alle quali la dottrina ha dimostrato che il minor contenuto afflittivo deve essere bilanciato da una maggiore stabilità applicativa³⁴.

La questione si presenta, invero, assai complessa anche sul piano sistematico. Infatti, se si negasse ingresso alla sospensibilità della pena domiciliare, nelle norme incriminatrici in cui tale pena non sia stabilita come unica conseguenza del reato (ad es. tutte quelle della lett. *c*, ma componga un ventaglio di alternative a disposizione del giudice, ci sarebbe da spiegare come mai per lo stesso reato alcune pene (reclusione, multa) si possono sospendere a altre no, in taluni casi risolvendosi a favore del reo l'applicazione delle pene astrattamente più afflittive proprio in vista della sua sospensibilità. Se, al contrario, si ammettesse la sospensibilità, sarebbe da spiegare come mai la pena domiciliare si può sospendere quando è pena principale e deve invece essere eseguita

³⁴ Cfr. F. Palazzo, *Fatti e buone intenzioni*, loc. cit.

quando è sanzione irrogata dal giudice di pace, o sanzione sostitutiva o misura alternativa, senza dire che la riforma “epocale” con tanta enfasi annunciata finirebbe per risolversi nella tempesta in un bicchiere d’acqua, dato che una volta concessa la sospensione condizionale, la differenza tra detenzione carceraria e detenzione non carceraria tende grandemente ad assottigliarsi.

In sintesi, il dilemma del rapporto tra pena domiciliare e sospensione condizionale esprime meglio di altri la situazione in cui versa oggi in Italia il sistema sanzionatorio penale e la frustrazione che possa cogliere qualunque operatore che, pur animato dalle migliori intenzioni, si accinga a incidervi con interventi settoriali o parziali.

6. La delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie nasconde la sua vera perla nel bel mezzo delle proposizioni normative contenenti i principi e i criteri direttivi, in particolare alla lett. *m*. Qui, con una sorta di colpo di teatro, si declama finalmente una clausola generale volta non già ad evitare la sola pena carceraria, ma addirittura una qualunque pena, per reati che si risolvano in una offesa al bene giuridico di «particolare tenuità». La linea ispiratrice è quella del diritto penale come *extrema ratio*, resa plasticamente manifesta dalla espressa riserva di salvezza dell’azione civile per il risarcimento dei danni, e il filo conduttore è naturalmente quello del principio di offensività.

Gli studiosi dovrebbero gioire per il recepimento normativo di una simile clausola³⁵, a distanza di più di quaranta anni dalla pubblicazione della “*Teoria generale del reato*” di Franco Bricola, evento che aveva dato la stura a fiumi di pubblicazioni sul fondamento e sui limiti costituzionali del diritto penale e sulla sua riduzione non oltre la trincea della concreta e consistente offensività; dopo che, avendo nel frattempo la Corte costituzionale più volte ribadito che il principio di offensività va osservato in linea di massima dal legislatore nel confezionamento dei reati, ma soprattutto dal giudice deputato ad applicare le norme incriminatrici ai fatti concreti³⁶, in molte occasioni clausole di non punibilità di fatti inoffensivi o scarsamente offensivi si sono apparecchiate sulla tavola della possibile approvazione legislativa, due volte giungendo a destinazione, ma solo per settori limitati e specifici³⁷.

³⁵ Ad es., di recente, M. Donini, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *DPC* 2013, n. 4, 40 s., aveva scritto che la clausola di esiguità «come e più del reato impossibile, rappresenta una “uscita di sicurezza” dal formalismo e dalle strettoie del giuspositivismo», e pertanto «richiede un impegno chiaro del legislatore, prima che dell’interprete», ascrivendo proprio al legislatore «la responsabilità della sua mancata estensione generalizzata».

³⁶ Ragionamento, questo, sempre sottostante a dichiarazioni di infondatezza delle questioni di costituzionalità di norme incriminatrici di fatti bagatellari o apparentemente privi di offesa: da ultimo, C. cost. sent. 19.5.2014, n. 139, in tema di omesso versamento di contributi previdenziali; sulla distinzione tra offensività in astratto e offensività in concreto, v., tra le altre, C. cost. sent. 20.6.2008, n. 225, in materia di art. 707 Cp.

³⁷ Per l’illustrazione dei vari modelli, v. S. Quattrococo, *Esiguità del fatto e regole per l’esercizio dell’azione penale*, Napoli 2004, 167 ss.

Tanto tuonò che piovve, allora, anche in questa più radicale e concettualmente più importante materia! Ora anche l'ordinamento italiano può disporre di una valvola di sicurezza, comunque più ampia e "mirata" rispetto a quella che riposa sulle potenzialità dall'originario art. 49 co. 2 Cp, per impedire che l'energia del diritto e del processo penale si sprigioni laddove non ce ne sia bisogno³⁸, insomma che si spari con il cannone ad una mosca, previo costoso dispiegamento di forze per spostare il massiccio ordigno contro l'obiettivo! Ragioni di principio e di maturata sensibilità culturale si innestano su più concrete impellenze della prassi, che impone lo smaltimento degli ingorghi processuali, prima che lo sfoltimento delle carceri, come un obiettivo vitale: entrambe le spinte convergenti hanno determinato il raggiungimento dell'obiettivo, una sorta di chimera per la platea degli studiosi e degli operatori, spossati dall'attesa perenne di novità e rotti alle delusioni più smaccate.

Come accennato, se ne era già fatto un assaggio in settori marginali, come quello della giustizia penale minorile (art. 27 d.P.R. 22.9.1988, n. 448) e quello della giustizia penale mite del giudice di pace (art. 34 d.lgs 274/2000), senza che ne discendessero, peraltro, sconquassi nell'andamento dei processi o irrimediabili lacune di tutela. Come si sa, non solo si erano sinora registrati innumerevoli quanto vani tentativi parlamentari di giungere ad una estensione generalizzata della clausola; per di più, nessuno dei progetti di codice penale elaborati negli ultimi venti anni aveva rinunciato a inserire nell'articolato una simile valvola di sicurezza, a garanzia e tenuta del sistema e del prodotto giustizia.

In definitiva, i tempi erano abbondantemente maturi per il varo ufficiale ed effettivo della clausola anche nel diritto penale generale e l'occasione della delega per le pene non carcerarie, evidentemente, è stata colta per "connessione", come un treno in corsa sul quale la spinta innovatrice che si raccoglieva dietro i vessilli della necessaria non tenuità dell'offesa penalmente rilevante è salita precipitosamente, a rompere un'attesa protrattasi per quasi un ventennio.

Indubbiamente, anche questa è una forma di decarcerizzazione, a cui si perviene ancora prima di giungere alla condanna e al processo: il carcere si evita escludendo la pena, in ciò sta la ragione della connessione. La "nobiltà" della causa non risulterà minimamente scalfita dalla poca eleganza della manovra di inserimento e dalle modalità semiclandestine con le quali è avvenuta.

6.1. La norma è asciutta, essenziale e tranciante, al paragone di quelle in vigore e di quelle variamente proposte in precedenza. Non si tratta di una soluzione esclusivamente processuale, consistente in una rinuncia all'azione penale pur di fronte a fatti di reato punibili; prima di questo e più drasticamente, è il fatto stesso a non meritare la pena («escludere la punibilità»), mentre per il processo si tratterà solo di

³⁸ Anche per una mappatura delle esperienze estere, si può ancora vedere R. Bartoli, *L'irrilevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la c.d. "ipertrofia verticale" del diritto penale*, in RIDPP 2000, 1473 ss.

prenderne atto («adeguando la relativa normativa processuale penale»). La soluzione “sostanzialistica”, come noto, supera i dubbi in ordine alla compatibilità con il principio costituzionale dell’obbligatorietà dell’azione penale che erano stati sollevati in relazione alla più “debole” soluzione meramente processualistica³⁹.

Semplice ed essenziale è anche la ragione della non punibilità: l’offesa al bene giuridico esiste (altrimenti di punibilità non si sarebbe neppure parlato, se si vuole *ex art. 49 co. 2 Cp*), ma *risulta di «particolare tenuità»* e, visto che *il «comportamento» non ha il carattere della «abitudine»*, la «condotta» non merita di essere «sanzionata» e la “rinuncia” alla pena si giustifica con l’incrocio virtuoso dei principi di offensività, sussidiarietà e proporzione, che fanno pendere la bilancia verso la conclusione della “non convenienza” ideologico-pratica della pena. Non solo si avverte il bisogno di non ingolfare ulteriormente lo stremato processo penale, ma si vuole “preservare” così l’autorevolezza della risposta sanzionatoria, la sua credibilità, il rispetto e il consenso sociale del quale deve alimentarsi quando è invece chiamata a irrompere sulla scena.

Rispetto al fitto periodare delle vigenti clausole di settore o di quelle proposte dallo *jus condendum*, con criteri che si rincorrono uno sull’altro, finendo per affastellarsi in un frasario più sociologico-giornalistico che giuridico, tale da sollevare non semplici questioni interpretative, il modello esibito dalla delega 2014 sembra più pulito e intelligibile, seppure non impeccabile sul piano tecnico⁴⁰.

³⁹ Questa era stata l’obiezione più consistente al d.d.l. governativo C 4625 del 3 marzo 1998, che, dalle “ceneri” dei lavori della c.d. Commissione bicamerale recuperava una figura di «improcedibilità per irrilevanza del fatto»: v. S. Quattrococo, *Esiguità del fatto*, cit., 213 ss.; M. Caterini, *Reato impossibile e offensività. Un’indagine critica*, Napoli 2004, 292 ss.

⁴⁰ Dispone di «escludere la punibilità di *condotte* sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare *tenuità dell’offesa* e la *non abitualità del comportamento*, senza pregiudizio per l’esercizio dell’azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la relativa normativa processuale penale». Di seguito, i modelli precedenti: art. 27 d.P.R. 22.9.1988, n. 448: «durante le indagini preliminari, se risulta la *tenuità del fatto* e l’*occasionalità del comportamento*, il pubblico ministero chiede al giudice sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto quando l’ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minore; art. 17, lett. f, l. 24.11.1999, n. 468: «meccanismo di definizione del procedimento nei casi di *particolare tenuità del fatto* e di *occasionalità della condotta*, quando l’ulteriore corso del procedimento può pregiudicare le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell’imputato»; art. 34 d.lgs. 28.8.2000, n. 274 « il fatto è di particolare tenuità quando *rispetto all’interesse tutelato, l’esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza* non giustificano l’esercizio dell’azione penale, tenuto conto altresì conto del pregiudizio che l’ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell’imputato»; art. 346-bis Cpp (d.d.l. n. 4625 del 1998: c.d. Legge Carotti, XII legisl.) «esclusione della procedibilità per irrilevanza penale del fatto» «1. Per i reati per i quali la legge stabilisce una pena detentiva non superiore nel massimo a tre anni ovvero una pena pecuniaria sola o congiunta alla predetta pena, la procedibilità è esclusa quando risulta l’irrilevanza penale del fatto.[...] 2. Il fatto è penalmente irrilevante quando, *rispetto all’interesse tutelato, l’esi-*

Certo, non è elegante ascrivere la non punibilità alle «condotte» piuttosto che al «fatto» o al «reato» e parlare di «non abitualità del comportamento», invece che della «condotta»; tuttavia il messaggio è chiaro: non occorre tener conto di altri criteri, quali la misura della colpevolezza, le conseguenze sfavorevoli per il reo, il risentimento della persona offesa, la convenienza del procedere. L'unico dato di rilievo è l'offesa al bene, che sussiste, ma è appena percepibile, sfumata, trascurabile; criterio iperoggettivo, non degradabile o confondibile con succedanei o perifrasi. In presenza di tale dato oggettivo il diritto penale si ritira, ripiega, per lasciar spazio semmai al diritto civile, laddove la vittima lamenti un danno risarcibile.

Questo è uno degli aspetti di maggior rilievo della delega: l'aver tagliato fuori l'angolo visuale della vittima, così centrale nel diritto penale del giudice di pace⁴¹, così rilevante, in genere, nella prospettiva imperante del diritto europeo⁴². Nella clausola che il legislatore affida al delegato interessa solo l'angolo visuale oggettivo dell'ordinamento, segnando così un pieno recupero della natura "pubblica" della gestione della pena e sbarrando la strada ad ogni sua forma di contrattualizzazione⁴³.

Non che in tal modo si contraggano gli spazi di discrezionalità giudiziale che la clausola inevitabilmente apre, la prospettiva dei quali ha costituito una delle principali remore alla sua introduzione nel sistema; si riesce, però, per tale via quanto meno a indirizzare il vaglio del giudice su un binario con unica destinazione, e dunque in qualche misura a contenerlo.

Ad attenuare il carattere "iperoggettivo" della clausola contenuta nella delega 2014, anche in confronto con le preesistenti, non credo possa essere invocato il requisito aggiuntivo della «non abitualità» del comportamento. Indubbiamente tale requisito potrebbe "aprire" la clausola a indagini sulla persona del singolo soggetto agente e attorno ad esse si potrebbe pensare che sulla diagnosi di non meritevolezza della pena debba incidere anche la verifica soggettiva della inutilità di un per-

guità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché le modalità della condotta, la sua occasionalità, valutata anche in relazione alla capacità a delinquere del reo, e il grado di colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale. 3. [...]

⁴¹ Per la tesi che anche nella fase delle indagini non possa comunque essere disposta l'archiviazione per tenuità del fatto se dagli atti si evince un interesse concreto della persona offesa alla prosecuzione del procedimento, anche se manca la previsione di un interpello processuale della medesima, S. Sartarelli, *Sulle "tracce" del favor rei nella discrezionalità penale*, Bologna 2012, 234; più in generale, A. di Martino, *Voce della vittima, sguardo alla vittima (e le lenti del diritto penale)*, in *Ruolo e tutela penale della vittima in diritto penale*, a cura di E. Venafro e C. Piemontese, Torino 2004, 191 ss.

⁴² Sul "vittimocentrismo" del sistema di giustizia penale europeo, v. V. Valentini, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano 2012, 33 ss.

⁴³ Sulla necessità che la vittima rimanga fuori dalle valutazioni concernenti le conseguenze del reato e per la stigmatizzazione dei rischi di una gestione privatizzata degli illeciti penali, L. Eusebi, *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, in *DPP* 2013, 527 ss.

corso rieducativo, legata alla scarso significato della “ribellione” all’ordinamento di un comportamento non espressivo di una scelta di vita; né mancheranno opinioni di coloro che – valorizzando tale dato – attribuiranno alla clausola una natura “mista” o composita.

Tuttavia, mantenere la clausola nell’orbita oggettiva dell’offesa evitando “torsioni” soggettive, non solo comporta il “pregio” della chiarezza e della univocità del segnale rivolto al giudice, e potenzia la direzione della scelta legislativa, ma, soprattutto, costituisce operazione in linea con il linguaggio normativo utilizzato. Non si demanda al giudice di approfondire l’indagine sulla personalità del reo per stabilire se il comportamento sia o no frutto di scelta occasionale, ma, a differenza delle clausole preesistenti, si stabilisce soltanto un limite alla non punibilità nel caso in cui risulti che quel comportamento, pur scarsamente offensivo preso in sé, costituisca il frammento di una serie di analoghi comportamenti e dunque, *solo* per questa ragione, cessi di dar luogo ad una offesa tenue.

È ancora “oggettiva” la ragione del limite alla non punibilità, poiché una sommatoria di offese tenui non può essere considerata tenue, innanzitutto sul piano oggettivo. La scelta non convenzionale di prevedere accanto alla tenuità dell’offesa la «non abitualità» del comportamento piuttosto che la sua «occasionalità», descrivendo stavolta il requisito in negativo e in tal modo obiettivamente limitandone anche il significato, può ben essere considerata non bizzarra o ennesima manifestazione di sciatteria tecnica, ma merita in prima battuta di essere accuratamente soppesata: si tratta, a mio avviso, di un limite e non di un requisito fondante, e dunque è corretto – sul piano dogmatico e su quello applicativo – attribuirgli un significato omogeneo rispetto all’unico requisito fondante.

6.2. Se da questo punto di vista, la norma esprime una scelta meritevole di apprezzamento, tra tutte le possibili alternative, non si può negare, per altro verso, che la stessa faccia comunque sorgere qualche – verosimilmente inevitabile – interrogativo.

Il primo riguarda la limitazione dell’operatività della clausola ai reati puniti con pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni. In proposito, si noti che anche le formule in precedenza proposte contenevano un limite applicativo costruito sulla entità della pena comminata, anche eventualmente più basso di quello che figura nella delega approvata con la l. n. 67/2014. Quanto alla misura del limite (cinque anni di pena detentiva nel massimo), esso coincide quello che segna verso l’alto l’operatività della sostituzione della pena carceraria con quella domiciliare, a dimostrazione della “connessione” delle materie ravvisata dal legislatore e con la conseguenza di scavare attorno ad esso uno sbarramento tra due differenti circuiti penali (sotto e sopra i cinque anni di reclusione), il primo dei quali destinato a convivere a sua volta con il microsistema mite del giudice di pace. Il diritto penale della pena domiciliare è il prodotto di una “sforbiciata” in tal modo inferta al sistema ordinario contro ogni logica di gradualità: il confine somiglia alle

colonne d'eroe, di qua l'atmosfera *soft* di pena di (tendenzialmente) ridotta afflittività, eventualmente aggirabili nel caso di offesa "tenue"; di là, la tempesta dell'oceano, dove la minaccia è seria e l'unica speranza del condannato si appunta sulle insondabili vicende della sequela esecutiva carceraria.

Sempre più un confine dalle tinte "forti", ben più netto e percepibile di quello tradizionale che divide i delitti dalle contravvenzioni, costruito però sul terreno friabile e malcerto di un sistema di sanzioni (edittali) usurato dal tempo e sfibrato dalla stratificazione di sensibilità politico-culturali talora confliggenti e dal transito di una moltitudine di emergenze, nel quale la dosimetria delle comminatorie più che il prodotto di attenta e aggiornata valutazione della gravità dei reati e delle esigenze di tutela dei beni giuridici, rappresenta il residuo scoordinato e schizofrenico di un campo di battaglia.

Quanto all'*an* del limite, è evidente la sua riconducibilità a ragioni di mera opportunità politica, così come la sua palese illogicità. Invero, se la clausola esprime un principio che aspira a validità generale, perché non limitato alle caratteristiche dell'imputato o alla natura "conciliante" della giurisdizione, non ha alcun senso tagliarne orizzontalmente l'operatività, sol perché il reato commesso supera una certa soglia di astratta gravità. Proprio perché la clausola di non tenuità rappresenta la camera di compensazione tra la dimensione astratta del diritto penale e quella concreta ed è volta ad evitare che, nel passaggio tra la comminatoria e la applicazione, si producano risultati distonici rispetto alle finalità del diritto penale e della pena, la preoccupazione per la mancanza di saldatura, o – meglio – per la possibile sfasatura tra le due dimensioni dovrà essere viepiù maggiore quando più rilevante è la conseguenza sanzionatoria.

L'applicazione del principio di offensività non ha mai incontrato limiti di tal fatta; anzi, nessuna remora ha incontrato la giurisprudenza nell'applicarlo a fattispecie criminose punite con pene particolarmente elevate, come il peculato⁴⁴, la calunnia⁴⁵, il falso in atto pubblico⁴⁶, i reati di bancarotta⁴⁷.

Se la clausola ora normativamente sancita rappresenta la codificazione del principio di offensività "in concreto", secondo il quale non vi può essere reato se il fatto, oltre che conforme al tipo, non comporti una offesa non trascurabile al bene giuridico protetto, anche secondo gli insegnamenti della Corte costituzionale, vi è da chiedersi che cosa ne sarà di tali insegnamenti in relazione ai reati puniti con pene che superano il

⁴⁴ Sull'insussistenza del reato quando il p.u. si sia appropriato di un bene privo di intrinseco valore economico, da ultimo, Cass. 18.10.2013, n. 42836, in *CEDCass.*, m. 256686.

⁴⁵ Cass. 10.7.2000, Cotronei, in *CP* 2001, 1783.

⁴⁶ In tema di falso innocuo, pur nell'ambito di un orientamento non particolarmente "generoso" nella giurisprudenza di legittimità, si veda, ad esempio, Cass. 8.2.2001, Stipa, in *CP* 2001, 3054.

⁴⁷ Cfr., in materia di vantaggi compensativi infragruppo, Cass. 10.12.2013, n. 49787, in *CEDCass.*, m. 257562.

limite tracciata dalla norma. *Ubi lex dixit...* con quel che segue, si potrebbe sentire d'ora in poi rispondere il funzionario infedele che ha sottratto una risma di carta al suo ufficio o ha fatto qualche telefonata urbana a sua moglie con il telefono dell'ufficio, o ha utilizzato il cellulare aziendale in dotazione con tariffa tutto compreso per motivi privati, o quello che ha accettato una regalia di trascurabile valore dalla ditta fornitrice dell'ufficio, che l'aveva offerta per evidenti ragioni di ... opportunità.

Il rischio che si apre concerne la indisponibilità assoluta del diritto penale oltre soglia a considerare ora la tenuità particolare dell'offesa come una ragione per scansare la pena e il processo, anche in casi in cui in precedenza, in assenza di norme positive, si registrava viceversa una qualche disponibilità della giurisprudenza ad aperture del genere.

La "positivizzazione" del diritto vivente richiede sempre grande cautela da parte del legislatore, nell'impiego e nel dosaggio delle formule destinate a forgiare le norme. Nel nostro caso, attraverso la prefissazione del confine editale di validità della clausola il legislatore manifesta di essere stato indotto alla codificazione più per uno scopo deflativo-decongestionante che per consacrare, una volta per tutte, un principio costituzionale sui limiti del diritto penale.

L'altro interrogativo che sorge riguarda i rapporti tra la clausola in esame e quelle analoghe già in vigore. Da un confronto sommario tra tali testi e il testo della delega 2014, al netto delle differenze meramente terminologiche emerge che la norma di portata generale (relativa alle «condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni») contiene un minor numero di requisiti di applicabilità («la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento») e, dunque, copre una costellazione di casi in linea di massima più estesa di quelli interessati dalle clausole speciali per gli imputati minorenni e per la giustizia mine della giudice di pace. Non solo, stando alla lettera, la «non abitualità» è – come visto – requisito meno impegnativo della «occasionalità», perché un comportamento reiterato, dunque non occasionale, potrebbe però essere considerato non (ancora) abituale; il dato più evidente è che il non luogo a procedere per «irrilevanza del fatto» di cui all'art. 27 d.P.R. n. 448/1988 può essere chiesto solo «quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minorenne», mentre per la definizione del procedimento dinnanzi al giudice di pace di cui all'art. 34 d.lgs. n. 274/2000 occorre tener conto anche «del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato», e occorre che la persona offesa non manifesti la propria contrarietà, secondo le diverse forme processuali di cui ai co. 2 e 3.

Ciò significa che, se le norme speciali rimarranno in vigore una volta varato il decreto legislativo attuativo della delega, le condizioni previste per i relativi procedimenti risulteranno ingiustificatamente più gravose, con una vistosa irrazionalità soprattutto per la giurisdizione del giudice di pace che si esercita su reati comunque ricompresi nel limite

dei cinque anni di pena detentiva. Se l'interlocuzione obbligatoria della persona offesa e il conseguente potere di veto a questa attribuito si giustificano per quei reati sottoposti allo speciale circuito che gravitano attorno al conflitto interpersonale, nondimeno rimarrebbe inspiegabile la circostanza che analoghi poteri non siano previsti per i più gravi reati orbitanti nel circuito ordinario, del pari caratterizzati dal conflitto interpersonale.

Né sarebbe raccomandabile un'abrogazione *tout court* delle norme speciali, oltretutto neppure prevista nella delega, perché ingiustificatamente sottrarrebbe agli imputati minorenni la fruibilità della clausola anche per i reati che oltrepassano la soglia dei cinque anni di reclusione.

Quanto alla natura giuridica della "non punibilità", l'argomento è di scarso interesse pratico, perché sotto quel profilo rileverà soprattutto la costruzione processuale che verrà riservata alla clausola; è, tuttavia, facile immaginare che sul tema si scriveranno fiumi di inchiostro, soprattutto per spiegare i rapporti tra la clausola e il principio di offensività, la cui ricaduta concreta viene collegata solitamente ad un fenomeno più consistente fra gli elementi del reato che non quello della mera valutazione attorno alla opportunità/convenienza di punire. Di qui è facile prevedere che un coro di accaniti commentatori denuncerà lo "svilimento" del principio di offensività e manifesterà la sua delusione per il basso profilo con cui ha fatto ufficialmente il suo ingresso nell'ordinamento italiano la clausola di tenuità.

7. Nessuno potrà denegare al legislatore della delega 2014 di aver realizzato un intervento di grande rilievo sul sistema penale italiano. Per descriverne il respiro si può anche impiegare l'abusato aggettivo "epocale", che non è improprio soprattutto in chiave relativistica, vale a dire se si colloca l'intervento nella palude della politica penale degli ultimi venti anni. Il legislatore penale del 2014 certamente brilla, in altri termini, a paragone con i suoi "predecessori", rispetto ai quali "vince" per distacco il confronto. L'aver mandato in cantiere le due fondamentali novità concernenti la promozione della pena domiciliare come pena principale e la codificazione della clausola di non punibilità dei fatti con tenue carica offensiva costituisce un merito incancellabile, che va ben oltre la pur non peregrina constatazione che in fondo si tratta di novità dai contenuti del tutto "scontati" e pienamente "maturati" in seno al diritto vivente, non in grado di esprimere i contenuti di una vera riforma del sistema sanzionatorio.

A parte che anche il raggiungimento di traguardi attesi e del tutto "alla portata" del legislatore non è sempre un risultato scontato come se fosse un agevole compito da svolgere a casa, una "pratica" di *routine* da sbrigare, il merito da riconoscere alla delega 2014 è quello di aver finalmente indirizzato un segnale chiaro ed univoco nella giusta direzione, senza ambiguità, contraddizioni o riserve. Il messaggio è quello della pena carceraria come *extrema ratio* e del diritto penale come opzione a sua volta sussidiaria, non impiegabile per i "*minima*"; il che non è affatto da sottovalutare in un contesto come l'attuale in cui impera an-

cora incontrastata la vocazione politica del *più penale*⁴⁸, con il suo primo corollario: l'illusione, sempre subdolamente alimentata, che la pena e il terrore della pena possano risolvere le tensioni sociali, proteggere la società dai nemici, garantire la sicurezza dei cittadini, sconfiggere i fenomeni criminosi. Né soprattutto va sottovalutato lo sforzo di un legislatore che finalmente prende con decisione le distanze da una simile deriva, dopo che per anni i suoi predecessori avevano respirato a pieni polmoni da quella atmosfera, finanche alimentandola, o comunque pigramente assecondandola.

Una volta riportato, dunque, il veicolo delle riforme penali nella giusta direzione, il legislatore della delega 2014 sembra però aver esaurito tutte le sue energie, al punto che la vittoria che già gli abbiamo assegnato rispetto ai suoi predecessori rischia di dipendere più dai demeriti conclamati di questi ultimi che dal valore assoluto della "prestazione" del vincitore.

Tale "prestazione", oltre a qualche difetto tecnico e a qualche profilo contraddittorio sopra segnalato, è purtroppo minata da un vizio di fondo, consistente nella sua ridotta incidenza, vale a dire nella parzialità dell'intervento. La condizione del sistema penale italiano, e in particolare del sistema delle sanzioni (non che quello dei "delitti" sia messo meglio, a duecentocinquanta anni dalla comparsa dell'opera di Beccaria!), è, da un lato, talmente degradata e deteriorata, d'altro lato, talmente fuori controllo e contenimento, perché sfuggita di mano ai legislatori e agli operatori, che qualunque "modifica", "rettifica", "aggiustamento", anche dettato dalla migliore energia innovativa viene inghiottito dalla palude e rischia di risolversi in un peggioramento delle condizioni di partenza.

Il sistema non cerca soluzioni tampone, correzioni di rotta, sia pur brillanti intuizioni al passo con i tempi; richiede – vorremmo dire: "imporre" – una radicale e drastica rifondazione, un'opera forse davvero ciclopica, forse troppo irrealistica, ma ormai indilazionabile. Ogni altra scelta rappresenta inevitabilmente un "pannicello caldo", se non una toppa peggiore del buco! Non è più il tempo delle trattative e dei compromessi sulla politica penale, degli *escamotages* parlamentari per far marciare le riforme; è tempo – da tempo! – di sedersi al tavolino e scrivere da capo i delitti e le pene nel nostro ordinamento, avendo chiaro in mente a che cosa servono gli uni e le altre nel momento presente.

In mancanza o nell'attesa di una simile palingenesi, l'avvenire è evidentemente sempre più contrassegnato dal proliferare dei microsistemi (o sottosistemi), circuiti penali sufficientemente autonomi costruiti attorno a peculiarità di disciplina, perimetrati secondo i più disparati e arbitrari criteri, che spaziano dall'astratto al concreto della vita dell'illecito e della sanzione. La delega 2014 – si è visto – ne ha coniato uno del tutto nuovo: il "*diritto penale domiciliare*" (dei reati puniti con pena principale domiciliare, per i quali vale la clausola di non punibilità in caso di offesa

⁴⁸ D. Pulitanò, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia* 2013, 125 ss.

tenue), il cui confine superiore è inderogabilmente tracciato sui cinque anni di pena detentiva comminata nel massimo. Ma tanti altri già gravitano sulla stessa galassia, costruiti al limitare del diritto penale classico, sino a rendere ormai irriconoscibile il confine stesso e a indurre gli studiosi a parlare di un “diritto punitivo” più che del diritto penale (sanzioni amministrative, illeciti depenalizzati, responsabilità degli enti, diritto penale mite del giudice di pace), o ruotanti all’interno del diritto penale, e sedimentatisi attorno a connotati specializzanti fortemente incisivi nella pratica (il circuito dei reati con prescrizione breve, quello dei reati procedibili a querela, quello dei “reato ostativi”, a sua volta distinto in vari sottocircuiti, quello dei reati puniti con pena sospendibile, quello dei reati oblationabili, e così via), che di fatto hanno travolto e quasi soppiantato il tradizionale distinguo tra delitti e contravvenzioni.

Iscrivere un illecito dentro uno o l’altro dei microsistemi è operazione politico-criminale decisiva, date le conseguenze che l’operazione comporta: dentro o fuori, a volte basta un dettaglio per segnare il destino di una incriminazione.

Non che l’operazione di polverizzazione del sistema penale e lo sviluppo di microsistemi – come è noto – costituisca necessariamente una sventura; concettualmente comporta una migliore e più adeguata risposta legislativa alla moltitudine dei fenomeni criminosi, determina una efficiente calibratura dello strumento legislativo e consente un suo più rapido e snello adattamento ai cambiamenti della realtà.

Occorre però che sia il frutto di scelte strategiche, consapevolmente adottate e tecnicamente corrette, non lo scarto di lavorazione disordinato e scoordinato di decenni di legislazione occasionale, emotiva, schizofrenica. Se i microsistemi nascono solo dalla deriva e dalla ingovernabilità del sistema, come una sua degenerazione, inevitabilmente ne vengono esaltati i difetti e scompaiono i pregi; emerge che dietro la parcellizzazione della risposta penale si nasconde l’arbitrio della disparità di trattamento, l’irragionevolezza della disciplina differenziata.

Se dopo ogni intervento legislativo riformista nasce un ulteriore microsistema, perché il legislatore prende atto che non può riformare il sistema, l’orizzonte del diritto penale si fa sempre più cupo e l’ottimismo della volontà si consuma rapidamente come un fuoco fatuo.

Art. 2

Delega al Governo per la riforma della disciplina sanzionatoria

1. Il Governo è delegato ad adottare, entro i termini e con le procedure di cui ai commi 4 e 5, uno o più decreti legislativi per la riforma della disciplina sanzionatoria dei reati e per la contestuale introduzione di sanzioni amministrative e civili, in ordine alle fattispecie e secondo i principi e criteri direttivi specificati nei commi 2 e 3.

2. La riforma della disciplina sanzionatoria nelle fattispecie di cui al presente comma è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi: a) trasformare in illeciti amministrativi tutti i reati per i quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda, ad eccezione delle seguenti materie:

- 1) edilizia e urbanistica;
- 2) ambiente, territorio e paesaggio;
- 3) alimenti e bevande;
- 4) salute e sicurezza nei luoghi di lavoro;
- 5) sicurezza pubblica;
- 6) giochi d'azzardo e scommesse;
- 7) armi ed esplosivi;
- 8) elezioni e finanziamento ai partiti;
- 9) proprietà intellettuale e industriale;

b) trasformare in illeciti amministrativi i seguenti reati previsti dal codice penale:

1) i delitti previsti dagli articoli 527, primo comma, e 528, limitatamente alle ipotesi di cui al primo e al secondo comma;

2) le contravvenzioni previste dagli articoli 652, 659, 661, 668 e 726;

c) trasformare in illecito amministrativo il reato di cui all'articolo 2,

comma 1-bis, del decreto-legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 1983, n. 638, purché l'omesso versamento non ecceda il limite complessivo di 10.000 euro annui e preservando comunque il principio per cui il datore di lavoro non risponde a titolo di illecito amministrativo, se provvede al versamento entro il termine di tre mesi dalla contestazione o dalla notifica dell'avvenuto accertamento della violazione;

d) trasformare in illeciti amministrativi le contravvenzioni punite con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda, previste dalle seguenti disposizioni di legge:

1) articolo 11, primo comma, della legge 8 gennaio 1931, n. 234;

2) articolo 171-quater della legge 22 aprile 1941, n. 633;

3) articolo 3 del decreto legislativo luogotenenziale 10 agosto 1945, n. 506;

4) articolo 15, secondo comma, della legge 28 novembre 1965, n. 1329;

5) articolo 16, quarto comma, del decreto-legge 26 ottobre 1970, n. 745, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 1970, n. 1034;

6) articolo 28, comma 2, del testo unico in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309;

e) prevedere, per i reati trasformati in illeciti amministrativi, san-

zioni adeguate e proporzionate alla gravità della violazione, alla reiterazione dell'illecito, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle sue conseguenze, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche; prevedere come sanzione principale il pagamento di una somma compresa tra un minimo di euro 5.000 ed un massimo di euro 50.000; prevedere, nelle ipotesi di cui alle lettere b) e d), l'applicazione di eventuali sanzioni amministrative accessorie consistenti nella sospensione di facoltà e diritti derivanti da provvedimenti dell'amministrazione;

f) indicare, per i reati trasformati in illeciti amministrativi, quale sia l'autorità competente ad irrogare le sanzioni di cui alla lettera e), nel rispetto dei criteri di riparto indicati nell'articolo 17 della legge 24 novembre 1981, n. 689;

g) prevedere, per i casi in cui venga irrogata la sola sanzione pecuniaria, la possibilità di estinguere il procedimento mediante il pagamento, anche rateizzato, di un importo pari alla metà della stessa.

3. La riforma della disciplina sanzionatoria nelle fattispecie di cui al presente comma è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) abrogare i reati previsti dalle seguenti disposizioni del codice penale:

1) delitti di cui al libro secondo, titolo VII, capo III, limitatamente alle condotte relative a scritture private, ad esclusione delle fattispecie previste all'articolo 491;

2) articolo 594;

3) articolo 627;

4) articoli 631, 632 e 633, primo comma, escluse le ipotesi di cui all'articolo 639-bis;

5) articolo 635, primo comma;

6) articolo 647;

b) abrogare, trasformandolo in illecito amministrativo, il reato previ-

sto dall'articolo 10-bis del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, conservando rilievo penale alle condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia;

c) fermo il diritto al risarcimento del danno, istituire adeguate sanzioni pecuniarie civili in relazione ai reati di cui alla lettera a);

d) prevedere una sanzione pecuniaria civile che, fermo restando il suo carattere aggiuntivo rispetto al diritto al risarcimento del danno dell'offeso, indichi tassativamente:

1) le condotte alle quali si applica;

2) l'importo minimo e massimo della sanzione;

3) l'autorità competente ad irrogarla;

e) prevedere che le sanzioni pecuniarie civili relative alle condotte di cui alla lettera a) siano proporzionate alla gravità della violazione, alla reiterazione dell'illecito, all'arricchimento del soggetto responsabile, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle sue conseguenze, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche. 4. I decreti legislativi previsti dal comma 1 sono adottati entro il termine di diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge su proposta del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Gli schemi dei decreti legislativi sono trasmessi alle Camere, corredati di relazione tecnica, ai fini dell'espressione dei pareri da parte delle Commissioni competenti per materia e per i profili finanziari, che sono resi entro il termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti sono emanati anche in mancanza dei predetti pareri. Qualora tale termine venga a

scadere nei trenta giorni antecedenti allo spirare del termine previsto dal primo periodo o successivamente, la scadenza di quest'ultimo è prorogata di sessanta giorni. Nella predisposizione dei decreti legislativi il Governo tiene conto delle eventuali modificazioni della normativa vigente comunque intervenute fino al momento dell'esercizio della delega. I decreti legislativi di cui al comma 1 contengono,

altresì, le disposizioni necessarie al coordinamento con le altre norme legislative vigenti nella stessa materia.

5. Entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore dell'ultimo dei decreti legislativi di cui al presente articolo, possono essere emanati uno o più decreti correttivi ed integrativi, nel rispetto della procedura di cui al comma 4 nonché dei principi e criteri direttivi di cui al presente articolo.

La delega per la “riforma della disciplina sanzionatoria” nell’art. 2 l. 67/2014

Commento di PAOLO VENEZIANI e MATTIA CELVA*

SOMMARIO: 1. Introduzione e premesse. – 2. La struttura dell’art. 2 l. 67/2014 e l’iter per l’attuazione della delega. – 3. Il secondo comma. *a)* Le ipotesi di degradazione di reati in illeciti amministrativi e la relativa disciplina sanzionatoria. – 4. (*Segue b)* Sulla depenalizzazione delle fattispecie di cui agli artt. 527 co. 1, 528 co. 1 e co. 2 e 726 Cp. – 5. Il terzo comma. *a)* Le ipotesi di abrogazione di reati. – 6. (*Segue b)* Le «sanzioni pecuniarie civili» di cui alle lett. *c, d, e*. – 7. Conclusioni.

1. L’art. 2 l. 28.4.2014 n. 67 concerne la «[d]elega al Governo per la riforma della disciplina sanzionatoria» e s’inserisce nell’ambito di un corpo normativo che, nelle intenzioni, pare volersi per lo più ispirare ad un disegno deflativo – sotto diversi aspetti – del sistema penale. Sull’idoneità a tale scopo delle previsioni complessivamente contenute nella l. 67/2014 non ci si può esprimere in questa sede, se non attraverso qualche brevissimo cenno che sarà trattato nelle conclusioni. Quella che si affronterà nelle pagine seguenti è, invece, una disamina delle diverse disposizioni dell’art. 2 medesimo, cercando di tratteggiare in tal modo – pur nel rispetto dei limiti che l’economia della trattazione impone – un quadro il più possibile completo della delega.

Così, dopo aver illustrato per grandi linee la struttura dell’art. 2 e l’iter in esso descritto per l’emanazione del decreto o dei decreti delegati (nonché degli eventuali decreti correttivi e integrativi), si prenderanno in esame le previsioni in materia di depenalizzazione e di abrogazione di reati; infine, si cercherà di fornire un pur breve sguardo d’insieme sulla base delle notazioni che saranno via via svolte. Prima di addentrarsi nell’esame della norma in commento, però, s’impongono alcune premesse.

* Il lavoro costituisce il frutto di uno studio condiviso degli Autori. Tuttavia, debbono attribuirsi: il § 6 a P. Veneziani; i §§ 2, 3, 4 e 5 a M. Celva; i §§ 1 e 7 ad entrambi gli Autori.

Anzitutto, va ricordato che del termine «depenalizzazione» sono rinvenibili diverse definizioni, variabili a seconda dei punti di vista dai quali il fenomeno viene osservato¹: conviene subito avvertire, perciò, che nel prosieguo s'intenderà per depenalizzazione – salvo che non sia diversamente segnalato – il fenomeno della degradazione di illeciti penali in illeciti amministrativi (ossia quella che talvolta si denomina «depenalizzazione in senso stretto» o «graduata»²).

In secondo luogo, va evidenziato che, trattandosi nel caso dell'art. 2 l. 67/2014 di una delega, l'aspetto di molte disposizioni sarà definito solamente con l'emanazione del o dei pertinenti decreti legislativi: pertanto, nell'ambito del presente lavoro, non si potrà svolgere che un commento – come si usa dire – «a prima lettura» dell'art. 2³. Del resto, in alcuni casi – lo si potrà constatare – sono le stesse scelte letterali operate dal legislatore a lasciar residuare margini interpretativi piuttosto ampi.

Quindi, in vari passaggi si cercherà non tanto di proporre soluzioni alle diverse problematiche di volta in volta rilevanti, quanto piuttosto di metterle in luce le più evidenti criticità.

2. Poste siffatte avvertenze, per una migliore analisi dell'art. 2 in commento sembra anzitutto opportuno riepilogarne sinteticamente la struttura.

Utile, a tal fine, richiamarsi al co. 1, il quale recita: «[i]l Governo è delegato ad adottare, entro i termini e con le procedure di cui ai commi 4 e 5, uno o più decreti legislativi per la riforma della disciplina sanzionatoria dei reati e per la contestuale introduzione di sanzioni amministrative e civili, in ordine alle fattispecie e secondo i principi e criteri direttivi specificati nei commi 2 e 3».

In sede di primo commento ed illustrazione dell'art. 2 l. 67/2014, nessun elemento può naturalmente essere trascurato. Poiché, tuttavia, il nucleo più rilevante delle diverse previsioni è senz'altro da individuarsi nei commi secondo e terzo, che – come si avrà modo di notare – offrono spunti di riflessione non trascurabili, a questi dovrà essere riservato il maggiore spazio. Per il momento, piuttosto, conviene soffermarsi – pur brevemente – sui commi quarto e quinto.

¹ Per un riepilogo esaustivo delle diverse accezioni del termine, classico il rimando a C.E. Paliero, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985, 378 ss. e Id., voce *Depenalizzazione*, in *DigDPen*, III, Torino 1989, 230 ss. Per rimanere nell'ambito della dottrina italiana v., altresì, le diverse impostazioni rinvenibili in F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, 237; F. Giunta, voce *Depenalizzazione*, in G. Vassalli (a cura di), *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano 1986, 192 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Padova 1979, 22; P. Nuvolone, *La legge di depenalizzazione*, Aggiornamento al terzo volume del *Trattato di diritto penale italiano* di V. Manzini, Torino 1984, I. Più di recente, ancora, A. Bernardi, *La depenalizzazione e le sue diverse forme*, in A. Bernardi, I. Zoda, *Depenalizzazione. Profili teorici e pratici*, Padova 2008, 9 ss.

² Cfr., da ultimo, A. Bernardi, *op. cit.*, 16.

³ Tra i primi commenti cfr., ad es., G. Amato, *Entro 18 mesi cambia la disciplina sanzionatoria e una serie di reati saranno illeciti amministrativi*, in *GD* 2014 (21), 60 s.

Il primo sancisce che il decreto o i decreti delegati debbano essere adottati, entro il termine di 18 mesi dall'entrata in vigore della l. 67/2014 (avvenuta il 17.5.2014), su proposta del Ministro della Giustizia di concerto col Ministro dell'Economia e delle Finanze. Gli schemi dei decreti legislativi dovranno essere trasmessi alle Camere, accompagnati da una relazione tecnica, perché le Commissioni competenti per materia e per i profili finanziari possano esprimere i relativi pareri entro 30 giorni dalla data di trasmissione: se, allo scadere di tale termine, i pareri non saranno ancora stati resi, si procederà egualmente all'emanazione dei decreti. Qualora, però, il termine dovesse scadere durante i trenta giorni precedenti quello dei 18 mesi dall'entrata in vigore della l. 67/2014 o successivamente, la scadenza di quest'ultimo termine sarà prorogata di 60 giorni. È inoltre previsto che il Governo, nella predisposizione del o dei decreti, tenga presenti le «eventuali modificazioni della normativa vigente comunque intervenute fino all'esercizio della delega». Il decreto o i decreti legislativi, infine, dovranno contenere anche «le disposizioni necessarie al coordinamento con le altre norme legislative vigenti nella stessa materia».

A mente del quinto comma, invece, sarà possibile adottare uno o più decreti correttivi ed integrativi entro 18 mesi dall'entrata in vigore dell'ultimo dei decreti legislativi, secondo la medesima procedura prevista al co. 4 e purché siano rispettati i principi e criteri direttivi previsti dall'art. 2 stesso.

Merita a questo punto spendere alcune considerazioni in ordine al procedimento testé succintamente riportato. Benché non testualmente riconducibile a quanto sancito dall'art. 76 Cost. e dalle altre norme costituzionali rilevanti in materia di procedimento legislativo, così come dall'art. 14 c. l. 23.8.1988 n. 400⁴, va segnalato che da tempo sugli schemi dei decreti legislativi delegati viene usualmente effettuata una sorta di «verifica politica» concretantesi nel parere espresso dalle Commissioni parlamentari competenti per materia⁵: si tratta, anzi, di una «prassi consolidata»⁶ e, sotto questo aspetto, va appena ricordato che l'art. 2 ora in oggetto prevede che ad esprimersi siano anche le Commissioni competenti per i profili finanziari. Nella delega in parola, peraltro, si stabilisce un termine di 30 giorni perché le Commissioni possano esprimere i rispettivi pareri, a fronte di quello più lungo (60 giorni) sancito dall'art. 14 co. 4 appena citato. Resta comunque fermo che, in assenza di tale parere – peraltro non vincolante, posto che nulla si dice in merito –, il decreto o i decreti legislativi possano in ogni caso essere emanati⁷. Ancora – come pure ricordato – la delega operata dall'art. 2 l. 67/2014 prevede un *iter* bifasico, che, oltre all'emanazione del decreto o

⁴ Il quale ultimo stabilisce che il Governo sia tenuto a richiedere il parere delle Camere quando il termine previsto per l'esercizio della delega ecceda i due anni.

⁵ M. Malo, *Sub art. 76*, in S. Bartole, R. Bin, *Commentario breve alla Costituzione*², Padova 2008, 697.

⁶ Opportuni riferimenti in M. Malo, *op. cit.*, 703.

⁷ Ciò che è previsto, ad es., anche dall'art. 6 della legge di delegazione 15.3.1997 n. 59.

dei decreti delegati, contempla anche quella, ulteriore, di uno o più decreti correttivi ed integrativi: anche a tale proposito, vale la pena ricordare che siffatte deleghe «correttive o integrative» sono stabilmente e generalmente riscontrabili fin dalla XIII Legislatura e, inoltre, come, nonostante le critiche riscontrabili in letteratura, la Corte costituzionale (sent. 206/2001) abbia giustificato il fenomeno, pur contestualizzandolo nell'ambito di alcuni limiti⁸.

Tanto posto con riferimento al procedimento di adozione del decreto o dei decreti con cui si darà attuazione alla delega, l'attenzione deve ora concentrarsi sulla parte più significativa dell'art. 2 in considerazione: vale a dire, specificamente, sulle previsioni contenute nei commi 2 e 3 (rispettivamente dedicati alla trasformazione di reati in illeciti amministrativi il primo, all'abrogazione di reati ed all'introduzione di «sanzioni pecuniarie civili» il secondo).

3. Il co. 2 dell'art. 2 l. 67/2014 contempla la riforma della disciplina sanzionatoria relativa alle fattispecie in esso specificamente elencate e ne detta i principi e criteri direttivi: le relative disposizioni sono distribuite in sette lettere, dalla *a* alla *g*.

Nella lett. *a* si stabilisce che siano trasformati in illeciti amministrativi tutti i reati per i quali sia prevista la sola pena della multa o dell'ammenda. Tuttavia, la disposizione fa salve le fattispecie che attengano a varie materie, ovvero: edilizia ed urbanistica (n. 1); ambiente, territorio e paesaggio (n. 2); alimenti e bevande (n. 3); salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (n. 4); sicurezza pubblica (n. 5); giochi d'azzardo e scommesse (n. 6); armi ed esplosivi (n. 7); elezioni e finanziamento ai partiti (n. 8); proprietà intellettuale ed industriale (n. 9).

A tale riguardo, conviene subito svolgere qualche notazione: la tecnica utilizzata, in particolare, si presta a valutazioni di segno diverso.

Fin dai commenti dedicati ai primi interventi di depenalizzazione, in effetti, la dottrina ha voluto sottolineare l'insufficienza di un criterio di selezione delle fattispecie imperniato sulla sola pena astrattamente prevista per illecito: invero – si è autorevolmente sostenuto⁹ –, assumere a riferimento un simile parametro non consente, in linea generale, di tenere nella dovuta considerazione il tessuto valoriale sul quale dovrebbe tra l'altro fondarsi la scelta tra le diverse tecniche di tutela disponibili nell'ordinamento giuridico (ammesso che si parli d'interessi meritevoli di una qualche forma di protezione¹⁰). Osservazione, questa,

⁸ Cfr., ancora, M. Malo, *op. cit.*, 701 ed *ivi* ulteriori rimandi.

⁹ F. Bricola, *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689: una svolta «reale» nella politica criminale?*, ora in *Id.*, *Scritti di diritto penale*, I, II, a cura di S. Canestrari, A. Melchionda, Milano 1997, 1444 ss.

¹⁰ La precisazione s'impone, fermo restando però che appare piuttosto difficile – ma pur sempre possibile – che un interesse tutelato a livello penale perda ogni possibile rilevanza per l'ordinamento, così risultando scoperto da ogni forma di tutela: scrive anzi, tra gli altri, M. Donini, che «[s]pesso, [...] venuta meno la sanzione penale, non ci sono altre sanzioni extrapenalistiche disponibili o irrogate. La stessa depenalizzazione con trasformazione dei reati in illeciti amministrativi non è affatto una garanzia di effettività, e quindi spesso tradisce, anziché attuare, la sussidiarietà della tutela. Sostituire

che oggi può fondarsi su basi ancor più salde rispetto a quando fu formulata: ed infatti, la maggior distanza temporale rispetto alle scelte operate dal legislatore del '30 si accompagna pure ad un mutamento di sensibilità sempre più marcato a livello sociale; sicché l'opera di adeguamento del sistema penale intrapresa per questa via rischia di risultare insufficiente rispetto alle *Kulturnormen* diffuse nella società italiana¹¹.

Svolte queste premesse di carattere generale, con riguardo specifico alla previsione legislativa in commento desta di primo acchito qualche perplessità la previsione della depenalizzazione dei reati sanzionati con la sola pena della multa (trattandosi di fattispecie delittuose), laddove – forse – meno «problematica» appare la degradazione in illeciti amministrativi di quelli puniti con la sola ammenda: non a caso, in quest'ultimo senso è possibile rinvenire, in letteratura, indicazioni almeno in parte simili¹².

Di più e sotto altro profilo, si deve pure segnalare come – in realtà – la norma in esame non si basi solamente sul criterio della pena prevista in astratto in relazione a determinate fattispecie: è anzi stabilita l'esclusione, dall'ambito della depenalizzazione, dei reati afferenti alle materie di cui ai numeri 1-9, secondo una valutazione che il legislatore ha verosimilmente compiuto in considerazione dei beni giuridici coinvolti¹³. Si tratta, a ben vedere, di un ventaglio d'ipotesi davvero dilatato: il novero delle aree sottratte all'intervento di depenalizzazione, infatti, oltre ad essere numericamente cospicuo, assomma materie «intrinsecamente» ampie. Significativa, in tal senso, la salvezza prevista per i reati rientranti nell'area della «sicurezza pubblica» (n. 5), senz'altro costituente un settore dal perimetro non facilmente tracciabile e, comunque, estremamente vasto.

Per un verso, dunque, si può ritenere che l'intervento delineato dalla lett. a risulti attento alla valenza del bene giuridico in ordine all'ambito coperto della depenalizzazione in questione, con ciò evitando uno scon-

una tutela eccessiva con una non tutela è un nuovo eccesso» (M. Donini, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, ora in Id., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova 2003, 381).

¹¹ Sulla rilevanza delle *Kulturnormen* nell'ambito dei rapporti tra illecito penale e illecito amministrativo, v. A. Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, I, Padova 1988, segnatamente 501 ss.

¹² Cfr. M. Donini, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato "costituente" per la riforma del codice*, ora in Id., *Alla ricerca di un disegno*, cit., 184: «per es., le contravvenzioni punite con la sola ammenda e oggi obblazionabili obbligatoriamente – se non riformate secondo criteri di serietà – dovrebbero venire tutte decriminalizzate, e si dovrebbe escludere ogni pericolo assolutamente presunto dalla sfera penale-criminale: salvo che i fatti di reato possano ritenersi già "lesivi" di un distinto bene-oggetto [...]. Le contravvenzioni residue, per es. – si pensi a quelle a contenuto preventivo cautelare – dovrebbero convertirsi (in larga parte) in illeciti amministrativi oppure ammettere la prova contraria della non pericolosità o essere riscritte con clausole di pericolosità (*ex ante*) in concreto (presupposta alla condotta o insita in questa o a essa conseguente), o di punibilità solo in caso di reiterazione, ovvero di colpa grave, ecc.». Tutto ciò, in ogni caso, tenendo presente a monte che «non si legifera, né si depenalizza per *nomen iuris*, ma per contenuto e struttura delle incriminazioni e per modo di disciplina» (*ivi*, 183).

¹³ In tal senso, G. Amato, *op. cit.*, 60 s.

sigliabile appiattimento sul solo criterio formale della sanzione prevista per i diversi illeciti. Non può tuttavia essere sottaciuto, osservando la disposizione da un diverso punto di vista, come l'individuazione delle materie non coinvolte dalla degradazione, considerate l'estrema varietà ed ampiezza delle stesse, rischi di rendere pressoché inefficace l'intervento stesso rispetto alle reali esigenze deflative del sistema penale.

Ciò detto con riferimento alla lett. *a* e venendo ora alle altre previsioni contemplate dall'art. 2 co. 2 l. 67/2014, conviene anzitutto – prima di passare all'illustrazione delle scelte effettuate dal legislatore relativamente alla disciplina sanzionatoria – concentrarsi sulle previsioni di cui alle lett. *b*, *c* e *d*.

La prima prevede che il Governo disponga la trasformazione in illeciti amministrativi di alcuni delitti e contravvenzioni disciplinati dal Codice penale. In particolare, quanto ai delitti si stabilisce che debbano rientrare nell'ambito della depenalizzazione le fattispecie di cui agli artt. 527 co. 1 e 528 co. 1 e co. 2 Cp: quindi alcune ipotesi riconducibili, rispettivamente, al delitto di atti osceni ed a quello di pubblicazioni e spettacoli osceni. Con riferimento alle contravvenzioni, l'intervento riguarda gli artt. 652, 659, 661, 668 e 726 Cp, ossia le fattispecie di rifiuto di prestare la propria opera in occasione di un tumulto, di disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone, di abuso della credulità popolare, di rappresentazioni teatrali o cinematografiche abusive, di atti contrari alla pubblica decenza.

Riguardo alla lett. *b* in esame conviene solamente riportare che, secondo le prime osservazioni svolte a commento della l. 67/2014, l'intervento potrebbe rivelarsi efficace, da un punto di vista quantitativo (ovvero di contenimento del carico degli uffici giudiziari), soprattutto in virtù dell'espunzione dall'ambito del diritto penale dei delitti di cui agli artt. 527 co. 1 e 528 co. 1 e co. 2 Cp e delle contravvenzioni di disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone e di atti contrari alla pubblica decenza¹⁴. Alla depenalizzazione riguardante i delitti di atti osceni e di pubblicazioni e spettacoli osceni saranno comunque riservate alcune osservazioni nel paragrafo successivo.

Passando alle previsioni della lett. *c* e della lett. *d*, va premesso che entrambe concernono la degradazione in illeciti amministrativi di alcune fattispecie rientranti nella legislazione penale complementare, non incidendo pertanto sul Codice.

Rientra nella previsione della lett. *c*, segnatamente, l'art. 2 co. 1-*bis* d.l. 12.9.1983 n. 463 (convertito, con modificazioni, dalla l. 11.11.1983 n. 638), il quale attualmente sanziona con la reclusione fino a tre anni e la multa fino a 2 milioni di lire l'omesso versamento, da parte del datore di lavoro, delle ritenute previdenziali ed assistenziali da questi operate sulle retribuzioni dei lavoratori dipendenti: di tale fattispecie è prevista la trasformazione in illecito amministrativo purché, però, l'omesso versamento non ecceda il limite complessivo di 10.000 euro annui. Resta comunque fermo, per espressa previsione della lett. *c* in commento, «il

¹⁴ G. Amato, *op. cit.*, 61 s.

principio per cui il datore di lavoro non risponde a titolo di illecito amministrativo, se provvede al versamento entro il termine di tre mesi dalla contestazione o dalla notifica dell'avvenuto accertamento della violazione». Anche a proposito di tale disposizione, va detto che si è ritenuto di sottolinearne un potenziale effetto positivo in ordine alla deflazione del carico giudiziario¹⁵. Di più: merita d'essere posto in evidenza come, dopo l'entrata in vigore della l. 67/2014 e proprio con riferimento alla fattispecie ora in oggetto, alcuni giudici di merito – in specie il Tribunale di Bari e quello di Asti – abbiano ritenuto, in virtù del principio del *favor rei* e dell'art. 2 Cp, di addivenire già all'assoluzione degli imputati per il reato di cui all'art. 2 co. 1-*bis* d.l. 463/1983, attestandosi l'omesso versamento – nei casi oggetto di giudizio – su livelli inferiori a quello di oltre 10.000 euro annui previsto dalla legge delega quale soglia minima per l'integrazione dell'illecito penale¹⁶.

La lett. *d*, invece, sancisce che dovranno essere degradate in illeciti amministrativi le contravvenzioni punite con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda e previste da una serie di norme, elencate nei numeri 1-6 della norma. Si tratta, precisamente: dell'art. 11 co. 1 l. 8.1.1931 n. 234¹⁷; dell'art. 171-*quater* l. 22.4.1941 n. 633¹⁸; dell'art. 3 d.lgs. 10.8.1945 n. 506¹⁹; dell'art. 15 co. 2 l. 28.11.1965 n. 1329²⁰; dell'art. 16 co. 4 d.l. 26.10.1970 n. 745 (convertito, con modificazioni dalla l. 18.12.1970 n. 1034)²¹; dell'art. 28 co. 2 d.P.R. 9.10.1990 n. 309²². Le norme coinvolte

¹⁵ Ancora G. Amato, *op. cit.*, 62.

¹⁶ Delle pronunce in questione dà conto *Il Sole-24 Ore*, rispettivamente nell'edizione del 7.8.2014, 33 (ove si trovano anche i primi commenti di autorevoli costituzionalisti) ed in quella dell'8.8.2014, 33. Il Tribunale di Asti, peraltro, richiama a supporto della propria decisione anche alcune sentenze della Consulta, per la cui indicazione v. la seconda delle fonti citate.

¹⁷ Recita l'art. 11 co. 1 l. 8.1.1931 n. 234: «Le violazioni delle disposizioni dell'art. 1 del R. decreto 8 febbraio 1923, n. 1067, e della presente legge sono punite, ove non costituiscono reato più grave, con una ammenda da lire 40.000 a lire 400.000 o con l'arresto fino a due anni».

¹⁸ «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con l'arresto sino ad un anno o con l'ammenda da euro 516 (lire un milione) a euro 5.164 (lire dieci milioni) chiunque, abusivamente ed a fini di lucro: a) concede in noleggio o comunque concede in uso a qualunque titolo, originali, copie o supporti lecitamente ottenuti di opere tutelate dal diritto di autore; b) esegue la fissazione su supporto audio, video o audiovisivo delle prestazioni artistiche di cui all'art. 80».

¹⁹ «Chiunque omette di fare nel termine prescritto la denuncia prevista dall'art. 1 è punito con l'arresto non inferiore nel minimo a sei mesi o con l'ammenda non inferiore a lire 2.000.000. Ove l'omissione risulti colposa la pena è dell'arresto non inferiore a tre mesi o dell'ammenda non inferiore a lire 1.000.000».

²⁰ «Chiunque ometta di far ripristinare il contrassegno alterato, cancellato, o reso irricognoscibile da altri, apposto su macchina di cui egli abbia il possesso o la detenzione, ovvero ometta di comunicare al cancelliere del tribunale indicato nel contrassegno, l'alterazione, la cancellazione, o la intervenuta irricognoscibilità, è punito con la pena dell'ammenda da lire 150.000 a lire 600.000 o con l'arresto fino a tre mesi».

²¹ «L'installazione o l'esercizio di impianti in mancanza di concessione sono puniti con l'arresto da due mesi a due anni o con l'ammenda da lire 300.000 a 3.000.000».

²² Benché la depenalizzazione copra solamente il co. 2 di tale norma, sembra opportuno riportare per intero il testo dell'art. 28 d.P.R. 9.10.1990 n. 309: «Chiunque,

non sembrano sollecitare particolari notazioni: in effetti, tra gli illeciti coinvolti, solo l'ultima previsione – concernente una fattispecie contemplata dal *Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza* – si segnala in virtù della delicatezza del settore al quale accede; ma si deve pure riportare come si tratti di un illecito di non particolare rilievo, almeno nel contesto del d.P.R. 309/1990.

Conviene invece ora, in conclusione di questa sommaria esposizione delle previsioni contenute nel co. 2 dell'art. 2 l. 67/2014, dedicare specifica attenzione alla disciplina sanzionatoria prevista dalle lettere *e*, *f* e *g* del medesimo comma.

La lett. *e*, anzitutto, stabilisce i principi e criteri direttivi ai quali il Governo dovrà attenersi, in sede di approntamento dei decreti delegati, in ordine alla delineazione delle sanzioni applicabili «ai reati trasformati in illeciti amministrativi» (dovendosi ritenere che si alluda agli illeciti penali di cui si prevede la degradazione nello stesso art. 2 co. 2). Tali sanzioni – si dice – dovranno in primo luogo essere proporzionate «alla gravità della violazione, alla reiterazione dell'illecito, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle sue conseguenze, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche». Sotto questo profilo, è d'uopo evidenziare come, nella sostanza, le scelte operate dalla delega si pongano in continuità con le caratteristiche della sanzione amministrativa prevista dalla l. 24.11.1981 n. 689: si tratta infatti, essenzialmente, dei medesimi criteri rinvenibili negli artt. 11 e 8-bis di questa, laddove in particolare il secondo – inserito nel corpo della l. 689/1981 dall'art. 94 d.lgs. 30.12.1999 n. 507 – ha introdotto l'elemento della reiterazione delle violazioni²³. Inoltre, la lett. *e* prosegue prevedendo che la sanzione principale dovrà consistere nel pagamento di una somma di cui indica i limiti minimo e massimo, rispettivamente, in 5.000 e 50.000 euro: va a tale riguardo segnalato come, in questo modo, si delinei un trattamento sanzionatorio in parte più gravoso rispetto a quella rinvenibile nell'art. 10 l. 689/1981, che ora racchiude il *quantum* della sanzione amministrativa applicabile in una cornice compresa tra 10 e 15.000 euro (salvo che si tratti di sanzioni proporzionali, le quali non risentono di limiti massimi). Ancora, nella delega è stabilito che, in relazione agli illeciti indicati dalle lettere *b* e *d*, dovranno essere previste «eventuali sanzioni amministrative accessorie consistenti nella sospensione di facoltà e diritti provenienti da provvedimenti dell'amministrazione».

senza essere autorizzato, coltiva le piante indicate nell'articolo 26, è assoggettato a sanzioni penali ed amministrative stabilite per la fabbricazione illecita delle sostanze stesse. / Chiunque non osserva le prescrizioni e le garanzie cui l'autorizzazione è subordinata, è punito, salvo che il fatto costituisca reato più grave, con l'arresto sino ad un anno o con l'ammenda da lire un milione a lire quattro milioni. / In ogni caso le piante illegalmente coltivate sono sequestrate e confiscate. Si applicano le disposizioni dell'articolo 86».

²³ Sul punto, tra i primi commentatori, C. Piergallini, *Il decreto legislativo di depenalizzazione dei reati minori n. 507 del 1999: lineamenti, problemi e prospettive*, in *RIDPP* 2000, 1388 s.

Quanto alla lett. *f*, questa impone all'Esecutivo d'indicare l'autorità competente all'irrogazione delle sanzioni di cui alla lettera precedente; ciò che dovrà avvenire nel rispetto dei criteri di riparto rinvenibili nell'art. 17 l. 689/1981²⁴.

La lett. *g*, infine, stabilisce che, per i casi in cui venga irrogata la sola sanzione pecuniaria, dovrà essere prevista la possibilità di estinguere il procedimento attraverso il pagamento – anche rateizzato – di un importo pari alla metà della sanzione stessa.

4. Come anticipato, il presente paragrafo sarà dedicato all'esame di alcune tra le ipotesi di degradazione contemplate dall'art. 2 co. 2 l. 67/2014, per via della rilevanza che esse possono assumere sotto vari profili. Alcuni aspetti saranno ripresi più avanti quando, nelle conclusioni del lavoro, si cercherà di tracciare un bilancio complessivo delle previsioni contenute nella delega.

Pare utile concentrarsi, in specie, sulla trasformazione in illeciti amministrativi delle previsioni di cui agli artt. 527 co. 1 e 528 co. 1 e co. 2 Cp. Le relative fattispecie hanno infatti sollevato, tanto agli occhi della dottrina quanto della giurisprudenza, problemi di non scarso rilievo soprattutto con riferimento all'esatta individuazione del bene giuridico tutelato²⁵.

²⁴ «Qualora non sia stato effettuato il pagamento in misura ridotta, il funzionario o l'agente che ha accertato la violazione, salvo che ricorra l'ipotesi prevista nell'art. 24, deve presentare rapporto, con la prova delle eseguite contestazioni o notificazioni, all'ufficio periferico cui sono demandati attribuzioni e compiti del Ministero nella cui competenza rientra la materia alla quale si riferisce la violazione o, in mancanza, al prefetto. / Deve essere presentato al prefetto il rapporto relativo alle violazioni previste dal testo unico delle norme sulla circolazione stradale, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 15 giugno 1959, n. 393, dal testo unico per la tutela delle strade, approvato con regio decreto 8 dicembre 1933, n. 1740 e dalla legge 20 giugno 1935, n. 1349, sui servizi di trasporto merci. / Nelle materie di competenza delle regioni e negli altri casi, per le funzioni amministrative ad esse delegate, il rapporto è presentato all'ufficio regionale competente. / Per le violazioni dei regolamenti provinciali e comunali il rapporto è presentato, rispettivamente, al presidente della giunta provinciale o al sindaco. / L'ufficio territorialmente competente è quello del luogo in cui è stata commessa la violazione. Il funzionario o l'agente che ha proceduto al sequestro previsto dall'art. 13 deve immediatamente informare l'autorità amministrativa competente a norma del precedenti commi, inviandole il processo verbale di sequestro. / Con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, da emanare entro centottanta giorni dalla pubblicazione della presente legge, in sostituzione del decreto del Presidente della Repubblica 13 maggio 1976, n. 407, saranno indicati gli uffici periferici dei singoli Ministeri, previsti nel primo comma, anche per i casi in cui leggi precedenti abbiano regolato diversamente la competenza. / Con il decreto indicato nel comma precedente saranno stabilite le modalità relative alla esecuzione del sequestro previsto dall'art. 13, al trasporto ed alla consegna delle cose sequestrate, alla custodia ed alla eventuale alienazione o distruzione delle stesse; sarà altresì stabilita la destinazione delle cose confiscate. Le regioni, per le materie di loro competenza, provvederanno con legge nel termine previsto dal comma precedente».

²⁵ Per una ricostruzione delle linee problematiche della questione si rimanda ad A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte speciale. Introduzione e analisi dei titoli*⁴, Padova 2012, 207 ss., 215 ss. e, con specifico riferimento agli artt. 527 e 528 Cp, 220 ss. V. *ivi*, inoltre, per ulteriori riferimenti.

Il Titolo IX del Codice penale, nel quale i suddetti artt. 527 e 528 s'inseriscono, concerne i delitti contro la moralità pubblica e il buon costume; ma è noto come la sostanziazione di un bene giuridico così descritto abbia aperto questioni pregnanti: si è anzi notato come pure su questo terreno si giochi una partita fondamentale per la laicità del diritto penale²⁶. Parte della dottrina ha convincentemente ritenuto che a venire in considerazione, in questo senso, sia (esclusivamente) la sfera della sessualità e che dunque moralità pubblica e buon costume si dovessero sostanzialmente risolvere, nelle intenzioni del legislatore del '30, nella moralità sessuale²⁷: se da un lato si può ritenere che ciò rispondesse alla *Weltanschauung* dell'epoca, non può dall'altro trascurarsi come un siffatto bene giuridico – oltre a porsi in tensione rispetto ad un'auspicabile separazione tra diritto penale e sfera morale – appaia essenzialmente inafferrabile e rischi di collidere con diversi principi costituzionali²⁸. Per tali motivi, un'interpretazione «aggiornata» impone di leggere il bene giuridico in discorso secondo un punto di vista diverso: esso dev'essere «individualizzato», non concernendo più la moralità pubblica, ma la libertà dei consociati²⁹ e risultando perciò spogliato della connotazione di bene superindividuale.

Ora, i delitti di atti osceni e di pubblicazioni e spettacoli osceni trovano collocazione, all'interno del Titolo IX, esattamente nel Capo II, de-

²⁶ G. Fiandaca, *Problemi dell'osceno e tutela del buon costume. Profili penali, costituzionali e politico-criminali*, Padova 1984, 1 ss., 29 ss. e *passim*. La letteratura sul rapporto tra laicità e diritto penale in generale è cospicua; ci si limita qui pertanto a segnalare, tra gli altri, secondo differenti punti di vista: G. Balbi, A. Esposito (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, Atti di convegno (Santa Maria Capua Vetere, 9.2.2009), Torino 2011; A. Cadoppi (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg, Milano 2010; S. Canestrari, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano 2006, 139 ss., ora anche in Id. (a cura di), *Laicità e diritto*, Bologna 2007, 9 ss.; S. Canestrari, L. Stortoni (a cura di), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Atti di convegno (Verona, 9-10.3.2007), Bologna 2009; E. Dolcini, *Laicità, 'sana laicità' e diritto penale. La Chiesa cattolica maestra (anche) di laicità?*, in *RIDPP* 2009, 1017 ss.; L. Eusebi, *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli 2007, 163 ss.; G. Fiandaca, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, I, Milano 1991, 165 ss.; F. Mantovani, *Problemi della laicità nell'esperienza giuridico-penale*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, I, Bari 1994, 519 ss.; S. Moccia, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli 1979; D. Pulitanò, *Laicità e diritto penale*, in *RIDPP* 2006, 55 ss.; M. Romano, *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, in *RIDPP* 2007, 493 ss.; F. Stella, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano 1985, 309 ss.

²⁷ In questi termini F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*¹⁵, I, a cura di C.F. Grosso, Milano 2008, 548. Analogamente V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, VII, nuova edizione completamente aggiornata, Torino 1951, 252 s.; più di recente M. Bertolino, *Libertà sessuale e tutela penale*, Milano 1993, 76 ss.

²⁸ A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte speciale. Introduzione e analisi dei titoli*⁴, cit., 216.

²⁹ G. Fiandaca, *Problemi dell'osceno e tutela del buon costume*, cit., ad es. 1 ss., 53 ss., 105 ss.; ma cfr. anche B. Romano, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*⁵, Padova 2013, 80 ss.

dicato alle offese al pudore ed all'onore sessuale: concetti, questi, sostanzialmente coincidenti con la moralità pubblica e il buon costume di cui si è fin qui detto. Per quanto attiene, poi, agli artt. 527 e 528 Cp, a venire in rilievo è specificamente la tutela del pudore: si tratta di un concetto intimamente connesso a quello di «osceno», di cui il successivo art. 529 offre una definizione per vero insoddisfacente e di difficile enucleazione. Del resto, se il pudore rappresenta una nozione sostanzialmente rientrante in quella di moralità pubblica e buon costume, ne deriva che anche su di esso si ripercuotano le incertezze sopra descritte e che si debba operarne un'interpretazione più attenta ai principi desumibili dalla Carta costituzionale: si tratta, insomma, anche in questo caso, di rileggere il bene in senso «individualizzante»³⁰.

Una simile operazione richiederebbe, invero, una rivisitazione delle fattispecie che ne riorientasse la filosofia di fondo; ed infatti, con riferimento agli artt. 527 e 528 Cp, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza hanno fatto ricorso «a vere e proprie operazioni di chirurgia plastica»³¹: in particolare, cercando proprio di reinterpretare il bene giuridico nel senso indicato.

Con la l. 67/2014, il legislatore compie un passo per certi versi ancor più deciso, prevedendo – come detto – la degradazione in illeciti amministrativi di entrambi i delitti da ultimo richiamati, limitatamente però alle fattispecie previste rispettivamente dal co. 1 e dai commi 1 e 2. Singolarmente, per altro verso, va notato come rimanga sottratto dall'area della depenalizzazione – in questo caso parrebbe contraddittoriamente – il co. 3 n. 1 dell'art. 528, del quale parte della dottrina caldeggia, invece, l'abrogazione proprio in quanto marcatamente distonico rispetto alla più aggiornata interpretazione del bene giuridico rilevante³². Deve inoltre essere sottolineato – in generale – come, naturalmente, per le ipotesi annoverate dagli artt. 527 e 528 Cp che continueranno ad avere valenza in ambito penale, si mantengano intatti i problemi di cui si è più sopra trattato.

In ogni caso, la scelta nel senso della depenalizzazione – peraltro già operata nel 1999 con riferimento all'ipotesi colposa di cui al co. 3 dell'art. 527 Cp³³ – prosegue nell'opera di progressivo «svuotamento» cui il Titolo IX del Codice penale è stato via via sottoposto ed appare, almeno ad una prima lettura, piuttosto significativa. Deve peraltro essere sottolineato, a tale riguardo, come la delega preveda l'espunzione dal sistema penale anche della contravvenzione prevista dall'art. 726 Cp, inerente agli atti contrari alla pubblica decenza: sotto questo profilo, la

³⁰ Cfr. A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte speciale. Introduzione e analisi dei titoli*⁴, cit., 220 ss.

³¹ Così A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte speciale. Introduzione e analisi dei titoli*⁴, cit., 225; ma v. anche, degli stessi Autori e con specifico riferimento al delitto di pubblicazioni e spettacoli osceni, *Elementi di diritto penale. Parte speciale. I reati contro la persona*, II, I, Padova 2014, 137.

³² A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte speciale. I reati contro la persona*, cit., 137.

³³ Art. 44 d.lgs. 30.12.1999 n. 507.

scelta del legislatore si mostra fundamentalmente coerente, come testimonianza anche il fatto che la distinzione tra quest'ultima fattispecie e quella descritta dall'art. 527 abbia sollevato problemi interpretativi ancora non appieno superati³⁴.

Sulla valenza della degradazione in illeciti amministrativi dei reati di cui all'art. 527 co. 1, all'art. 528 co. 1 e co. 2 ed all'art. 726 Cp si avrà ancora modo di tornare, come detto, in conclusione del lavoro.

5. Esaminato il co. 2 e procedendo nell'analisi dell'art. 2 l. 67/2014, l'attenzione si deve ora appuntare sulle disposizioni contenute nel co. 3 dell'articolo in questione, che a sua volta consta di cinque lettere: come si vedrà, tra i passaggi della delega relativa alla «riforma della disciplina sanzionatoria», si tratta probabilmente di quello che solleva le maggiori difficoltà interpretative. Senza anticipare troppo e volendo mantenere un'impostazione schematica, è utile dedicarsi – in prima battuta – all'illustrazione delle singole previsioni in esso contenute.

Motivi espositivi, tuttavia, suggeriscono di anticipare la trattazione dalla lett. *b*. In essa si prevede l'abrogazione di una specifica fattispecie, ossia l'art. 10-*bis* d.lgs. 25.7.1998 n. 286 (inserito dall'art. 1 co. 16 lett. *a* l. 15.7.2009 n. 94)³⁵: si tratta di un illecito rientrante, dunque, nel *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero* e dedicato, precisamente, alla materia dell'ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato. Peraltro, va notato, è stabilito nella legge delega che debba essere conservato «ri-

³⁴ Sinteticamente, sul punto, A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte speciale. I reati contro la persona*, cit., 134 ed *ivi* ulteriori riferimenti.

³⁵ L'art. 10-*bis* d.lgs. 25.7.1998 n. 286 così recita: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'articolo 162 del codice penale. / Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano allo straniero destinatario del provvedimento di respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 1 ovvero allo straniero identificato durante i controlli della polizia di frontiera, in uscita dal territorio nazionale. / Al procedimento penale per il reato di cui al comma 1 si applicano le disposizioni di cui agli articoli 20-*bis*, 20-*ter* e 32-*bis* del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274. / Ai fini dell'esecuzione dell'espulsione dello straniero denunciato ai sensi del comma 1 non è richiesto il rilascio del nulla osta di cui all'articolo 13, comma 3, da parte dell'autorità giudiziaria competente all'accertamento del medesimo reato. Il questore comunica l'avvenuta esecuzione dell'espulsione ovvero del respingimento di cui all'articolo 10, comma 2, all'autorità giudiziaria competente all'accertamento del reato. / Il giudice, acquisita la notizia dell'esecuzione dell'espulsione o del respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 2, pronuncia sentenza di non luogo a procedere. Se lo straniero rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima del termine previsto dall'articolo 13, comma 14, si applica l'articolo 345 del codice di procedura penale. / Nel caso di presentazione di una domanda di protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, il procedimento è sospeso. Acquisita la comunicazione del riconoscimento della protezione internazionale di cui al decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, ovvero del rilascio del permesso di soggiorno nelle ipotesi di cui all'articolo 5, comma 6, del presente testo unico, il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere».

lievo penale alle condotte di violazione dei provvedimenti amministrativi adottati in materia». Fin tanto che si osservi la questione sotto questo punto di vista, la scelta di collocare tale abrogazione nell'ambito del co. 3 in oggetto appare comprensibile: ed infatti, lo si vedrà tra breve, anche in riferimento ai reati elencati alla precedente lett. *a* è prevista l'abrogazione. Oltre ad abrogare la fattispecie di cui all'art. 10-*bis* citato, però, il Governo dovrà trasformare il relativo reato in illecito amministrativo, laddove invece – a mente delle successive lettere *c*, *d* ed *e* – per i reati contemplati dalla lett. *a* si stabilisce l'applicazione di apposite «sanzioni pecuniarie civili». In sostanza: mentre l'art. 10-*bis* d.lgs. 286/1998 dovrà essere degradato in illecito amministrativo (salva la menzionata salvezza per le violazioni dei provvedimenti amministrativi adottati in materia), analoga sorte non toccherà ai reati di cui alla lett. *a*. La sistemazione di tale previsione nel contesto del co. 3, piuttosto che del co. 2, può forse spiegarsi interpretando la volontà del legislatore nel senso che la fattispecie in argomento, oltre che trasformata in illecito amministrativo, debba essere ritipizzata: ed anche in quest'ottica l'inserimento nel co. 3 appare giustificabile. Non può però tacersi come – assumendo un diverso punto di visuale – la previsione della lett. *b* non appaia scevra da criticità: problemi sorgono, soprattutto, in ordine alla disciplina sanzionatoria che dovrà prevedersi per l'illecito depenalizzato, giacché nella norma non è dato rintracciare alcun rimando ai criteri stabiliti sul punto dal co. 2 lett. *e*, *f* e *g*. Ci si deve pertanto chiedere se, nell'esercizio della delega, l'Esecutivo possa ritenersi essenzialmente libero nella scelta del trattamento sanzionatorio oppure se debba mantenersi nei limiti tracciati dalle ultime disposizioni richiamate. Ad una lettura orientata nel primo senso, però, si oppone la constatazione che in tal modo la delega risulterebbe forse eccessivamente dilatata; ad un'interpretazione volta a sostenere l'applicabilità dei criteri di cui al co. 2, invece, sembra ostare la formulazione di questo stesso comma, laddove prevede che i principi e criteri direttivi da esso stabiliti debbano applicarsi alle (sole) fattispecie ivi annoverate³⁶.

Tanto osservato, l'attenzione si deve ora concentrare sulla lett. *a* del co. 3, nella quale si prevede l'abrogazione di varie fattispecie, contenute nel Codice penale ed elencate nei numeri da 1 a 6: sui primi due ci si soffermerà nelle prossime righe, mentre negli altri si richiamano gli articoli 627 (n. 3), 631, 632 e 633 co. 1, escluse le ipotesi di cui all'art. 639-*bis* (n. 4), 635 co. 1 (n. 5) e 647 (n. 6). Si tratta dunque di norme rispettivamente concernenti: sottrazione di cose comuni; usurpazione, deviazione di acque e modificazione dello stato dei luoghi, invasione di terreni o edifici limitatamente al co. 1 (salvi i casi in cui sia prevista la procedibilità d'ufficio ove si tratti di acque, terreni, fondi o edifici pubblici o destinati ad uso pubblico); danneggiamento, limitatamente al co. 1; appropriazione di cose smarrite, del tesoro o di cose avute per errore

³⁶ Si allude alla parte iniziale del co. 2 in oggetto, laddove si legge: «La riforma della disciplina sanzionatoria nelle fattispecie di cui al presente comma è ispirata ai seguenti principi e criteri direttivi» (corsivo aggiunto).

o caso fortuito. Come testé anticipato, pare in ogni caso opportuno concentrarsi, in particolare, sui reati previsti dai numeri 1 e 2.

A mente del n. 1, dunque, risultano coinvolti alcuni delitti contemplati dal Libro II, Titolo VII, Capo III, vale a dire quelli attinenti alla materia della fede pubblica e concernenti la falsità in atti. Non tutte le norme rientranti in tale sezione del Codice dovranno però essere fatte oggetto di abrogazione: essa infatti, per espressa indicazione della delega, dovrà concernere solamente le «condotte relative a scritture private, ad esclusione delle fattispecie previste all'art. 491». Tale art. 491 Cp riguarda alcune scritture private che per il «particolare credito di cui godono [...] vengono *quoad poenam* equiparate agli atti pubblici»³⁷: si tratta, in particolare, del testamento olografo, delle cambiali e di ogni altro titolo trasmissibile per girata o al portatore; documenti che sono tenuti in particolare considerazione – dal Codice e, verosimilmente, dalla delega – in quanto «assolvono ad una funzione centrale negli scambi economici e nella circolazione dei patrimoni e si caratterizzano, rispetto ad altre scritture private, per la richiesta da parte dell'ordinamento di una specifica forma *ad substantiam*»³⁸. Con riferimento alla previsione del co. 3 lett. a n. 1, va posto in evidenza come – in realtà – possa sorgere un problema interpretativo sul «perimetro» della delega: in effetti, fermo restando il limite espresso dell'art. 491, va notato come la dicitura «limitatamente alle condotte relative a scritture private» possa prestare il fianco a letture discordanti. In particolare, non appare chiaro se a venire in rilievo debbano essere le sole fattispecie che esplicitamente richiamino a tale tipologia di atti, oppure se debbano essere tenute in considerazione anche quelle che – pur non indicandolo espressamente – possano riferirsi, almeno secondo alcune letture, proprio a scritture private. Si ponga mente, ad esempio, all'art. 481 Cp, concernente – da rubrica – la «[f]alsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità». È noto che le maggiori difficoltà presentate da questa fattispecie riguardino proprio la natura di tali certificati. Così, per la dottrina maggioritaria, essi sarebbero riferibili alla categoria delle scritture private, in quanto documenti non redatti da pubblici ufficiali, né da impiegati incaricati di un pubblico servizio; nondimeno, la posizione giuridica di chi li rilascia conferirebbe loro maggior credito rispetto alle comuni scritture private. Facendo leva su tale ultimo elemento, invece, per altra parte della letteratura sarebbero da considerarsi documenti «quasi pubblici». Ed ancora, per altri si tratterebbe di una particolare categoria di documenti pubblici o comunque di rilevanza pubblica³⁹.

³⁷ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*⁵, I, Bologna 2012, 593.

³⁸ S. Delsignore, Sub art. 491, in *Codice penale. Commentato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani, Piacenza 2011, 1700; v., altresì, E. Grande, voce *Falsità in atti*, in *DigDPen*, V, Torino 1991, 64.

³⁹ Per la ricostruzione del dibattito dottrinale si è debitori del riepilogo offerto da G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*⁵, I, cit., 609 (e v., *ivi*, i relativi rimandi a F. Antolisei, F. Carnelutti e U. Dinacci).

Ai fini dei rilievi che qui più interessano, va segnalato come simili incertezze possano ripercuotersi anche sull'area di operatività della delega: in questo senso, come si avvertiva, non è chiaro se ad essere coinvolte nell'area dell'abrogazione – fermo il limite dell'art. 491 Cp – debbano essere solamente le fattispecie che espressamente interessino scritture private, oppure anche quelle che a tale tipologia di documenti facciano (eventualmente) riferimento a livello sostanziale: in tal modo residuando, per di più, un consistente margine interpretativo essenzialmente rimesso agli apprezzamenti del Governo.

Quanto, poi, al n. 2 della lett. a, questo si occupa dell'abrogazione del delitto d'ingiuria disciplinato dall'art. 594 Cp. A tale proposito, va detto che la tutela dell'onore, alla quale la fattispecie in discorso afferrisce riferendosi più particolarmente a quella del decoro, è riscontrabile nella quasi totalità degli ordinamenti penali occidentali, seppure secondo discipline anche marcatamente divergenti soprattutto con riguardo alla prova liberatoria ed alle cause di non punibilità; al contempo, però, risulta sempre più incoraggiata l'esclusione delle relative condotte dall'area del penalmente rilevante⁴⁰. In tale contesto deve per un verso essere posto in risalto come, attualmente, «il diritto penale italiano apprest[i] all'onore una tutela tra le più penetranti e pervasive»⁴¹; per l'altro, va ricordato come la dottrina abbia ormai da tempo constatato che la tutela dell'onore, anche con specifico riferimento all'ingiuria, sollevi non secondarie difficoltà nell'individuazione del bene giuridico tutelato⁴². Tanto non è certamente sufficiente, di per sé, per affermare che l'opzione per l'abrogazione appaia incontestabile: si tratta, tuttavia, di elementi che dovranno essere tenuti presenti nella valutazione della scelta del legislatore, la quale dovrà appuntarsi anche sulla tecnica di tutela prevista nello stesso art. 2 co. 3 l. 67/2014.

Svolte tutte queste considerazioni, va detto che, relativamente alle fattispecie elencate dalla lett. a, non sembra possibile parlare di depenalizzazione c.d. «secca»: benché infatti tale fenomeno venga fatto usualmente coincidere con l'abrogazione – totale o parziale – di norme incriminatrici⁴³, deve segnalarsi come normalmente a questa si accompagni

⁴⁰ L. Bisorì, *I delitti contro l'onore (artt. 594-599)*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, VIII, Torino 2010, 4. V. inoltre *ivi*, 4 ss., per vari ed importanti spunti in ottica comparatistica.

⁴¹ L. Bisorì, *op. cit.*, 4.

⁴² Riassuntivamente, p.t., A. Manna, *Tutela penale della personalità*, Bologna 1993, 67 ss., ove sono indicate ulteriori fonti. V. anche i riferimenti bibliografici rinvenibili in L. Bisorì, *op. cit.*, 8 ss.

⁴³ Cfr., sul punto, P. Nuvolone, voce *Reati (Depenalizzazione di)*, in *NssDI, Appendice*, VI, Torino 1986, 295, ove si parla in tal senso di «decriminalizzazione», la quale «si identifica con la radicale cancellazione di una fattispecie dal novero degli illeciti, penali e non». In senso difforme, tra gli altri, T. Padovani, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano 1981, 257 e, recentemente, A. Bernardi, *op. cit.*, 9, dove – pur facendo coincidere la depenalizzazione «secca» con il concetto di «decriminalizzazione» – si dice che in tali casi «la norma incriminatrice viene abrogata in tutto o in parte, in quanto i fatti (o alcuni dei fatti) in essa ricompresi non sono più ritenuti meritevoli di essere assoggettati a mi-

la completa espunzione dalla fattispecie dall'ordinamento giuridico, che non appresta più alcuna forma di tutela. Per contro, le lett. *c*, *d* ed *e* contengono una peculiare disciplina sanzionatoria da applicarsi proprio ai reati ricompresi nella lett. *a* medesima. Anzi, a questo proposito va subito detto che la lett. *d* (a differenza delle lett. *c* ed *e*) non si riferisce esplicitamente a tali fattispecie: di più, l'utilizzo dell'articolo indeterminativo potrebbe far ritenere che la delega oneri l'Esecutivo dell'introduzione, nell'ordinamento, di «una sanzione pecuniaria civile» diversa rispetto a quelle applicabili alle ipotesi ricomprese nella lett. *a* ed avente carattere – per così dire – «generale» al di fuori di tali casi. Ma a suggerire la preferibilità della soluzione per la quale anche la lett. *d* debba proprio ritenersi riferita alle sole fattispecie annoverate dalla lett. *a* interviene, ad esempio, la constatazione per cui, in caso contrario, ci si troverebbe – da un lato – di fronte ad una «sanzione pecuniaria civile» generalmente prevista e per la quale non varrebbero (in assenza di esplicito richiamo) i pur fondamentali criteri di cui alla successiva lett. *e*; mentre – dall'altro – dovrebbero essere introdotte specifiche «sanzioni pecuniarie civili» in ordine alle quali il Governo non sarebbe tenuto ad indicare gli altrettanto fondamentali elementi delle condotte rilevanti, del limite minimo e massimo e dell'autorità competente ad irrogarle (lett. *d*, n. 1, 2 e 3), la cui determinazione sarebbe prevista solo per la «sanzione pecuniaria civile» di carattere «generale».

6. Come anticipato, dunque, le lettere *c*, *d* ed *e* del co. 3 prevedono l'applicazione, ai reati indicati dalla lettera *a*, di «sanzioni pecuniarie civili». La scelta compiuta in questo senso dal legislatore merita – lo si è appena detto – autonoma trattazione: per un verso, infatti, solleva immediati e per nulla trascurabili problemi interpretativi; per l'altro, solleva anche riflessioni di più ampia portata, tanto teorica quanto pratica.

Procedendo con ordine, va anzitutto messo in risalto come proprio all'istituto ora in discorso sembri alludere il co. 1, quando – delineando le generali linee d'intervento dell'art. 2 l. 67/2014 – parla della «riforma della disciplina sanzionatoria dei reati» e, segnatamente, della «contestuale introduzione di sanzioni [...] civili» (oltre che amministrative). Inoltre, non va naturalmente trascurata la qualificazione («civili», appunto) che accompagna, nel co. 3, la previsione di tali sanzioni pecuniarie.

Almeno a prima vista, la volontà del legislatore in ordine alla natura dell'istituto sembrerebbe dunque chiara⁴⁴; senonché, come subito

sure *punitive*) (corsivo aggiunto): sicché sembrerebbe suggerirsi che la depenalizzazione «secca» possa ravvisarsi non solo nei casi di completa espunzione dagli illeciti – pure non penali –, ma anche laddove residui la previsione di una sanzione, purché non connotata in senso propriamente punitivo. Anche accedendo ad una definizione siffatta, comunque, potrebbe forse giungersi alla medesima conclusione – ossia che non si possa parlare di depenalizzazione «secca» in relazione ai reati elencati dall'art. 2 co. 3 lett. *a* l. 67/2014 –, almeno a certe condizioni, che saranno evidenziate nel § seguente.

⁴⁴ Tanto che, commentando la previsione, G. Amato sostiene che «si [sia] ritenuto insussistente un interesse pubblico meritevole di considerazione, così riservando

si dirà, a tale considerazione si oppongono diversi rilievi, ricavabili sia dal tenore letterale sia dal tessuto normativo del co. 3, che dovrebbe tratteggiarne i principi e criteri direttivi.

La lett. c, anzitutto, stabilisce che «adeguate sanzioni pecuniarie civili», relative – come più volte ricordato – ai reati di cui alla lett. a, vadano istituite «fermo il diritto al risarcimento del danno». In tal modo, stante l'assenza di ogni specificazione in merito, pare che le sanzioni in discorso risultino svincolate dall'ancoraggio ad ogni tipo di danno, sia esso patrimoniale o non patrimoniale⁴⁵; sicché, esse parrebbero connotarsi quali sanzioni punitivo-afflittive in senso lato. Questo dato, nella misura in cui depone nel senso di un'attrazione dell'istituto su cui ora ci si concentra nell'orbita delle «pene private»⁴⁶ – le quali reclamano uno spazio in qualche misura autonomo rispetto alle tradizionali sanzioni civili e per certi versi più vicino a quelle «criminali», tanto da aver indotto una riflessione su quali principi specifici delle sanzioni più propriamente penali si possano (o debbano, soprattutto in ottica garantistica) ritenere ad esse applicabili⁴⁷ –, tende ad escludere la natura squisitamente civilistica delle sanzioni pecuniarie in parola. A tacer d'altro, infatti, la sanzione civile non contempla, tra i propri scopi precipui, quelli preventivi che pure potrebbero riconnettersi ad una reazione dell'ordinamento principalmente connotata in senso afflittivo, come quella delineata; normalmente, anzi, essa mira soprattutto alla restaurazione di uno *status quo ante*⁴⁸.

all'iniziativa del privato, in sede civile, ogni intervento diretto a sanzionare, in un'ottica essenzialmente risarcitoria, un eventuale pregiudizio subito. In questa prospettiva, anzi, viene onerato il governo del compito di intervenire per introdurre sanzioni pecuniarie civili adeguate, ulteriori rispetto al diritto di risarcimento del danno» (*op. cit.*, 62).

⁴⁵ Sulla nozione di «danno», nella sua connotazione civile e criminale, v. S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna 2007, 834; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*⁶, Bologna 2009, 851 ss.; D. Fondaroli, *Risarcimento e/o riparazione del danno e/o dell'offesa nel diritto penale*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, II, Torino 2011, 1016 s.; da ultimo, P. Veneziani, *Le conseguenze civili del reato*, in P. Veneziani (con A. Cristillo), *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, in C.F. Grosso, A. Pagliaro, T. Padovani (diretto da), *Trattato di diritto penale*, III, II, Milano 2014, 523.

⁴⁶ Cfr. F. Bricola, *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, ora in *Id.*, *Scritti di diritto penale*, I, II, cit., 1561 s., dove si annovera, fra i «tratti salienti» della pena privata «l'essere – ed è un dato di sintesi – contrassegnata dal fine preventivo ed afflittivo, in forma esclusiva o prevalente, e non da una finalità meramente riparatoria». In argomento, per quanto concerne poi l'ipotesi – diversa da quella ora analizzata, ma connessa – della riparazione del danno non patrimoniale come figura di pena privata, v., soprattutto, G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, Milano 1983, 272 ss. e la ricca bibliografia *ivi* richiamata. Per la possibile qualificazione di una sanzione amministrativa pecuniaria quale pena privata in ragione della sua funzione punitiva, cfr. P. Zagnoni, *La tutela penale del coniuge divorziato, e dei figli, in seguito alla pronunzia di divorzio. La nuova disciplina in caso di affidamento condiviso (Art. 12 sexies l. 1.12.1970, n. 898)*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (diretto da), *op. cit.*, VI, Torino 2009, 809 s.

⁴⁷ Ad es., F. Bricola, *La riscoperta delle «pene private»*, cit., in particolare 1579 ss.

⁴⁸ T. Padovani, *Lectio brevis sulla sanzione*, in F.D. Busnelli, G. Scafì (a cura di), *Le pene private*, Milano 1985, 58 ss. Analogamente, M. Donini, voce *Teoria del reato*, in *DigDPen*, XVI, Torino 1999, 249.

Non solo: nella stessa direzione spinge la considerazione dei criteri, sanciti dalla lettera *e*, secondo i quali siffatte sanzioni dovranno essere «proporzionate alla gravità della violazione, alla reiterazione dell'illecito, all'arricchimento del soggetto responsabile, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle sue conseguenze, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche». Stimolano alcune considerazioni, in particolare, il parametro della «gravità della violazione» e il complesso degli altri criteri suggeriti dalla previsione legislativa.

Quanto al primo profilo, va sottolineato come il criterio suggerisca una rilevanza della condotta nell'alveo della determinazione del *quantum* sanzionatorio: dato, questo, potenzialmente gravido di conseguenze non trascurabili, giacché, se da un lato può forse ancora sottendere un processo di progressiva «depatrimonializzazione» e di correlativa «eticizzazione» della responsabilità civile, dall'altro risente di una forte connotazione in senso penalistico, in considerazione del fatto che si tratterebbe pur sempre di condotte tipizzate⁴⁹, stante il riferimento ai reati di cui alla lettera *a* (i quali, abrogati, richiederebbero una ritipizzazione: cfr. *retro*, § precedente) e quanto risulta dal medesimo co. 2 e, in particolare, dal n. 1 della lett. *d*, a mente del quale il Governo dovrà indicare tassativamente le condotte alle quali la «sanzione pecuniaria civile» debba essere applicata.

In relazione al secondo aspetto, poi, risulta piuttosto evidente una pervasiva considerazione, all'interno degli altri criteri previsti, per la persona del «soggetto responsabile». Già si sono svolte, in dottrina, im-

⁴⁹ Ancora F. Bricola, *La riscoperta delle «pene private»*, cit., 1579 s., sia per quanto attenga al processo di depatrimonializzazione ed eticizzazione della responsabilità civile, sia per il rilievo, nell'ambito delle valutazioni qui svolte, della tipizzazione delle condotte considerate. In particolare (*ivi*, 1580): «[v]i è chi ricollega questo processo di progressiva "depatrimonializzazione" della responsabilità civile alla "richiesta" di un più accentuato intervento della tutela sanzionatoria di tipo civilistico sul terreno dei diritti di personalità. E i contraccolpi di questa "richiesta" sono certamente costituiti dall'accentuazione del ruolo dell'evento dannoso, da una rivalutazione dell'illecito (civile) di pericolo, nonché dal ruolo della condotta, la quale, pur se non tipicizzata come nell'illecito penale, verrebbe assunta, tramite il parametro della "gravità della violazione" a punto di riferimento per la determinazione del *quantum* della sanzione». Sempre con riferimento al tema del ruolo ricoperto dall'elemento della condotta nella distinzione tra illecito penale e civile, v. anche, dello stesso Autore, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, ora in Id., *Scritti di diritto penale*, I, II, cit., segnatamente 1553 s. V. pure M. Donini, voce *Teoria del reato*, cit., 248 s., dove si nota che «[s]ul piano della *tecnica di costruzione delle fattispecie*, [...] l'illecito civile extracontrattuale è atipico e ad evento "aperto": sia l'evento primario (il fatto antiprecettivo, la lesione del diritto) che l'evento secondario (le conseguenze dannose) sono sottratti alla logica strutturale degli "elementi essenziali" del reato: da un lato non esiste una descrizione legale tipizzante le essenziali modalità di lesione di un diritto (evento primario), né un catalogo tipico e legale dei diritti la cui lesione è fonte di responsabilità civile; dall'altro gli eventi secondari che fondano e misurano la sanzione sono rappresentati dalle svariatissime conseguenze risarcibili, sempre indeterminate sia nell'an che nel quantum, sottratte a una reale imputazione colpevole che 'si ferma' all'evento primario». Nella dottrina civilistica, classico il riferimento a G. Alpa, M. Bessone, V. Carbone, *Atipicità dell'illecito*³, Milano 1993.

portanti notazioni sul punto. In particolare, trattando della misura del danno, si è scritto che «l'autore del fatto, la sua soggettività, la sua personalità, le sue condizioni non c'entrano per nulla e quante volte in sede giudiziaria si tenda ad inserire nella concreta determinazione della misura in questione qualcosa dell'autore, in particolare la sua colpevolezza o le sue condizioni economiche, certo si compie [...] un'operazione di stampo penalistico»⁵⁰; di talché, tanto sembrerebbe dover valere a maggior ragione in una situazione, come quella ora in considerazione, nella quale tali elementi sono per la maggior parte presenti ed il riferimento al danno è operato solamente per rimarcare come le «sanzioni pecuniarie civili» di prossima introduzione debbano risultare aggiuntive rispetto ad esso.

Del resto, è noto pure come la considerazione riservata dal citato art. 11 l. 689/1981, nell'ambito della commisurazione della sanzione amministrativa, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, alla personalità di questi ed alle sue condizioni economiche, abbia costituito uno dei principali appigli per desumere la natura para-penale dell'illecito amministrativo delineato da tale intervento legislativo⁵¹.

Ancora, sotto questo aspetto, merita attenzione pure il criterio della «reiterazione dell'illecito»: elemento comune all'illecito amministrativo, a mente dell'art. 8-bis l. 689/1981, e pur esso indicativo – orientativamente, in assenza di ulteriori specificazioni contenute nella delega – di uno schema in qualche modo debitore di un paradigma *lato sensu* punitivo⁵².

Tanto considerato, va per altro verso posto l'accento sul fatto che – in realtà – l'esatta fisionomia delle «sanzioni pecuniarie civili» di cui parla l'art. 2 in commento appare piuttosto incerta: la delega, infatti, nulla dice in ordine ad una serie di elementi che, pure, risulterebbero essenziali ai fini di una più salda ricostruzione delle sanzioni di cui si parla.

Senza pretesa di esaustività, anzitutto va posto in risalto come non sia stabilito dalla l. 67/2014 chi debba essere il beneficiario del pagamento di tali sanzioni: se, ad esempio, si tratti del privato, eventualmente «vittima» della condotta, o dell'erario (il che non è privo di riflessi sul piano della reale natura giuridica delle sanzioni *de quibus*⁵³). In se-

⁵⁰ M. Romano, *Risarcimento del danno da reato, diritto civile, diritto penale*, in RIDPP 1993, 875 s.

⁵¹ F. Bricola, *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689*, cit., 1449 s.

⁵² Per attenersi al tema della «fisionomia» delle diverse tecniche di tutela, pare ad es. sintomatico che – seppure muovendosi s'un piano in qualche modo diverso – in dottrina si rinvengano pure suggerimenti nel senso di una valorizzazione del criterio della «reiterazione delle condotte» nella selezione del penalmente rilevante, quando si tratti di scegliere tra risposta sanzionatoria penale ed amministrativa: cfr. D. Castro-nuovo, *La depenalizzazione tra meritevolezza di pena e logiche deflative*, in G. De Francesco, E. Venafro (a cura di), *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Torino 2002, 210.

⁵³ Cfr., sul punto, F. Bricola, *La riscoperta delle «pene private»*, cit., 1561, dove si sottolinea come la pena privata sia normalmente «posta a tutela di interessi privati e

condo luogo, la legge prevede che sia l'Esecutivo, in sede di emanazione del decreto o dei decreti delegati, a determinare – oltre, come detto, alle condotte rilevanti – l'autorità competente ad irrogare la sanzione e gli importi minimo e massimo della stessa (altro elemento, questo, che suggerisce l'attrazione dell'istituto in un'area più marcatamente penalistica⁵⁴). In terza battuta, non è stabilito se l'applicazione delle «sanzioni pecuniarie civili» – qualora riservata ad un canale giudiziale – debba seguire ad un'iniziativa di parte o meno, potendo esemplificativamente aversi un'iniziativa anche (o solamente) da parte del pubblico ministero. Infine, nulla è stabilito sul piano del regime della prescrizione e su quello dell'eventuale trasmissibilità agli eredi, che per vero, considerato il carattere latamente punitivo-afflittivo della sanzione, parrebbe da escludersi, al pari della possibilità di surroga.

Si tratta, all'evidenza, di elementi non secondari nell'ottica di una reale comprensione della natura e del «volto» delle «sanzioni pecuniarie civili» di cui si discute. Certo, qualche indicazione si potrebbe forse trarre valorizzando alcuni aspetti della delega. Ad esempio, ci si potrebbe appuntare sulla formula del co. 1 e sul *nomen iuris* che, come segnalato, evocano un'essenza civilistica dell'istituto. Sicché, se ne potrebbero trarre utili conclusioni: la somma dovrà andare a beneficio del privato, l'autorità competente sarà da riconoscersi nel giudice, l'applicazione dovrebbe tendenzialmente ritenersi possibile solo a seguito d'iniziativa della persona offesa, e così via. Nondimeno, è noto come – almeno in questi casi – l'«etichetta» non possa, di per sé sola, ritenersi decisiva⁵⁵; né, peraltro, si può dire – ricordando quanto finora detto – che nella delega non siano rinvenibili elementi anche fortemente «ostativi» ad un'interpretazione di questo tipo. Di più, qualche spunto potrebbe trarsi dalla lettura dei lavori preparatori: ma è evidente come questi non godano di alcuna vincolatività (almeno «diretta»), rispetto all'Esecutivo, in sede di esercizio della delega.

Per tali motivi, va in questa sede posto in evidenza come la delega appaia, sotto questo profilo, essenzialmente indeterminata: in effetti, in essa restano sottaciuti e rimessi piuttosto al Governo elementi fondamentali per la compiuta delineazione delle «sanzioni pecuniarie civili» in oggetto.

destinata, salve talune eccezioni, a tradursi a beneficio del privato e non dell'erario (profilo, questo, che potrebbe assurgere a criterio distintivo nei confronti della sanzione pecuniaria penale e amministrativa)».

⁵⁴ Cfr., ad es., le parole di M. Donini riportate alla nota 49.

⁵⁵ Significativi, in tal senso, gli orientamenti più recenti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale tende a riconoscere la natura penale di strumenti sanzionatori (solo) nominalmente afferenti ad altre branche dell'ordinamento: ad es., da ultimo, C. eur., sent. 20.5.2014, *Nykänen c. Finlandia*, consultabile all'indirizzo internet: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-144112#{"itemid":\["001-144112"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-144112#{). Per un commento a tale sentenza, M. Dova, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 giugno 2014. In generale, in argomento, v. F. Mazzacava, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte Europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *RIDPP* 2013, 1899 ss.

Pur considerando il quadro finora tratteggiato, conviene in ogni caso mettere in luce alcune «potenzialità» positive delle previsioni prese in considerazione nel presente paragrafo.

Si allude, in particolare, al fatto che l'istituto potrebbe sollecitare un più profondo recupero del dibattito, sviluppatosi soprattutto tra gli anni Ottanta e Novanta del Secolo scorso, sui rapporti tra diritto penale e diritto civile nel settore sanzionatorio: questione, per vero, mai completamente sopita e che oggi richiede nuove riflessioni. È vero che, per quanto poco sia possibile desumere con certezza dalla delega, l'ottica della l. 67/2014 sembra essere diversa da quella finora posta alla base dei contributi dei penalisti, i quali si sono per lo più interrogati sulla natura giuridica di determinate forme di risarcimento o riparazione del danno, in specie non patrimoniale⁵⁶: infatti, come evidenziato, le «sanzioni pecuniarie civili» di cui alla legge in commento rivestono carattere «aggiuntivo rispetto al diritto al risarcimento del danno dell'offeso». Tuttavia, il tema – generalmente inteso, al di là dei diversi punti di visuale dai quali può essere osservato – riveste un'importanza davvero pregnante nella direzione della valorizzazione di un ruolo sussidiario del diritto penale: invero, la possibilità di arricchire l'«arsenale» sanzionatorio di tipo civilistico, mediante l'introduzione di nuovi strumenti che entrino a farne parte, appare almeno potenzialmente in grado di apprestare forme di tutela più idonee rispetto a quelle penali, delle quali da tempo si suggerisce una restrizione del campo di operatività⁵⁷. Non solo: come detto poco addietro, in dottrina si tende già da tempo a valorizzare il rilievo, in ambito penale – e non unicamente in ossequio a logiche deflative inerenti al problema del sovraffollamento carcerario⁵⁸ –, del risarcimento e della riparazione, dei quali peraltro si evidenzia, talvolta, l'importanza nella direzione di una giustizia penale «conciliativa», intesa anche quale strumento di pacificazione sociale⁵⁹. Se si considerano tali prospettive,

⁵⁶ Per le linee generali del dibattito in argomento, v. F.D. Busnelli, G. Scalfi (a cura di), *op. cit.*, e *ivi*, tra gli altri, i contributi di G. Bonilini, F. Bricola, M.P. Chiti, T. Padovani e L. Vignale; C. Roxin, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *RIDPP* 1987, 3 ss.; H.J. Hirsch, *Il risarcimento del danno nell'ambito del diritto penale sostanziale*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, I, Milano 1991, 275 ss.; M. Romano, *Risarcimento del danno da reato*, cit., 865 ss.; Id., *Pre-Art. 185*, in M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, *Commentario sistematico del codice penale. Art. 150-240²*, III, Milano 2011, 333 ss.; D. Fondaroli, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano 1999, *passim*; Ead., *Risarcimento e/o riparazione*, cit., 1015 ss.

⁵⁷ F. Bricola, *La riscoperta delle «pene private»*, cit., 1573 ss.

⁵⁸ Problema peraltro pregnante e sul quale v., tra gli studi più recenti, i contributi di E. Dolcini, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali. Ricordando Vittorio Grevi*, in *RIDPP* 2012, 33 ss.; A. Gargani, *Sicurezza sociale e diritti dei detenuti nell'età del sovraffollamento carcerario*, in *DPP* 2012, 633 ss.; P. Corvi, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti dei detenuti: il ripristino della legalità*, in *RIDPP* 2013, 1794 ss.; da ultimo, A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Torino 2014.

⁵⁹ In argomento v., tra gli altri, oltre ai riferimenti di cui alla nota 56, il volume a cura di L. Picotti, G. Spangher, *Verso una giustizia penale «conciliativa». Il volto delinenteo dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Atti di convegno (Trento,

un ulteriore approfondimento dei rapporti tra sanzione penale e civile, che in qualche modo potrebbe essere incoraggiato pure dalle «sanzioni pecuniarie civili» di cui all'art. 2 in commento, sembra dunque effettivamente poter ricoprire – come si avvertiva – un ruolo non trascurabile nel più attuale dibattito scientifico.

7. In conclusione del lavoro, pare opportuno tracciare un pur breve bilancio delle considerazioni sin qui svolte, calandole nel più ampio ambito delle esigenze e degli strumenti deflativi che – ormai da tempo – impegnano il legislatore e gli studiosi del diritto penale⁶⁰. Il complesso delle previsioni contenute nell'art. 2 l. 67/2014 sembra in effetti volersi porre quale obiettivo primario, almeno nelle intenzioni, una diminuzione dell'affollamento carcerario e del carico giudiziario da un lato e dell'area d'intervento del diritto penale dall'altro: del resto, decarcerizzazione, deprocessualizzazione e depenalizzazione rappresentano figure ormai «classiche» – verrebbe da dire – nel campo delle tendenze della deflazione penale⁶¹.

Con riferimento al primo «polo» sembrano rilevare, in particolare, la delega delineata dall'art. 1, relativa all'introduzione di nuove pene detentive non carcerarie – assieme alla previsione di una maggiore incidenza, nel sistema penale, della «tenuità dell'offesa»⁶² (accompagnata dalla «non abitualità del comportamento»: lett. *m*) – e l'introduzione, anche al di fuori del diritto penale minorile, dell'istituto della sospensione

25-26.5.2001), Milano 2002; L. Eusebi, *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *op. cit.*, II, Milano 2006, 1109 ss. e Id., *La riforma ineludibile del sistema sanzionatorio penale*, in *RIDPP* 2013, 1307 ss. e, segnatamente, 1315 ss.; G. Mannozi, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *op. cit.*, II, 1129 ss. Con riferimento al tema contiguo della mediazione, A. Ceretti, C. Mazzucato, *Mediazione e giustizia riparatoria tra Consiglio d'Europa e ONU*, in *DPP* 2001, 772 ss.; G. Mannozi, *Collocazione sistematica e potenzialità deflative della mediazione penale*, in G. De Francesco, E. Venafro (a cura di), *op. cit.*, 117 ss. In generale, sui temi toccati in questa parte conclusiva del paragrafo e nell'ottica di una profonda rivisitazione del sistema sanzionatorio penale, v. M. Donini, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *RIDPP* 2013, 1162 ss.

⁶⁰ La bibliografia sul punto è cospicua. Basti qui ricordare, a titolo esemplificativo e per un'analisi del fenomeno capace d'involgere varie sfaccettature del problema, il già più volte citato volume a cura di G. De Francesco, E. Venafro, *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, Torino 2002 ed *ivi*, in particolare, i contributi di R. Bartoli, L. Cornacchia, D. Castronuovo, V. Manes, G. Mannozi, S. Quattrocchio ed E. Venafro. Cfr. anche M. Donini, *Non punibilità e idea negoziale*, in Id., *Alla ricerca di un disegno*, cit., 348 ss. A tali sedi si rimanda, inoltre, per gli opportuni riferimenti bibliografici ulteriori.

⁶¹ Riassuntivamente C.E. Paliero, voce *Depenalizzazione*, cit., 429 ss.

⁶² In argomento, anche sulle differenze tra tenuità dell'offesa ed esiguità/irrelevanza penale del fatto, v., tra gli altri, i contributi di R. Bartoli, *L'irrelevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. "verticale" del diritto penale*, in *RIDPP* 2000, 1473 ss. e *L'irrelevanza penale del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena*, in G. De Francesco, E. Venafro (a cura di), *op. cit.*, Torino 2002, 101 ss.; v., inoltre, G. De Francesco, *L'esiguità dell'illecito penale*, in *DPP* 2002, 889 ss.

del processo con messa alla prova: su questi aspetti, però, non si può che rimandare ai commenti specificamente dedicati⁶³.

Qui conviene, invece, soffermarsi sull'altro versante della questione, che più da vicino coinvolge l'art. 2 in commento. Ed infatti, prevedendo la degradazione in illeciti amministrativi di una serie di fattispecie (co. 2 e co. 3 lett. *b*), esso si pone nella prospettiva di contenere l'area dell'intervento penale. Tale processo, che rappresenta un fenomeno conseguente alle tendenze di «marginalizzazione» del diritto penale e di contrasto alla sua «ipertrofia»⁶⁴, prende nei casi ora in considerazione le forme di una «depenalizzazione in astratto», agendo in via diretta sulle norme incriminatrici e restringendone il numero o, talora, l'ambito applicativo⁶⁵. Le disposizioni contenute nel medesimo art. 2 presentano, però, elementi di significativa valenza accanto a profili di non esigua criticità. In parte lo si è già detto nel corso della trattazione: in questa sede devono aggiungersi poche osservazioni ulteriori.

In primo luogo, volendo evidenziare qualche nota positiva dei profili deflativi contemplati, va posto in risalto come il legislatore preveda l'eliminazione, dal Codice e dalla legislazione penale complementare, di una serie di illeciti ormai pressoché privi di ogni valenza offensiva o, comunque, di scarsa applicazione pratica. Ma ancora, sembra opportuno far rilevare come, rispetto a talune fattispecie, la scelta appaia anche ispirata da un intento in qualche modo «culturale»: nel senso che la depenalizzazione, ad esempio, dei reati di cui agli artt. 527 co. 1, 528 co. 1 e co. 2 e 726 Cp pare in realtà muoversi nell'ottica di una separazione tra diritto penale e sfera morale, di cui si è posta in luce l'assoluta rilevanza ai fini dell'edificazione di un diritto penale caratterizzato in senso laico⁶⁶.

Nondimeno, le scelte operate appaiono per vero insufficienti sotto più punti di vista. Ad esempio, proprio con riferimento all'art. 528 Cp si è già avuto modo di constatare il mancato intervento sul co. 3 n. 1; ma, più in generale, si deve dire come l'impianto complessivo dell'art. 2 non appaia in grado di realizzare un intervento deflativo realmente rispondente alle esigenze attuali del sistema penale. Non sembra, infatti, che la depenalizzazione ora considerata possa risolversi in un'operazione davvero incisiva: è vero che, come da tempo si avverte in dottrina, lo strumento in questione è, in ogni caso, di per sé non bastevole per ricondurre il sistema penale a criteri di razionalità (ed a tal proposito si fa spesso riferimento – tra l'altro – ad un'esigenza di ripensamento dell'obbligatorietà dell'azione penale⁶⁷); tuttavia, va anche detto che, pure rela-

⁶³ Va appena ricordato, in questa sede, come nei primi commenti si sia sottolineata la valenza di tali interventi nell'ottica di una giustizia penale riparativa: v. F. Fiorentin, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, in *GD* 2014 (21), 63 ss.

⁶⁴ C.E. Paliero, voce *Depenalizzazione*, cit., 426 s.

⁶⁵ A. Bernardi, *op. cit.*, 9.

⁶⁶ Cfr. *retro*, § 4.

⁶⁷ Ad es., T. Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *RIDPP* 1992, 434 ss. e, più di recente, *Alla ricerca di una razionalità penale*, in *RIDPP* 2013, specificamente 1092.

tivamente all'ambito nel quale la depenalizzazione può svolgere un qualche ruolo, l'intervento trattenuto dall'art. 2 l. 67/2014 appare davvero «timido».

A ciò si aggiunga che numerose – ed importanti – si presentano le «zone d'ombra» conseguenti a scelte di tecnica legislativa che non sempre paiono felici (ed anche queste evidenziate, ove possibile, nel corso della trattazione). Infatti, l'incertezza che sembra avvolgere il trattamento sanzionatorio dell'illecito amministrativo risultante dalla depenalizzazione dell'art. 10-*bis* d.lgs. 286/1998, gli interrogativi sull'effettiva ampiezza da attribuire concetto di «scritture private» adottato dal co. 3 lett. *a* n. 1 ed i vari profili dubbi sul reale «volto» dell'istituto delle «sanzioni pecuniarie civili» di cui al co. 3 lett. *c*, *d* ed *e*, non costituiscono – probabilmente – che gli esempi più rilevanti.

Dalle considerazioni fin qui svolte, sembra dunque emergere uno schizzo caratterizzato da elementi positivamente apprezzabili, ma anche da nodi tutt'altro che trascurabili: i quali, in alcuni casi, potranno forse essere sciolti dall'Esecutivo in sede di emanazione del o dei decreti delegati, mentre, in altri, si prospettano per vero di difficile (e, in ogni caso, impegnativa) risoluzione.

CAPO II

Sospensione del procedimento con messa alla prova

Art. 3

Modifiche al codice penale in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova

1. Dopo l'articolo 168 del codice penale sono inseriti i seguenti:

«Art. 168-bis (Sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato). – Nei procedimenti per reati puniti con la sola pena editale pecuniaria o con la pena editale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, nonché per i delitti indicati dal comma 2 dell'articolo 550 del codice di procedura penale, l'imputato può chiedere la sospensione del processo con messa alla prova.

La messa alla prova comporta la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato. Comporta altresì l'affidamento dell'imputato al servizio sociale, per lo svolgimento di un programma che può implicare, tra l'altro, attività di volontariato di rilievo sociale, ovvero l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali.

La concessione della messa alla prova è inoltre subordinata alla prestazione di lavoro di pubblica utilità. Il lavoro di pubblica utilità consiste in una prestazione non retribuita, affidata tenendo conto anche delle spe-

cifiche professionalità ed attitudini lavorative dell'imputato, di durata non inferiore a dieci giorni, anche non continuativi, in favore della collettività, da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni, le aziende sanitarie o presso enti o organizzazioni, anche internazionali, che operano in Italia, di assistenza sociale, sanitaria e di volontariato. La prestazione è svolta con modalità che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute dell'imputato e la sua durata giornaliera non può superare le otto ore.

La sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato non può essere concessa più di una volta.

La sospensione del procedimento con messa alla prova non si applica nei casi previsti dagli articoli 102, 103, 104, 105 e 108.

Art. 168-ter (Effetti della sospensione del procedimento con messa alla prova). – Durante il periodo di sospensione del procedimento con messa alla prova il corso della prescrizione del reato è sospeso. Non si applicano le disposizioni del primo comma dell'articolo 161.

L'esito positivo della prova estingue il reato per cui si procede. L'estinzione del reato non pregiudica l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie, ove previste dalla legge.

Art. 168-quater (Revoca della so-

suspensione del procedimento con messa alla prova). – La sospensione del procedimento con messa alla prova è revocata:

1) in caso di grave o reiterata trasgressione al programma di trattamento o alle prescrizioni imposte, ov-

vero di rifiuto alla prestazione del lavoro di pubblica utilità;

2) in caso di commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo ovvero di un reato della stessa indole rispetto a quello per cui si procede».

Cronaca di un successo annunciato

Commento di ADRIANO MARTINI

SOMMARIO: 1. Uno sguardo alle esperienze pregresse. – 2. Analisi dei modi di funzionamento. – 3. Contenuti qualificanti il periodo di prova. – 4. La natura intimamente sanzionatoria della messa alla prova. – 5. Effetti della messa alla prova.

1. Dimostrata la sua duttilità come modello di risposta dell'ordinamento a reati commessi da imputati in età minore¹, fa la sua comparsa sul più importante palcoscenico del processo per imputati maggiorenni l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova per il quale, già nelle indagini preliminari o *in limine litis* e comunque prima di ogni accertamento della responsabilità, l'imputato può fare richiesta che, per un tempo definito nei suoi limiti massimi dall'art. 464-*quater* co. 5 (non più di due anni dalla sottoscrizione del verbale di messa alla prova, per i reati per i quali è prevista anche la pena detentiva, non più di un anno, per i reati per i quali è prevista la sola pena pecuniaria), si compia una verifica funzionale ad accertare la reale necessità di punire.

L'innovazione era nell'aria da tempo². Essa era stata presa in seria considerazione già dal progetto di riforma del codice penale elaborato dalla Commissione Pisapia³, nel 2007, ove si era espresso il suggerimento

¹ Secondo le statistiche pubblicate dal Ministero della giustizia, su circa 42.000 procedimenti penali decisi nel corso del 2011 dai Tribunali dei Minorenni, ca. 3.200 si sono chiusi con un provvedimento di sospensione con messa alla prova.

² Sul lavoro legislativo che è finalmente maturato nella l. 67/2014 si veda R. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *DPP* 2014, 662. In particolare sul disegno di legge di iniziativa governativa n. 2664 del 2007 sia consentito rinviare a A. Martini, *La sospensione del processo con messa alla prova: un nuovo protagonista per una politica penale già vista*, in *DPP* 2008, 237.

³ Relazione finale della Commissione Pisapia per la riforma del codice penale XV Legislatura, in *Pubblicazioni, studi e ricerche*, Ministero della giustizia *on line*. L'istituto era preveduto, nel progetto di articolato, all'art. 44, per il quale il riformatore avrebbe dovuto "Prevedere che:

a) nei procedimenti relativi a reati puniti con pena diversa da quella detentiva o con pena detentiva non superiore nel massimo a tre anni, sola o congiunta con altra pena non detentiva, il giudice possa disporre una sola volta, con il consenso o su richie-

mento⁴ di “estendere al processo per adulti [...] l’istituto della messa alla prova”, e quindi ripresa nell’articolato di un nuovo testo del codice penale elaborato dalla Commissione Fiorella (e depositato in data 23.4.2013) ove, sia pure entro limiti assai più contenuti riferiti alla natura dell’accusa (l’istituto era concepito per i soli delitti perseguibili a querela, sottolineandone la funzione di strumento di mediazione penale tra reo e vittima), se ne prefigurava la possibile introduzione per consentire all’imputato di intraprendere condotte riparatorie, cui far conseguire il premio (incentivante) dell’estinzione del reato⁵.

Il passo finalmente compiuto dalla riforma del 2014 rappresenta, d’altra parte, l’adempimento ad una sorta di impegno assunto dal nostro paese a livello internazionale, in materia di valorizzazione degli strumenti riparatori rispetto a quelli sanzionatori⁶.

sta dell’imputato, la sospensione del processo con messa alla prova, disciplinando i presupposti per l’ammissione e le modalità di espletamento della prova;

b) la sospensione del processo con la messa alla prova possa essere disposta una seconda volta solo per reati commessi anteriormente all’inizio della prima messa alla prova;

c) l’esito positivo della prova estingue il reato”.

Il tema non era affrontato invece dalla Commissione Pagliaro – per l’elaborazione di uno schema di delega per nuovo codice penale (8 febbraio 1988) – Proposta di articolato (25 ottobre 1991).

⁴ L’art. 111 dell’articolato elaborato dalla Commissione Grosso per la riforma del codice penale (1 ottobre 1998) il 26 maggio 2001, contemplava la messa alla prova come strumento della sola giustizia penale minorile a cui ricorrere allorché il giudice disponesse di elementi sufficienti per l’affermazione della responsabilità.

⁵ La riforma immaginata dalla commissione Fiorella prevedeva, all’art. 16 la introduzione di un art. 162-ter Cp (norma collocata nel contesto della regolamentazione della sospensione condizionale della pena) per la quale nei procedimenti per delitti procedibili a querela, “*il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l’imputato ha proceduto, prima dell’apertura del dibattimento, ovvero prima del decreto di condanna, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e alla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato. Qualora l’imputato dimostri di non avere potuto procedere agli adempimenti di cui al comma precedente, può chiedere al giudice di provvedervi in un tempo non superiore a un anno, anche tramite pagamento rateale; in tal caso, il giudice, se accoglie la richiesta, ordina la sospensione del processo, fissando una nuova udienza non oltre un anno dalla richiesta, imponendo, se necessario, specifiche prescrizioni. In tal caso, il corso della prescrizione resta sospeso. Il giudice dichiara l’estinzione del reato, di cui al primo comma, all’esito delle condotte riparatorie”.*

⁶ La Raccomandazione concernente la Partecipazione della società alla politica criminale (Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa - Racc. n. R(83)7 del 23.6.1983), procede preliminarmente caldeggiando una “*politica criminale orientata verso la prevenzione del crimine, la promozione di misure sostitutive delle pene detentive, il reinserimento sociale dei delinquenti e l’aiuto alle vittime*” e affermando “*che il trattamento dei condannati in libertà dà un risultato significativo nel senso della reintegrazione sociale*”. Nelle sue premesse vengono ricordate le numerose prese di posizione adottate in sede comunitaria ed internazionale per garantire da un lato tutela adeguata alle vittime del reato, dall’altro una progressiva riduzione dell’impiego della pena penitenziaria (Convenzione Consiglio d’Europa - ETS n. 116 del 24.11.1983; Raccomandazione Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa - Racc. n. R(85)11 del 28.6.1985; Dichiarazione sui Principi fondamentali di giustizia in favore delle vittime della criminalità e delle vittime di abusi di potere, Assemblea Generale delle Nazioni Unite - Risoluzione n. 40/34 del 29.11.1985; Raccomandazione concernente l’assi-

L'innovazione appare dunque preceduta da generalizzati auspici⁷; ora si tratta di analizzare nei dettagli il modo in cui la scelta normativa si è concretizzata, in attesa che la prova più severa, quella del diritto penale vivente, conforti il successo o induca il rimpianto.

Norma di riferimento è l'art. 3 della l. 67/2014, che provvede ad innestare nel Libro I, Titolo VI, Capo I del codice penale, gli artt. 168-*bis*,

stenza alle vittime e la prevenzione della vittimizzazione, Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa - Racc. n. R(87)21 del 17.11.1987; Risoluzione sugli "Elementi di una responsabile prevenzione della criminalità: standards e norme", *Economic and Social Council* delle Nazioni Unite n. 1997/33 del 21.7.1997; Risoluzione sulla "Cooperazione internazionale tesa alla riduzione del sovraffollamento delle prigioni ed alla promozione di pene alternative", *Economic and social Council* delle Nazioni Unite n. 1998/23 del 28.7.1998; Risoluzione sullo Sviluppo ed attuazione di interventi di mediazione e giustizia riparativa nell'ambito della giustizia penale, *Economic and social Council* delle Nazioni Unite n. 1999/26 del 28.7.1999; Raccomandazione concernente il sovraffollamento carcerario e l'inflazione della popolazione carceraria, Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa - Racc. n. R(99)22 del 30.9.1999; Raccomandazione relativa alla Mediazione in materia penale, Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa n. R(99)19 adottata il 15.9.1999; Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere 15-16.10.1999; Dichiarazione di Vienna su criminalità e giustizia, X Congresso delle Nazioni Unite sulla Prevenzione del Crimine e il trattamento dei detenuti - Vienna 10-17.4.2000; Risoluzione sui principi base sull'uso dei programmi di giustizia riparativa in materia criminale, *Economic and Social Council* delle Nazioni Unite n. 2000/14 del 27.7.2000; Risoluzione sulla Dichiarazione di Vienna su criminalità e giustizia: nuove sfide nel XXI secolo, Assemblea Generale delle Nazioni Unite - n. 55/59 del 4.12.2000; Risoluzione concernente il seguito da dare al Congresso delle Nazioni Unite per la prevenzione della criminalità e il trattamento dei delinquenti, Assemblea Generale delle Nazioni Unite - n. 55/60 del 4.7.2000; Decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale 2001/220/GAI del 15 marzo 200;

Risoluzione concernente i Piani d'azione per l'attuazione della Dichiarazione di Vienna sulla criminalità e la giustizia: le nuove sfide del XXI secolo, Assemblea generale delle Nazioni Unite - n. 56/261 del 31.1.2002; Risoluzione sui Principi base circa l'applicazione di programmi di giustizia riparativa nell'ambito penale, *Economic and Social Council* delle Nazioni Unite n. 15/2002.

⁷ Altri sistemi giuridici conoscono istituti assimilabili, per certi versi, a quello ora introdotto. Vale la pena di segnalare come la progettata sospensione del processo con messa alla prova presenti analogie con l'istituto di diritto tedesco, per certi versi ancor più radicale, dell'archiviazione giudiziale provvisoria con riserva di obblighi e prescrizioni di cui al § 153a StPO, per il quale «*Mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts und des Beschuldigten kann die Staatsanwaltschaft bei einem Vergehen vorläufig von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen und zugleich dem Beschuldigten Auflagen und Weisungen erteilen, wenn diese geeignet sind, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen, und die Schwere der Schuld nicht entgegensteht*». Per l'adempimento alle prescrizioni (legalmente indicate dallo stesso comma 1 ai numeri da 1 a 6) all'imputato viene concessa una dilazione in nessun caso superiore ad un anno. Per effetto dell'adempimento alle prescrizioni, il delitto non può più essere perseguito. Punti di contatto significativi possono rinvenirsi poi con l'istituto del *conditional discharge* del sistema anglosassone, ipotesi di sospensione non del giudizio ma della pronuncia della condanna associata all'imposizione di condizioni.

Per un'interessante analisi comparatistica cfr. S. Vinciguerra, *L'identità pro-teiforme della pena detentiva. Appunti per la comparazione fra ordinamenti penali europei*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio effettività e certezza della pena*, Milano 2002, 169 e ss.

ter e *quater*, nel contesto della regolazione delle cause di estinzione del reato e subito dopo, come se ne fossero una naturale prosecuzione, della regolamentazione della sospensione condizionale della pena⁸.

Del nuovo istituto possiamo dire, già ad una prima lettura, che ha fondamenta complesse: talune strutture rimangono nascoste, altre sono in piena vista.

Alla scelta di creare la nuova la nuova alternativa punitiva, sembra implicita la conferma della mai venuta meno fiducia nell'efficacia della minaccia edittale delle pene principali, e di quella detentiva in particolare⁹. Invero un simile conformismo non pare condivisibile. Il nostro ordinamento è noto per la gravità di talune scelte punitive e parimenti per la sua incapacità di gestirne le conseguenze pratiche, ciò che ha indotto, per buona sorte, ad una complessa strategia di neutralizzazione delle stesse¹⁰. Rimane poi aperta la questione di come il nuovo istituto finirà per coordinarsi con gli effetti della riforma del sistema sanzionatorio prefigurata dalla delega conferita al governo dall'art.1 della stessa l. 67/2014. In essa si concepisce un sistema delle pene principali nel quale compare la reclusione e l'arresto domiciliari, destinata a divenire la pena esclusiva per i reati puniti attualmente con l'arresto o la detenzione non superiore nel massimo a tre anni. Al momento della redazione dell'articolo del decreto legislativo delegato è dunque auspicabile che si tenga conto della necessità di prevedere espressamente una nuova modifica al disposto dell'art. 168-*bis* Cp, che consenta di disporre la sospensione con messa alla prova anche per i delitti puniti edittalmente con la nuova pena.

Altrettanto manifesto che il legislatore, nell'introdurre la nuova alternativa alla pena, abbia rinnovato la ormai consolidata sfiducia nei confronti della pena detentiva di durata minore, come tale incapace di garantire effetti apprezzabili sul condannato, ma pienamente efficiente a determinarne la desocializzazione, eradicandolo dalla propria realtà sociale ed esistenziale, privandolo del lavoro, della possibilità di proseguire gli studi, esponendolo infine al contagio penitenziario. La nuova soluzione appare in tal senso da impiegare secondo direttrici obbligate per il disposto dell'art. 27 co. 3 Cost., ovvero non tanto nella prospettiva di conseguire meri effetti di deflazione processuale, quanto piuttosto per

⁸ La stessa collocazione era contemplata dal citato disegno di legge 2664/2007: in proposito si osservava (A. Martini, *op. cit.*, 238) che tale manifestata familiarità in particolare con la sospensione condizionale, era discutibile, posto che il vecchio istituto ipotizzava l'avvenuto riconoscimento di responsabilità e la commisurazione giudiziale della pena giusta per il caso concreto, mentre il nuovo istituto interviene, in sostanza, anche per prevenire questi incombenti.

⁹ Sottolinea come il ricorso a strumenti che debbano svolgere il proprio compito nel contesto delle alternative procedurali confermi la visione "carcerocentrica" del nostro diritto penale R. Bartoli, *op. cit.*, 662.

¹⁰ Ancora in questi giorni, discorrendo di nuovo di riforma della materia della corruzione, si procede, come primo passo, ipotizzando un incremento del minimo e massimo edittale per quei delitti, come se il problema fosse di non poter punire abbastanza in caso di condanna e non piuttosto quello di non riuscire non dico a prevenire il malaffare, ma quanto meno a svelarlo.

consentire una politica penale differenziata ed articolata nella determinazione della sanzione giusta per il caso concreto, sia pure a fronte di fatti criminosi di minore gravità: una vera e propria scelta di civiltà, sorretta da solidissime ragioni economiche¹¹.

Ultimo fondamento della riforma, tra quelli non visibili, appare la sanzione dell'insuccesso politico criminale di una sospensione condizionale che, nella quotidianità giudiziaria, continua ad essere amministrata con poco costruito¹². A ben vedere quello che si viene creando è un vero e proprio dualismo: in futuro è presumibile che pena sospesa e sospensione del processo si contendano il campo, come strumenti alternativi, la prima riservata a valutazioni del giudice, il secondo condizionato dalla necessaria richiesta del prevenuto, l'una decisa all'esito dell'accertamento della responsabilità, l'altra capace di evitare lo stesso giudizio, sono entrambi riservati ad una materia penale accomunata da un minor disvalore, tanto più in un ordinamento che continua ad inseguire, accentuando i limiti edittali di pena, il fantasma della prevenzione generale negativa. La sospensione potrebbe in tale inevitabile rivalità, manifestare insospettabile vitalità, proprio per il principale dei suoi difetti, il suo essere priva di contenuti, conseguenza della reticenza (per certi versi inevitabile in un processo monofasico) con la quale il giudice della responsabilità considera il ricorso agli strumenti di cui all'art. 165 Cp. Proprio la condanna a vivere nelle angustie del processo monofasico, schiacciata dal peso preponderante di quegli aspetti della decisione che determinano l'*an* della responsabilità e della pena, la sospensione si è potuta trasformare in un qualcosa visto come mero indiscriminato *bonus* di punibilità, rimesso nelle mani di un decidente che non può provvedere, se non base meramente intuitiva, neppure alla prima e decisa valutazione preliminare alla sua concessione, la prognosi di pericolosità di cui all'art. 164 Cp.

Venendo alle strutture esposte, quasi con orgoglio architettonico, si segnalano tre chiari punti di forza del nuovo istituto:

a) primo luogo si manifesta un chiaro favore per la imposizione del prevenuto a modi di agire virtuosi (per quanto tardivi), perché orientati alla riaffermazione del bene giuridico tutelato dalla norma della quale il processo ipotizza ed ascrive la violazione; di un'operosità volta all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato si coglie la funzione rieducativa, confidando che essa possa valere ad una più consapevole presa d'atto della dignità del bene aggredito, oltre che l'immediata utilità;

b) esplicita e forte la scelta volta a favorire, ove possibili, comportamenti risarcitori che valgano, sia pure per equivalente, ad una ricom-

¹¹ Sottolinea come si tratti di strategie attuative del c.d. principio di *extrema ratio* G.P. Demuro, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *RIDPP* 2013, 1654.

¹² Sui molteplici sintomi e sulle complesse ragioni della sfiducia che nel tempo si è venuta consolidando nei confronti della pena sospesa, valga per tutti il rinvio a F.C. Palazzo, R. Bartoli, *Certezza o flessibilità della pena? Verso la riforma della sospensione condizionale*, Torino 2007, *passim*.

posizione del conflitto tra prevenuto e vittima, consentendo che il processo penale si renda funzionale alla reintegrazione, sia pure per equivalente, di quanto il reato ha fatto perdere¹³.

c) altrettanto esplicita la preferenza per modalità di controllo *post delictum* non di carattere poliziesco, ma piuttosto rimesse ad una struttura, i servizi sociali, considerata funzionale a ricercare l'attuazione non solo di una neutralizzazione ma anche di una maggiore integrazione e socializzazione del reo;

d) nitida, infine, la fiducia riposta nel ricorso al lavoro volontario al servizio della collettività¹⁴: lo strumento, per quanto non risulti ancora di diffuso concreto utilizzo, è ormai da tempo presente nel nostro ordinamento, vuoi come obbligo complementare alla sospensione condizionale della pena (art. 165 come modificato dall'art. 2 l. 145/2004), vuoi come pena principale per i reati rimessi alla competenza del giudice di pace (art. 52 co. 2 e 3 d.lgs. 274/2000, vuoi ancora come sanzione sostitutiva disponibile dal giudice per il delitto di cui al comma 5 d.P.R. 309/1990 in materia di stupefacenti ed infine nel Codice della strada, vuoi come sanzione sostitutiva (dagli artt. 186 e 187) vuoi come sanzione amministrativa accessoria (dall'art. 224-*bis*) in caso di condanna per delitto colposo commesso con violazione delle regole sulla circolazione stradale. Nonostante la base volontaristica che deve sorreggerne sempre la irrogazione, si tratta di uno strumento punitivo del quale appare evidente la funzione stigmatizzante¹⁵. Il lavoro assume un ruolo quasi simbolico, per rivelare come l'ordinamento reagisca comunque con severità nei confronti di un soggetto del quale, peraltro, non è stata riconosciuta la responsabilità, confortando, in una prospettiva integratrice, tutti coloro che con il proprio agire si sono tenuti lontano dai rigori della giustizia.

Ovviamente si tratta di attendere tempi lunghi per poter apprezzare se il nuovo strumento potrà rappresentare un'utile freccia all'arco di una politica criminale più articolata e non ciecamente repressiva.

Per il momento, sia pure in assenza di dati contestualizzati e verificati, sembra emergere una sorta di interesse da parte dei prevenuti, comunque orientati ad una gestione delle strategie difensive il più possibile utilitaristica, nella quale evitare l'effetto complessivo della condanna, sia pure a pena sospesa.

2. Nella costruzione del nuovo istituto estintivo, il legislatore ha deciso di ripartire la regolamentazione tra codice sostanziale e codice pro-

¹³ Sul luminoso futuro della c.d. giustizia riparativa cfr. G. Mannozi, G.A. Lodigiani, *Formare al diritto e alla giustizia riparativa: per un'autonomia scientifico-didattica della giustizia riparativa in ambito universitario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2014, 133, cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici.

¹⁴ Per un recente studio su tale strumento della politica punitiva T. Travaglia Ciccirelli, *La nuova frontiera del lavoro di pubblica utilità quale sanzione amministrativa accessoria*, in *RIDPP* 2006, 1335.

¹⁵ Sul ruolo del lavoro nell'economia della nuova misura sospensiva G. Panebianco, *sub art. 168-ter Cp*, in AA.VV., *Codice penale*, a cura di T. Padovani, Milano 2014, 1149.

cedurale. La scelta accentua l'impressione del significato che viene attribuito, dal riformatore, al ruolo processuale della nuova causa estintiva, colta quindi anche nella sua dimensione di rito speciale¹⁶. L'impressione che può ricavarne è che si tratti soltanto di una nuova dimostrazione della preminenza del processo, con le sue esigenze, sul diritto sostanziale, ciò che condannerebbe il nuovo istituto ad un ruolo in fondo pratico, rispetto a compiti certo più elevati che avrebbero dovuto indurne la adozione: collocata a chiusura dei riti speciali, nel libro sesto del codice, la sospensione del processo si mostra all'interprete come strumento di una politica giudiziaria orientata alla deflazione¹⁷, come via per raggiungere l'efficienza del sistema processo. L'idea ispiratrice è che un compiuto giudizio di accertamento della responsabilità e di meritevolezza di pena non possano che rappresentare eccezioni alla regola quotidiana di una gestione semplificata dell'accusa (patteggiando, rinunciando al contraddittorio, rinunciando al giudizio in tutto o in parte): dal successo dei riti speciali, infatti, dipende la possibilità di gestire, con le limitate risorse della giustizia, gli altri processi, quelli che per ragioni diverse, connesse alla gravità degli illeciti o alla personalità degli autori, sono considerati a pieno titolo ineludibili. Poco importa la deflazione implichi il costo, salato, della rinuncia in tutto o in parte alla punizione, una smentita, più o meno radicale, della minaccia edittale, che sembra suonare sempre più vana. Alla deflazione processuale si associa una ulteriore diversa sperata valenza, invero connotata da contenuti più complessi. Si tratta di perseguire in ogni modo un contenimento effettivo e permanente di quell'intollerabile sovraffollamento penitenziario¹⁸, che trasformando la pena in un trattamento contrario al senso di umanità, espone il nostro paese agli strali della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁹.

Quello che rimane invece sullo sfondo è quanto il nuovo istituto possa risultare utile nella prospettiva di una "nuova" politica penale fondata sulla diversificazione, quantomeno nel processo, delle scelte punitive²⁰, nella loro individualizzazione conseguita seguendo altre strade rispetto al carcere, ed in particolare a quello di breve durata, più adatte a garantire l'offerta rieducativa. Non dunque il ripiego di una economia giudiziaria povera, ma piuttosto lo strumento di una politica penale più moderna.

¹⁶ Parla espressamente di un nuovo rito speciale A. Marandola, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in DPP 2014, 674.

¹⁷ R. Bartoli, *op. cit.*, 662, dubita che per il modo in cui è stato concepito il nuovo istituto possa conseguire, concretamente, anche il mero effetto deflattivo che evidentemente il legislatore auspicava. Richiama l'esigenza deflattiva F. Caprioli, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del processo con messa alla prova e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in CP 2012, 7.

¹⁸ Per un'analisi del fenomeno A. Gargani, *Sovraffollamento carcerario e violazione dei diritti umani: un circolo virtuoso per la legalità dell'esecuzione penale*, in CP9.

¹⁹ Si veda quanto statuito da C. eur., 8.1.2013, *Torreggiani c. Italia*.

²⁰ La dinamica politico criminale dell'istituto della messa alla prova è evidente. Sul punto si rinvia a M. Colamussi, *La messa alla prova*, Padova 2010, *passim*.

Analizziamo a questo punto presupposti di applicazione, limiti di ammissibilità e modi di funzionamento del nuovo istituto.

Due i presupposti, la richiesta ed il giudizio.

Il primo, che pone in evidenza la distanza tra il nuovo istituto e la sospensione condizionale della pena, è dato dal fatto che, per il chiaro disposto del nuovo art. 168-*bis* co. 1 Cp, la sospensione presuppone una richiesta da parte dell'imputato: essa è dunque frutto di quella che possiamo definire una scelta difensiva. Questo non implica che il soggetto non possa esperire il proprio diritto di rimanere assente dal processo, posto che la richiesta può essere avanzata, in nome del prevenuto, da un suo procuratore speciale (art. 464-*bis* co. 3 Cpp). Sull'imputato grava anche il compito di dare corso alla elaborazione del progetto di messa alla prova. Lo prevede il nuovo art. 141-*ter* NAttCpp, come introdotto dall'art. 5 l. 67/2014, statuendo che a lui compete di rivolgersi ai servizi sociali competenti, depositando gli atti del processo e le proprie osservazioni e proposte, per la elaborazione del programma che deve essere allegato, ai sensi del nuovo art. 464-*bis* Cpp, alla richiesta. Nel caso in cui non fosse stato possibile pervenire alla elaborazione compiuta del programma, alla istanza volta alla sospensione del processo dovrà essere allegata la richiesta di elaborazione di esso (art. 464-*bis* co. 4). Si potrebbe obiettare alla decisione di non rendere esperibile *ex officio* il nuovo strumento: se, come appare, lo stesso si fa preferire perché si rivela più utile rispetto alla (possibile e futura) irrogazione della pena, configurando un periodo di prova ricco di connotati riparativi e di mediazione, si sarebbe potuto fare passi ulteriori verso la configurazione della messa alla prova come vera e propria pena sostitutiva, disponibile per il giudice cui solo compete la valutazione in merito all'opportunità delle reazioni dell'ordinamento al fatto di reato ipotizzato in una prospettiva esclusivamente pubblicistica. Compete, invero, allo Stato e per esso agli organi giudicanti prendere tutte quelle iniziative che possano risultare confacenti da un lato al bisogno di confermare la minaccia edittale, dall'altro all'obiettivo di determinare i connotati della risposta al fatto criminoso più incisiva sul piano special preventivo. La soluzione trova, però, forte giustificazione nella pregnanza delle conseguenze che la scelta per la messa alla prova produce nei confronti di un soggetto la cui responsabilità non è stata accertata; questi si assoggetta ad obblighi in potenza assai gravosi, tra i quali la prestazione di un lavoro di pubblica utilità che, come noto, non può mai assumere connotati forzosi, che non potrebbero conseguire se non all'esito del giudizio. Ne deriva che proprio la richiesta rivela ulteriormente la funzionalità processuale del nuovo strumento, destinato ad esimere dalla necessità del giudizio.

La richiesta non fa sorgere un diritto dell'imputato alla sospensione. Il secondo presupposto è infatti rappresentato da un giudizio di merito rimesso alla discrezionalità del giudice che, ai sensi dell'art. 464-*quater* co. 3 Cpp (come introdotto dall'art. 4), dovrà valutare la idoneità del programma e formulare una prognosi di non recidiva in tutto e per tutto analoga a quella funzionale alla concessione della sospensione condizionale della pena. Pare logico ritenere che quella che il legislatore de-

scrive come un doppio accertamento (idoneità del programma e prognosi) finirà per ridursi ad una mera previsione di congruità dell'insieme delle prescrizioni rispetto al conseguimento del solo scopo che laicamente è lecito attendersi: che l'imputato si astenga in futuro da commettere ulteriori reati. I modi di questa prognosi, che assomiglia ad un vero e proprio vaticinio, sono delineati secondo i crismi della discrezionalità giudiziale, dovendo il giudicante avvalersi di quei criteri di commisurazione dell'art. 133 Cp che, per l'appunto, sono destinati, nella generalità dei casi, ad orientare la scelta in merito alla soluzione giusta per il caso concreto. Che i fattori commisurativi possano però realmente risultare utili nella formulazione di una prognosi personologica è dubitabile²¹. In via generale pare evidente che molti dei fattori di commisurazione possono dimostrarsi utili solo se fondati su un adeguato approfondimento processuale, possibilmente nella forma del contraddittorio. È evidente come proprio la scelta di non dare sfogo al processo rappresenti allora un ostacolo per poter ritenere affidabile la prognosi funzionale alla messa alla prova. Anche nel caso in cui il giudicante possa disporre del fascicolo del pubblico ministero, ovvero nel solo caso in cui la decisione debba essere assunta nel corso dell'udienza preliminare (fase processuale che pare certo non di comune ricorrenza data la natura dei reati per i quali l'istituto è disponibile²²), è comunque disagevole comprendere come si possa fondare la decisione considerando l'intensità del dolo o il grado della colpa, fattori decisivi a fondare ipotesi sul comportamento futuro, ma certamente non deducibili *de plano* dai soli atti delle indagini preliminari, o come si possa accertare la capacità a delinquere del reo, fondata su elementi di valutazione che certamente sono estranei agli interessi dell'accusa. È dunque per i limiti impliciti degli elementi di giudizio di cui dispone il giudicante che dobbiamo dubitare della validità della prognosi: la gravità del reato, ricavata dai fattori di cui al primo comma dell'art. 133 Cp, suggerisce valutazioni retrospettive, orientate alla determinazione del *quantum* del rimprovero; la capacità a delinquere che in mancanza di un processo sulla persona imputata, risulta una formula vuota. Vuoto è poi il fascicolo a disposizione del giudice, chiamato a decidere su una richiesta avanzata nel corso delle indagini preliminari o in un giudizio direttissimo o nel procedimento a citazione diretta. Nel primo caso, ai sensi dell'art. 464-ter Cpp (introdotto dall'art. 4 co. 1 l. 67/2014), la deliberazione potrà contare solo sulla richiesta, sulla imputazione e sul consenso/dissenso del pubblico ministero²³; negli altri casi a questo si aggiungono i pochi e disarticolati elementi di cognizione che possono essere contenuti nel fascicolo del dibattimento.

²¹ Sia consentito su tale aspetto il rinvio a A. Martini, *La pena sospesa*, Torino 2001, 206 e ss.

²² Vedi *infra* in questo stesso paragrafo.

²³ Si pensi che immaginare una cognizione che si esprima sulla totalità degli atti del fascicolo del pubblico ministero, potrebbe portare come conseguenza inevitabile una incapacità del giudice a partecipare al dibattimento.

L'obiettivo limite gnoseologico che il processo pone alla decisione sulla messa alla prova, potrebbe finire per produrre un effetto assai grave: l'estrema valorizzazione del suo contenuto "pattizio", nel senso che, verificate le condizioni, la sospensione sarà deliberata in presenza dell'accordo delle parti e negata, in sua assenza. Ma questo lo dirà l'esperienza a venire.

Quanto ai limiti di applicabilità, il primo ordine di essi è posto in connessione alla misura della pena edittale prevista dalla legge per i reati contestati: pena detentiva (e quindi arresto o reclusione) non superiore nel massimo a quattro anni (sola, congiunta o alternativa), ammenda o multa. Si tratta di limiti rigidi, posti evidentemente in prospettiva general preventiva, ovvero per non intaccare la tenuta della minaccia penale per reati maggiori, che relegano la misura ad un contesto criminologico minore, nel quale essa non potrà che contendere il campo ad altri istituti, quali il decreto penale di condanna e il patteggiamento a pena sospesa, se del caso anche sostitutiva, tali da poter apparire al prevenuto in concreto più appetibili di quanto non sia assumere il complesso degli oneri della messa alla prova.

L'art. 168-*bis* co. 1 prevede poi un ulteriore spazio di operatività, per i delitti indicati da comma 2 dell'art. 550 Cpp, ovvero per tutti i delitti per i quali è prevista la forma processuale della citazione diretta. Anche se cripticamente, la scelta di evocare ai fini della individuazione dei reati per i quali, in funzione della loro gravità, il beneficio è praticabile finisce per dare indicazioni utili per la risoluzioni di alcune questioni rispetto alle quali la nuova normativa non prende posizione. Si tratta di stabilire se il limite edittale fissato sia quello relativo al reato consumato o se si debba tener conto della riduzione di pena per il delitto tentato, poi se si debbano considerare gli effetti delle circostanze attenuanti od aggravanti, ed in particolare della recidiva, ed infine se la pena da considerare sia quella relativa a ciascuna singolare ipotesi di reato o piuttosto quella ipoteticamente conseguente ad un cumulo in caso di concorso materiale o formale. L'art. 550 Cpp, al primo comma, determina criteri per la determinazione della pena, rinviando all'art. 4 Cpp. Questo detta regole generali per la determinazione della competenza, stabilendo che si debba aver riguardo alla pena prevista per ciascun reato consumato o tentato e che non assumano rilievo né la continuazione, né la recidiva né le circostanze del reato, fatta eccezione per quelle aggravanti in relazione alle quali la legge prevede una pena di specie diversa da quella ordinaria o ad effetto speciale.

Secondo criteri ordinari, dunque, assumendo rilievo la misura della pena massima, per i delitti tentati la sospensione sarà praticabile a condizione che la riduzione della pena nella sua minima portata di un terzo, riconduca la stessa nel limite (non superiore nel massimo a quattro anni). Quanto alle circostanze, posto che nessun peso possono assumere quelle attenuanti, si tratterà invece di apprezzare le sole aggravanti ad effetto speciale (categoria nella quale rientrano le circostanze che definiscono un quadro edittale autonomo e più grave). La scelta di escludere ogni rilevanza delle attenuanti porta a concludere che le stesse, an-

che laddove siano oggetto di contestazione (evenienza, invero, piuttosto rara nell'esperienza giudiziaria e limitata ad alcune circostanze attenuanti ad effetto speciale) non possano rilevare neppure ai fini di una eventuale valutazione comparativa con le aggravanti contestate, al fine del giudizio di cui all'art. 69 Cp. La esclusione di ogni rilevanza della continuazione, impone di apprezzare i limiti di pena espressi per ogni singola ipotesi di reato contestata, indipendentemente dal fatto che sussista o meno un concorso materiale o formale. Unica alternativa possibile a tale soluzione appare quella di fare riferimento al criterio di determinazione della pena per il reato in contestazione agli effetti dell'applicabilità di misure cautelari, dettato dall'art. 278 Cpp, che estende il novero delle circostanze che è possibile considerare a quella aggravante di cui all'art. 61 n. 5 Cp (l'aver approfittato di circostanze di tempo e di luogo che pregiudicano la difesa del bene) ed all'aggravante di cui all'art. 62 n. 4 Cp (particolare tenuità del danno patrimoniale). Entrambe sono rilevabili dalla mera contestazione dell'accusa e come tali potrebbero risultare validamente oggetto di apprezzamento.

Un secondo limite assoluto è posto dall'art. 168-*bis* co. 4, per il quale la sospensione può essere concessa una sola volta e, quindi, non può essere reiterata. A tal fine, l'art. 6 l. 67/2014 ha modificato il testo unico d.P.R. 313/2002 in materia di casellario giudiziale, prevedendo che all'art. 3 (L) comma 1 dello stesso sia introdotta con la lett. *i-bis*, la previsione di annotazione dell'ordinanza di ammissione alla messa alla prova.

Anche in questo caso la formula legislativa avrebbe potuto essere maggiormente perspicua.

In primo luogo si tratta di stabilire se la limitazione debba valere anche laddove il ricorso alla sospensione sia stato coronato da successo, con la conseguente declaratoria di estinzione del reato, ovvero nella sola ipotesi in cui sia stato necessario procedere alla sua revoca. La formula legislativa sembra far preferire la prima soluzione, anche se, in caso di sospensione conclusasi con la declaratoria di estinzione del reato, rimane il sospetto che sarebbe stato preferibile rimettere al giudice (almeno in una seconda occasione) la possibilità di valutare, alla luce del tempo trascorso, della natura colposa o dolosa del reato, della sua concreta significatività come indizio di pericolosità, la validità di una nuova concessione in termini concreti, considerando che in occasione della prima concessione il prevenuto ha adempiuto correttamente al complesso degli obblighi descritti dall'art. 168-*bis* Cp, e che quindi una seconda concessione può risultare più utile rispetto alla instaurazione del giudizio, come trattamento *lato sensu* punitivo del nuovo reato.

Ulteriore questione attiene alla possibilità di apprezzare, durante il tempo di quiescenza del processo, l'opportunità di una concessione che in qualche modo si sommi a quella in atto, per reati in concorso formale o avvinti dalla continuazione con quello oggetto di giudizio. A tale scopo potrebbe risultare significativo che il legislatore abbia inteso far conseguire la revoca di diritto della sospensione del processo alla commissione, durante la prova, di delitti non colposi o reati della stessa indole.

Il sistema sarebbe così aperto alla possibilità di una sorta di riunione tra processi “pendenti nello stesso stato e grado” (art. 17 Cpp) con “cumulo” degli adempimenti risarcitori/restitutori, relativamente ad una pluralità di reati connessi ma occasionalmente giudicati separatamente, se colposi e non della stessa indole.

È evidente che si tratta di questioni alle quali darà risposta, prima di tutto, il diritto vivente e l’esperienza dei processi.

Terzo ordine di preclusioni assolute sono contemplate dal quinto comma della nuova disposizione, ove è previsto che la sospensione non possa applicarsi nei casi di abitualità nel delitto o nelle contravvenzioni, di professionalità nel reato o di tendenza a delinquere. Si tratta di preclusioni legate al passato penale dell’imputato, come tale presunto dal legislatore come espressivo di un indice di disaffezione del reo ai comandi comportamentali indirizzati nell’ordinamento giuridico, che renderebbe in sostanza improponibile la prognosi personologica.

Nessun dubbio che le esclusioni siano fondate, tanto più che nel caso di specie appare indiscutibile che il riconoscimento dello *status* criminale qualificato deve essersi formalizzato in un precedente giudizio, non potendo certo esso dipendere dall’accusa sospesa.

Appare espressione di grande fiducia nell’istituto la scelta di non contemplare nessun altro limite legato a pregresse condanne. Non di meno si tratta di argomenti che il giudicante sarà tenuto a considerare allorché, ai sensi del terzo comma dell’art. 464-*quater* Cpp (come introdotto dall’art. 4 della l. 67/2014) dovrà operare la propria valutazione discrezionale in merito all’opportunità del ricorso alla sospensione del processo. Questa, infatti, deve essere disposta quando, in base ai parametri dell’art. 133 Cp (e quindi dei precedenti penali dell’imputato, considerati dall’art. 133 co. 2 n. 2 Cp) sia formulabile una prognosi di non recidiva, che come tale potrebbe risultare ostacolata dalla presenza di precedenti condanne, sia pure a pena sospesa.

3. Il perseguimento di scopi politico criminali attraverso la sospensione del processo, ma anche l’efficienza del nuovo istituto a garantire deflazione processuale e minor affollamento penitenziario, confidano su due validi argomenti: da un lato il premio, rappresentato dalla estinzione del reato, effetto finale del puntuale adempimento alle prescrizioni che arricchiscono il periodo di prova, assunte nel contesto di un giudizio che appare di maggior respiro; dall’altro la minaccia, in questo caso espressa dalla possibile revoca del beneficio, cui conseguirebbe un nuovo impulso al processo, i cui esiti non potranno che essere influenzati, magari surrettiziamente, da quanto accaduto.

Benché concepito come meccanismo in larga misura processuale, il nuovo istituto rivela la propria dimensione sostanziale proprio nella previsione dell’effetto estintivo del reato. L’avvenuta declaratoria dell’intervento della causa estintiva, in effetti, fa sì che per quel fatto non possa più essere irrogata alcuna sanzione penale, anche se esso conserva la propria dimensione di illecito rilevante, soprattutto ai fini della irrogazione delle sanzioni amministrative accessorie.

La categoria delle cause estintive del reato è difficilmente riconducibile ad una unitaria ispirazione²⁴. Si tratta di istituti collocati sistematicamente in sedi distanti, sorretti da presupposti differenti, non sempre in armonia con il principio elementare per il quale la pena debba essere conseguenza del reato, ma tutti egualmente funzionali anche ad esigenze processuali²⁵ (deflazione, semplificazione). Alcuni, come la oblazione, la applicazione della pena su richiesta, il decreto penale di condanna, ipotizzano che al fatto di reato consegua una pena, la cui esecuzione determina l'estinzione, altre presuppongono la sopravvenuta impossibilità di punire legate a considerazioni politico criminali (amnistia), constatazioni naturalistiche (morte del reo), sopravvenuta impossibilità per la pena di conseguire i propri effetti preventivi (prescrizione). Ancora più ibride la sospensione condizionale della pena, che ipotizza la reiterazione dei meccanismi preventivi legati alla minaccia edittale nei confronti del singolo soggetto ritenuto autore di un fatto criminoso e che anche per questo si caratterizza per la instaurazione di un trattamento comunque ricco di profili sanzionatori, ed il perdono giudiziale, legato alla specifica natura dell'autore del fatto criminoso, ossia il minore la cui personalità in formazione giustifica che sia rinnovata una provvisoria fiducia.

In questa strana famiglia fa ora ingresso un nuovo protagonista che assume rilievo prioritariamente per la sua incidenza sul naturale corso del processo di accertamento, che viene appunto sospeso, in una fase antecedente rispetto a qualsiasi accertamento, con una sola riserva, che può apparire di stile, rispetto alle pronunce di cui all'art. 129 co. 2 Cpp²⁶. Si tratta di un richiamo che assume in concreto un'ipotetica valenza nelle sole ipotesi in cui la richiesta debba essere decisa nel corso dell'udienza preliminare; negli altri casi, infatti, il giudicante dovrebbe fondare la propria decisione su dati invero inadeguati: il fascicolo *ad hoc* formato nelle indagini preliminari (che contiene la richiesta, l'imputazione ed il consenso/dissenso del p.m.) e quello per il dibattimento (nei reati a citazione diretta o in caso di immediato o direttissimo) lascia margini sono ipotetici per l'adozione di una decisione così impegnativa.

Nel caso di specie, il premio appare comunque meritato. Le ragioni che sorreggono la declaratoria di estinzione emergono dalla considera-

²⁴ Sul tema, anche per vaste indicazioni bibliografiche, sia consentito rinviare a A. Martini, *Le cause di estinzione del reato e della pena*, in AA.VV., *Le conseguenze sanzionatorie del reato*, a cura di G. De Francesco, Torino 2011, 180 e ss.

²⁵ Si pensi all'annosa questione della rilevanza processuale o sostanziale della prescrizione: sul tema A. Pagliaro, *Prescrizione del reato e nuova estinzione del processo penale*, in CP 2010, 4043; G. Ubertis, *Prescrizione del reato e prescrizione dell'azione penale*, in RIDPP 2010, 1016; F. Giunta, D. Micheletti, *Tempori cedere*, Torino 2003, 66.

²⁶ L. Marafiori, *Giustizia penale negoziata e verità processuale selettiva*, in CP 2013, 2497, sia pur avendo di fronte uno scenario per certi versi differente e comunque più ampio propone seri dubbi sulla possibilità che a fronte della mera lettura del capo di imputazione si possano esprimere valutazioni funzionali alla pronuncia assolutoria di cui all'art. 129 cpv. Cpp. Osserva l'autore: «In effetti, l'intreccio tra esigenze di semplificazione processuale, negoziato, premialità, alterazione del rapporto comune tra accertamento e sanzione e tra processo e pena fanno obiettivamente perdere la bussola del rapporto tra processo e verità».

zione dei contenuti qualificanti della messa alla prova, che consistono nell'assolvimento ad un complesso di adempimenti riparatori, nell'affidamento al servizio sociale e nell'assoggettamento ad un periodo di lavoro non remunerato di pubblica utilità. Non sfugge la natura sanzionatoria del complesso degli effetti, che incidono comunque, in modo significativo, sulle libertà del soggetto (determinandone un regime di vita doveroso). Basti pensare a quanto la vita del soggetto possa subire radicali modificazioni in funzione della necessità di prendere parte ad attività di volontariato sociale, o all'obbligo di instaurare e mantenere rapporti con strutture sanitarie, o ancora ai limiti possibili in ordine alla libertà di stabilire la propria dimora, alla libertà di movimento o di frequentare "determinati locali". Tale connotato, peraltro, è rivelato in modo incontestabile dalla previsione del nuovo art. 657-*bis* Cpp, per il quale in caso di revoca o esito negativo della messa alla prova, il pubblico ministero, nel disporre la esecuzione della pena, deve detrarre un periodo corrispondente a quello della prova eseguita secondo criteri di ragguglio che la stessa norma fissa in un giorno di pena detentiva o duecentocinquanta euro di pena pecuniaria per ogni tre giorni di prova. Ne deriva che la misura rivela una sostanziale familiarità con quelle cause estintive che si concretizzano all'esito della effettiva irrogazione di un trattamento sanzionatorio, sia pure diverso da quello che il legislatore aveva comminato in sede edittale (oblazione, sospensione condizionale, decreto penale di condanna). Ciò che ispira la dichiarazione di estinzione è dunque un giudizio di constatata sufficienza di quel trattamento punitivo.

4. Tre, come si è detto, gli strumenti. Il primo consiste negli adempimenti riparatori²⁷, consistenti da un lato nella eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato²⁸, considerato come adempimento sempre necessario, e dal risarcimento del danno, ove possibile. Si tratta di adempimenti cui l'interessato deve provvedere entro un termine che il giudice stesso, a norma dell'art. 464-*quinquies* Cpp, deve fissare concedendo, se risulta opportuno in considerazione delle condizioni economiche del reo e previo necessario consenso della persona offesa, una rateizzazione delle somme dovute a titolo risarcitorio. Il termine, che evidentemente non può eccedere il periodo di durata massima della sospensione del processo, è prorogabile una sola volta dal giudice, su istanza dell'imputato, ma solo per gravi motivi.

²⁷ Come osserva R. Orlandi, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela progressiva dei diritti fondamentali*, in RIDPP 2014, 1133, la strada è già stata seguita nel contesto del processo penale di fronte al Giudice di pace.

²⁸ Sull'utilità dell'imposizione di adempimenti riparatori cfr. F. Giunta, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in AA.VV., *Pena, riparazione e riconciliazione. Diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, Varese 2007, 61; G. Mannozi, *La giustizia senza spada*, Milano 2003; L. Eusebi, *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano 2006, 1109.

Il novero degli interventi ripristinatori riparatori²⁹ è, per sua natura, predefinito dal contenuto di offesa dell'ipotesi di reato contestata o per la quale si procede nel corso delle indagini preliminari. In altri termini non sarà ammissibile concepire fantasiosi interventi virtuosi se non rimanendo rigorosamente vincolati agli effetti dell'evento di danno o di pericolo tipico del reato contestato. Questi, in particolare nei reati contro il patrimonio, potrebbero corrispondere, in tutto e per tutto, al risarcimento del danno subito dalla vittima. Come la norma precisa in modo inequivoco, non risultano possibili deroghe alla necessità di tale adempimento. Si tratta di una scelta singolare, posto che appare tutt'altro che rara l'eventualità che si tratti di interventi non concretamente praticabili, vuoi perché la condotta tipica ha integrato ed esaurito ogni profilo di offesa, vuoi perché si tratta di conseguenze offensive non eliminabili. Si pensi, solo per fare alcuni esempi, al caso in cui l'ipotesi accusatoria abbia ad oggetto la contravvenzione di cui al comma ottavo dell'art. 137 d.lgs. 152/2006 (c.d. Codice dell'ambiente), che punisce il titolare dello scarico che non abbia consentito (in un passato determinato) l'accesso agli insediamenti da parte del soggetto incaricato del controllo o a quello diverso in cui si ipotizzi la violazione del comma 5 della stessa disposizione di legge, che punisce chiunque superi i valori limiti di immissione di acque reflue industriali. Nel primo caso la lesione della funzione di controllo risulta esaurita nella sua offensività con l'avvenuto rifiuto, non risultando così immaginabile come significativo alcun adempimento successivo al dovere di assoggettarsi al controllo; nel secondo il danno conseguente all'immissione può risultare in concreto non riparabile (ma bensì solo risarcibile), vuoi per la definitiva dispersione nell'ambiente delle sostanze inquinanti vuoi per gli effetti che ne sono conseguiti³⁰. In ipotesi come quelle prospettate, in sostanza, quello che si può esigere dal soggetto sottoposto a processo è che si adoperi per un comportamento futuro diverso da quello, illecito, in precedenza adottato o che adotti misure preventive idonee a garantire il non perpetuarsi dell'avvenimento dannoso.

Opportuna invece la previsione che la sospensione sia condizionata al risarcimento solo ove questo sia possibile, concetto che implica non solo e non tanto il dato di una praticabilità oggettiva, quanto quella della esigibilità della condotta dal soggetto in considerazione delle sue condizioni economiche e patrimoniali. Ciò varrà ad evitare che la sospensione

²⁹ Analizza tali aspetti P. Bronzo, *Messa alla prova per gli adulti e rito degli irreperibili*, in CP 2014, 1989.

³⁰ Sia pure nella diversa prospettiva di negare la possibile rilevanza della circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 6 Cp, Cass., 27.11.2008 n. 46232 riconosce la problematicità legata alla non riparabilità del danno: si legge che ove, come nel caso di omicidio il danno sia irreversibile "e quindi non è più suscettibile di eliminazione o attenuazione da parte del colpevole" l'attenuante non possa trovare applicazione, posto che essa «implica che le condotte riparatorie siano efficaci, e quindi concretamente elidano o attenuino le conseguenze dannose o pericolose del reato, ciò che è impossibile in caso di commissione di un omicidio che determina la distruzione del bene giuridico protetto».

con messa alla prova finisca per divenire un rimedio selettivo in considerazione delle condizioni censitarie dell'imputato, per cui solo chi può disporre di adeguate risorse economiche per sostenere i costi della monetizzazione del danno potrebbe accedervi.

Il secondo ordine di imposizioni riguarda l'affidamento del soggetto ai servizi sociali, volta da un lato a garantirne un controllo in libertà, sia pure estremamente attenuato (si pensi alla osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale, con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali) dall'altro ad indirizzare l'imputato a modelli comportamentali virtuosi che pongano in evidenza l'importanza del valore tutelato dalla norma giuridica della cui violazione si è imputati, consentendo una presa in carico degli interessi tutelati dall'ordinamento e lesi o messi in pericolo dal suo agire (si pensi alla previsione che il soggetto debba partecipare ad attività di "volontariato" – doverose le virgolette, posto che si tratta di una scelta per certi versi asseverata dalla minaccia della ripresa del processo – di rilievo sociale).

Il terzo ed ultimo contenuto inerisce alla prestazione di lavoro di pubblica utilità. Il legislatore ha voluto caratterizzare la misura con apprezzabili precauzioni volte a garantire al soggetto da un lato l'impiego in contesti per i quali sia qualificato (evitando così che il lavoro si trasformi in una sorta di penitenza) e limitandone la durata (non più di dieci giorni nell'intero periodo di sospensione e per non più di otto ore giornaliere) ed i modi, per prevenire che rappresenti causa di un impoverimento delle proprie complessive e preesistenti capacità reddituali o di formazione, della sue possibilità di mantenere proficui rapporti con la famiglia o rappresenti un condizionamento alla cura della propria salute. In altri termini il lavoro non deve in nessun caso porsi in conflitto con le esigenze di vita personale del prevenuto.

La interazione proficua tra i tre diversi strumenti chiamati a concorrere la definizione del contenuto qualificante il periodo di messa alla prova, determina, in termini di sostanziale automatismo, il prodursi dell'effetto estintivo.

5. Disposta la sospensione del procedimento per un termine non superiore a due o ad un anno, ma in concreto determinato dal giudice, per lo stesso periodo risulta sospeso il decorso del termine prescrizionale. Si tratta di una previsione che riecheggia il disposto dell'art. 159 Cp, che, come noto, prevede la sospensione della decorrenza del termine prescrizionale in tutte le ipotesi di sospensione del processo imposta da particolari disposizioni di legge o qualora consegua a richiesta dell'imputato (art. 159 co. 1 n. 3); proprio la richiesta dell'imputato rappresenta il primo presupposto della messa alla prova. Di maggior significato la precisazione che la sospensione dei termini prescrizionali, in deroga a quanto previsto dall'art. 161 co. 1 Cp, possa aver effetto esclusivamente per il soggetto che chiede di essere ammesso alla prova e non per eventuali coimputati, siano pure concorrenti nel medesimo crimine. La scelta normativa ha il significato di garantire la ragionevole durata del

processo per quei coimputati che non abbiano formulato la richiesta deflattiva; per converso, essa determina come effetto che appare sostanzialmente inevitabile, la separazione del giudizio. Senza lo stralcio della posizione di quei coimputati che non hanno richiesto la sospensione con messa alla prova, il processo nei loro confronti rimarrebbe sospeso con decorrenza dei termini prescrizionali, con un effetto che potrebbe alimentare strategie processuali orientate al conseguimento della causa estintiva di cui all'art. 157 Cp.

Come anticipato, l'art. 168-ter co. 2 Cp sancisce il premio per l'imputato virtuoso, il risultato che deve concorrere ad indurlo alla scelta deflattiva. L'esito positivo della prova estingue il reato, anche se permane la rilevanza extrapenale dell'illecito ai fini dell'applicazione delle sanzioni accessorie amministrative.

Come si è anticipato, il frutto del positivo esito della prova corrisponde ad una diversificata attuazione di un trattamento punitivo i cui esiti sono apprezzabili attraverso il comportamento socialmente adeguato del prevenuto. Questi, assoggettandosi alle condotte riparatorie/ripristinatorie, doverose, ha fatto il possibile per ridimensionare se non elidere il contenuto offensivo del fatto criminoso, perseguendo, nei limiti del consentito, il risarcimento del danno, ha contribuito a ridurre al minimo il conflitto tra vittima ed autore dell'illecito, venendo concretamente incontro alle esigenze della prima, rispettando le prescrizioni della messa in prova, ha rivelato di essere capace di condurre un'esistenza orientata al rispetto delle leggi e delle regole sociali, prestando il lavoro ha subito gli effetti negativi del proprio gesto. L'esecuzione della sanzione, come detto associata ad una tranquillizzante conferma della prognosi personologica, produce, in modo del tutto ordinario, la estinzione del reato. La relazione conflittuale tra ordinamento e autore del crimine si è ricomposta.

Si tratta a questo punto di intendersi sul significato dell'espressione "esito positivo della prova".

In astratto, si potrebbe ritenere che un simile risultato coincida con la mera mancata revoca del beneficio, ovvero che esso richieda un puntuale rispetto, sia pure esteriore, delle prescrizioni associato ad una condotta di non reiterazione di comportamenti criminosi, o, infine, in una prospettiva estrema, a fronte di un compiuto recupero del prevenuto alle regole della civile convivenza.

L'art. 464-septies co. 1 Cpp, nel definire i modi dell'accertamento del positivo esito della prova, invia segnali contrastanti. La norma non sembra ipotizzare alcun automatismo tra rispetto delle regole e statuzione sull'esito positivo della prova, con conseguente declaratoria di estinzione del reato: stabilisce infatti che compete al giudice di decidere in merito ad avvenuta consumazione del periodo di prova (e quindi di trattamento *lato sensu* sanzionatorio), "tenendo conto" del rispetto delle prescrizioni e della mancata recidiva. La formula sembra ipotizzare che non ci si debba limitare ad un riscontro notarile dei dati esteriori, tanto che la decisione implica la instaurazione di un contraddittorio in udienza che pare funzionale ad una discrezionalità nel merito.

È presumibile che l'ipotesi di un diniego della estinzione a fronte di un comportamento conforme del prevenuto sia una sorta di ipotesi di scuola, vuoi per la connaturata desuetudine delle forme processuali rispetto alle valutazioni riconducibili al novero del *sentencing*, vuoi per una forma di rispetto della dignità del prevenuto, che ogni trattamento punitivo deve conservare alla luce del disposto dell'art. 27 co. 3 Cost. Apparirebbe in effetti contrario al senso di umanità immaginare un sindacato che si spinga oltre i confini del puntuale rispetto esteriore dei precetti per spingersi fino ad ipotizzare se il trattamento abbia o meno consentito una riformulazione dei convincimenti del prevenuto. In tal caso, il risultato atteso dalla declaratoria di estinzione risulterebbe invero del tutto esorbitante rispetto ai limiti degli effetti connessi all'applicazione della pena edittale: l'ordinamento non può indagare se questa abbia o meno determinato l'effetto radicale di cui si è detto, mentre, contraddittoriamente (e paradossalmente) tale effetto verrebbe ad essere postulato dalla verifica operata nel contesto di un giudizio che ha visto preclusa, *a priori*, un'indagine effettiva sulla responsabilità del soggetto.

Per altro verso, non sembra tuttavia possibile far coincidere la declaratoria di estinzione con la mancata revoca della prova. La normativa si preoccupa di tenere ben distinte, infatti, le due ipotesi, definendo uno spazio intermedio tra prova condotta a termine, perché non revocata, e prova coronata da esito positivo. Per definirne i confini inevitabile considerare la regolamentazione normativa della revoca della sospensione, come fissata dall'art. 168-*quater* Cpp. La norma definisce due diverse casistiche di revoca, qualificando la stessa, in entrambe le ipotesi, come doverosa: in tal senso depone l'uso del verbo all'indicativo e la possibilità di provvedervi di ufficio. Prima del termine del periodo di sospensione ed all'esito di un'udienza camerale, il giudice deve, a fronte di "grave o reiterata trasgressione al programma di trattamento o alle prescrizioni imposte" o in caso di commissione, durante il periodo di prova, di un nuovo delitto non colposo ovvero di un reato della stessa indole, revocare la sospensione e dare nuovo corso al giudizio (i cui esiti, peraltro, rimangono impregiudicati).

Appare subito evidente che solo il secondo dei motivi di revoca appare determinato nei suoi contenuti, riducendo al minimo ogni spazio alle valutazioni del giudicante. Anche se risultano aperti margini ridotti di opinabilità nel definire il concetto di reato di stessa indole, anche considerando la ambiguità della giurisprudenza nella determinazione del contenuto dell'offesa tipica di numerosi reati, possiamo fare affidamento su un'esperienza sostanzialmente consolidata, che guidi nella risoluzione del problema. Meno precisa e convincente la determinazione dei connotati del primo motivo di revoca.

Prima di tutto dobbiamo constatare la sufficienza di uno solo dei due: gravità o reiterazione delle violazioni appaiono connotati entrambi sufficienti. Dei due, il secondo pare lasciare margini minori al giudicante, anche se non sembrano codificati i percorsi per il riconoscimento del dato obiettivo. Ed in effetti si potrebbe intendere la reiterazione in termini analoghi al concetto di recidiva, affermando che la stessa pre-

supponga un preventivo accertamento giudiziale di avvenuta violazione, ovvero si potrebbe immaginare che le plurime violazioni siano tutte oggetto di verifica in un unico contesto, quello dell'udienza camerale ai sensi dell'art. 464-*octies* co. 2 Cpp. La seconda soluzione appare da accogliere, posto che l'impulso al procedimento di revoca è rappresentato dalla relazione dei "servizi sociali per la messa alla prova" (di cui al comma 4 art. 141-*ter* NAttCpp come introdotto dall'art. 5 della l. 67/2014), mentre non è prevista alcuna previa interazione tra giudice e prevenuto funzionale ad un suo sostanziale ammonimento in caso di prima violazione.

Vago il primo dei due connotati della violazione significativa³¹: il concetto di gravità, in effetti, non appare preventivamente predeterminabile, ben potendosi apprezzare a tal fine elementi tra di loro diversamente significativi: si pensi ad un ritardato o inesatto adempimento ai doveri ripristinatori, ad un inappropriato regime di vita, ad un mancato rispetto degli orari del lavoro ecc... Ciò che può apparire grave in una prospettiva retributiva, ovvero laddove si apprezzi prioritariamente il bisogno di fare avvertire al prevenuto il disvalore della propria condotta, può non risultare tale in quella preventiva, ovvero laddove si privilegi la ricerca di un trattamento personalizzato funzionale al miglior reinserimento sociale dello stesso. Grave, inoltre, può essere ritenuta una violazione che si concretizzi in un comportamento caratterizzato da un alto grado di divergenza dal modello doveroso (mutuando il concetto da quello di gravità della colpa) ovvero nella violazione di un precetto ritenuto decisivo nella funzionalità dell'istituto. In sintesi, permangono margini troppo lati di opinabilità circa il significato da attribuire al connotato di gravità della violazione, che lasciano spazio a valutazioni soggettive, ispirate a personali considerazioni assiologiche, con conseguenti inevitabili disparità di trattamento. Ma in materia di trattamento sanzionatorio, come è ben noto, il principio di determinatezza impone al legislatore di assumere la responsabilità diretta di definire, sino nel dettaglio, le scelte dell'ordinamento, per prevenire che permangano margini entro i quali il giudice possa dar peso al proprio personale sistema di valori.

Ma quello che veramente inquieta è che sia il requisito della reiterazione che quello della gravità non sembrano essere affidati ad un vero accertamento giurisdizionale. In effetti, una volta ricevuta la relazione periodica dei servizi sociali che propone la revoca, il giudice deve provvedere a fissare un'udienza camerale nel corso della quale verificare la sussistenza dei presupposti di legge della stessa. Negli angusti confini di tale modello processuale, però, la sola facoltà della difesa è quella di presentare, nei termini previsti dall'art. 127 co. 2, memorie, non risultando concepita una sostanziale istruttoria relativa alla verifica degli addebiti mossi dal servizio sociale. Ne deriva una sostanziale distorsione dei rap-

³¹ Su tali aspetti G. Panebianco, *op. cit.*, 1153 che definisce, piuttosto, le violazioni non significative, come quelle «lievi, o di carattere occasionale, prive di una frequenza apprezzabile».

porti tra affidato e servizio, non più ispirati ad una leale collaborazione ma piuttosto ad una sostanziale soggezione.

In sostanza, gli sviluppi possibili della messa alla prova possono così riassumersi: revoca, che in astratto dovrebbe essere deliberata nel corso della sospensione, ponendo termine ad essa (nelle forme dell'art. 464-*octies* Cpp), ma che nulla vieta possa intervenire all'esito di un accertamento finale rimesso al giudice di cui all'art. 464-*septies* co. 1 Cpp. Conclusione della prova con esito infausto, che implica la ripresa del giudizio e che, surrettiziamente, finirà per indirizzarne l'esito. Conclusione della prova con esito favorevole, che determina la chiusura del processo con la pronuncia di una sentenza di intervenuta estinzione del reato³². Difficile, invero, cogliere le differenze sostanziali tra mero riconoscimento di un esito non adeguato della prova e revoca della sospensione del processo. Sul piano normativo si segnala come in entrambi i casi, la eventuale (ma probabile) futura condanna da eseguire dovrà essere determinata dal pubblico ministero tenendo conto di questa singolare forma di presofferto (art. 657-*bis* Cpp). In ogni caso, ai sensi dell'art. 464-*novies* Cpp, l'istanza non può essere riproposta, neppure, ovviamente, nel corso di un nuovo procedimento per altri reati. Ne deriva un distinguo apprezzabile solo in astratto, ma destinato a non provocare effetti concreti.

³² Su tali aspetti G. Panebianco, *op. cit.*, 1152.

Art. 4

Modifiche al codice di procedura penale in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova

Al codice di procedura penale sono apportate le seguenti modificazioni:

a) nel libro sesto, dopo il titolo V è aggiunto il seguente

“Titolo V-bis

Sospensione del procedimento con messa alla prova

Art. 464-bis (Sospensione del procedimento con messa alla prova). 1. Nei casi previsti dall'articolo 168-bis del codice penale l'imputato può formulare richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova.

2. La richiesta può essere proposta, oralmente o per iscritto, fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli articoli 421 e 422 o fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado nel giudizio direttissimo e nel procedimento di citazione diretta a giudizio. Se è stato notificato il decreto di giudizio immediato, la richiesta è formulata entro il termine e con le forme stabiliti dall'articolo 458, comma 1. Nel procedimento per decreto, la richiesta è presentata con l'atto di opposizione.

3. La volontà dell'imputato è espressa personalmente o per mezzo di procuratore speciale e la sottoscrizione è autenticata nelle forme previste dall'articolo 583, comma 3.

4. All'istanza è allegato un programma di trattamento, elaborato d'intesa con l'ufficio di esecuzione penale esterna, ovvero, nel caso in cui non sia stata possibile l'elaborazione, la richiesta di elaborazione del predetto programma. Il programma in ogni caso prevede:

a) le modalità di coinvolgimento dell'imputato, del suo nucleo familiare e del suo ambiente di vita nel processo di reinserimento sociale, ove ciò risulti necessario e possibile;

b) le prescrizioni comportamentali e gli altri impegni specifici che l'imputato assume anche al fine di elidere o attenuare le conseguenze del reato, considerando a tal fine il risarcimento del danno, le condotte riparatorie e le restituzioni, nonché le prescrizioni attinenti al lavoro di pubblica utilità ovvero all'attività di volontariato di rilievo sociale;

c) le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa.

5. Al fine di decidere sulla concessione, nonché ai fini della determinazione degli obblighi e delle prescrizioni cui eventualmente subordinarla, il giudice può acquisire, tramite la polizia giudiziaria, i servizi sociali o altri enti pubblici, tutte le ulteriori informazioni ritenute necessarie in relazione alle condizioni di vita personale, familiare, sociale ed economica dell'imputato. Tali informazioni devono essere portate tempestivamente a conoscenza del pubblico ministero e del difensore dell'imputato.

Art. 464-ter (Richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova nel corso delle indagini preliminari). 1. Nel corso delle indagini preliminari, il giudice, se è presentata una richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova, trasmette gli atti al pubblico ministero

affinché esprima il consenso o il dissenso nel termine di cinque giorni.

2. *Se il pubblico ministero presta il consenso, il giudice provvede ai sensi dell'articolo 464-quater.*

3. *Il consenso del pubblico ministero deve risultare da atto scritto e sinteticamente motivato, unitamente alla formulazione dell'imputazione.*

4. *Il pubblico ministero, in caso di dissenso, deve enunciarne le ragioni. In caso di rigetto, l'imputato può rinnovare la richiesta prima dell'apertura del dibattimento di primo grado e il giudice, se ritiene la richiesta fondata, provvede ai sensi dell'articolo 464-quater.*

Art. 464-quater (Provvedimento del giudice ed effetti della pronuncia).

1. *Il giudice, se non deve pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'articolo 129, decide con ordinanza nel corso della stessa udienza, sentite le parti nonché la persona offesa, oppure in apposita udienza in camera di consiglio, della cui fissazione è dato contestuale avviso alle parti e alla persona offesa. Si applica l'articolo 127.*

2. *Il giudice, se ritiene opportuno verificare la volontarietà della richiesta, dispone la comparizione dell'imputato.*

3. *La sospensione del procedimento con messa alla prova è disposta quando il giudice, in base ai parametri di cui all'articolo 133 del codice penale, reputa idoneo il programma di trattamento presentato e ritiene che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati. A tal fine, il giudice valuta anche che il domicilio indicato nel programma dall'imputato sia tale da assicurare le esigenze di tutela della persona offesa dal reato.*

4. *Il giudice, anche sulla base delle informazioni acquisite ai sensi del comma 5 dell'articolo 464-bis, e ai fini di cui al comma 3 del presente articolo può integrare o modificare il*

programma di trattamento, con il consenso dell'imputato.

5. *Il procedimento non può essere sospeso per un periodo:*

a) *superiore a due anni quando si procede per reati per i quali è prevista una pena detentiva, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria;*

b) *superiore a un anno quando si procede per reati per i quali è prevista la sola pena pecuniaria.*

6. *I termini di cui al comma 5 decorrono dalla sottoscrizione del verbale di messa alla prova dell'imputato.*

7. *Contro l'ordinanza che decide sull'istanza di messa alla prova possono ricorrere per cassazione l'imputato e il pubblico ministero, anche su istanza della persona offesa. La persona offesa può impugnare autonomamente per omesso avviso dell'udienza o perché, pur essendo comparsa, non è stata sentita ai sensi del comma 1. L'impugnazione non sospende il procedimento.*

8. *Nel caso di sospensione del procedimento con messa alla prova non si applica l'articolo 75 comma 3.*

9. *In caso di reiezione dell'istanza, questa può essere riproposta prima del giudizio, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento.*

Art. 464-quinquies (Esecuzione dell'ordinanza di sospensione del procedimento con messa alla prova). 1. *Nell'ordinanza che dispone la sospensione del procedimento con messa alla prova, il giudice stabilisce il termine entro il quale le prescrizioni e gli obblighi relativi alle condotte riparatorie o risarcitorie imposti devono essere adempiuti; tale termine può essere prorogato, su istanza dell'imputato, non più di una volta e solo per gravi motivi. Il giudice può, altresì, con il consenso della persona offesa, autorizzare il pagamento rateale delle somme eventualmente dovute a titolo di risarcimento del danno.*

2. *L'ordinanza è immediatamente trasmessa all'ufficio di esecuzione penale esterna che deve prendere in carico l'imputato.*

3. *Durante la sospensione del procedimento con messa alla prova, il giudice, sentiti l'imputato e il pubblico ministero, può modificare con ordinanza le prescrizioni originarie, ferma restando la congruità delle nuove prescrizioni rispetto alle finalità della messa alla prova.*

Art. 464-sexies (Acquisizione di prove durante la sospensione del procedimento con messa alla prova). 1. *Durante la sospensione del procedimento con messa alla prova il giudice, con le modalità stabilite per il dibattimento, acquisisce, a richiesta di parte, le prove non rinviabili e quelle che possono condurre al proscioglimento dell'imputato.*

Art. 464-septies (Esito della messa alla prova). 1. *Decorso il periodo di sospensione del procedimento con messa alla prova, il giudice dichiara con sentenza estinto il reato se, tenuto conto del comportamento dell'imputato e del rispetto delle prescrizioni stabilite, ritiene che la prova abbia avuto esito positivo. A tal fine acquisisce la relazione conclusiva dell'ufficio di esecuzione penale esterna che ha preso in carico l'imputato e fissa l'udienza per la valutazione dandone avviso alle parti e alla persona offesa.*

2. *In caso di esito negativo della prova, il giudice dispone con ordinanza che il processo riprenda il suo corso.*

Art. 464-octies (Revoca dell'ordi-

nanza). 1. *La revoca dell'ordinanza di sospensione del procedimento con messa alla prova è disposta anche d'ufficio dal giudice con ordinanza.*

2. *Al fine di cui al comma 1 del presente articolo il giudice fissa l'udienza ai sensi dell'articolo 127 per la valutazione dei presupposti della revoca, dandone avviso alle parti e alla persona offesa almeno dieci giorni prima.*

3. *L'ordinanza di revoca è ricorribile per cassazione per violazione di legge.*

4. *Quando l'ordinanza di revoca è divenuta definitiva, il procedimento riprende il suo corso dal momento in cui era rimasto sospeso e cessa l'esecuzione delle prescrizioni e degli obblighi imposti.*

Art. 464-novies (Divieto di riproposizione della richiesta di messa alla prova). 1. *Nei casi di cui all'articolo 464-septies, comma 2, ovvero di revoca dell'ordinanza di sospensione del procedimento con messa alla prova, l'istanza non può essere riproposta.*

b) dopo l'articolo 657 è inserito il seguente:

Art. 657-bis (Computo del periodo di messa alla prova dell'imputato in caso di revoca). 1. *In caso di revoca o di esito negativo della messa alla prova, il pubblico ministero, nel determinare la pena da eseguire, detrae un periodo corrispondente a quello della prova eseguita. Ai fini della detrazione, tre giorni di prova sono equiparati a un giorno di reclusione o di arresto ovvero a 250 euro di multa o di ammenda".*

Art. 5

Introduzione del capo X-bis del titolo I delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale

Dopo il capo X del titolo I delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, è inserito il seguente:

“Capo X-bis

Disposizioni in materia di messa alla prova

Art. 141-bis (Avviso del pubblico ministero per la richiesta di ammissione alla messa alla prova). 1. Il pubblico ministero, anche prima di esercitare l'azione penale, può avvisare l'interessato, ove ne ricorrano i presupposti, che ha la facoltà di chiedere di essere ammesso alla prova, ai sensi dell'articolo 168-bis del codice penale, e che l'esito positivo della prova estingue il reato.

Art. 141-ter (Attività dei servizi sociali nei confronti degli adulti ammessi alla prova). 1. Le funzioni dei servizi sociali per la messa alla prova, disposta ai sensi dell'articolo 168-bis del codice penale, sono svolte dagli uffici locali di esecuzione penale esterna, nei modi e con i compiti previsti dall'articolo 72 della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni.

Ai fini del comma 1, l'imputato rivolge richiesta all'ufficio locale di esecuzione penale esterna competente affinché predisponga un programma di trattamento. L'imputato deposita gli atti rilevanti del procedimento penale, nonché le osservazioni e le proposte che ritenga di fare.

L'ufficio di cui al comma 2, all'esito di un'apposita indagine socio-familiare, redige il programma di trattamento, acquisendo su tale programma il consenso dell'imputato e

l'adesione dell'ente o del soggetto presso il quale l'imputato è chiamato a svolgere le proprie prestazioni. L'ufficio trasmette quindi al giudice il programma accompagnandolo con l'indagine socio-familiare e con le considerazioni che lo sostengono. Nell'indagine e nelle considerazioni, l'ufficio riferisce specificamente sulle possibilità economiche dell'imputato, sulla capacità e sulla possibilità di svolgere attività riparatorie nonché sulla possibilità di svolgimento di attività di mediazione, anche avvalendosi a tal fine di centri o strutture pubbliche o private presenti sul territorio.

Quando è disposta la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, l'ufficio di cui al comma 2 informa il giudice, con la cadenza stabilita nel provvedimento di ammissione e comunque non superiore a tre mesi, dell'attività svolta e del comportamento dell'imputato, proponendo, ove necessario, modifiche al programma di trattamento, eventuali abbreviazioni di esso ovvero, in caso di grave o reiterata trasgressione, la revoca del provvedimento di sospensione.

Alla scadenza del periodo di prova, l'ufficio di cui al comma 2 trasmette al giudice una relazione dettagliata sul decorso e sull'esito della prova medesima.

Le relazioni periodiche e quella finale dell'ufficio di cui al comma 2 del presente articolo sono depositate in cancelleria non meno di dieci giorni prima dell'udienza di cui all'articolo 464-septies del codice, con facoltà per le parti di prenderne visione ed estrarne copia”.

Art. 6

Modifica al testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n. 313, in materia di messa alla prova

All'articolo 3 (L) comma 1, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti, di cui al decreto del Presidente della Re-

ubblica 14 novembre 2002, n. 313, dopo la lettera i) è inserita la seguente: "i-bis) l'ordinanza che si sensi dell'articolo 464-quater del codice di procedura penale dispone la sospensione del procedimento con messa alla prova".

**La sospensione del processo con messa alla prova:
sulla falsariga dell'esperienza minorile,
nasce il *probation* processuale per gli imputati adulti**

Commento di CLAUDIA CESARI

SOMMARIO: 1. La fisionomia del nuovo istituto: caratteri, sfondi ideologici, struttura. – 2. I presupposti della sospensione del processo con messa alla prova. – 3. Il programma di prova: formazione. – 4. (*Segue*) I contenuti. – 5. Il procedimento di ammissione: la richiesta. – 6. L'udienza e la decisione sul *probation*. – 7. Il decorso della prova. – 8. Le vicende conclusive.

1. Con la l. 28.4.2014 n. 67 il legislatore ha finalmente provveduto ad inserire nella cornice normativa un istituto che, da gran tempo sperimentato in ordinamenti d'oltreconfine¹, era impiegato in Italia solo in seno al rito penale a carico di imputati minorenni: la messa alla prova². Tenendo conto del fatto che, sia pure in quell'area ristretta del sistema,

¹ U. Gatti, M. Marugo, *Verso una maggiore tutela dei diritti delle vittime: la giustizia ristorativa al vaglio della ricerca empirica*, in *RassICrim* 1992, 85 ss.

² La normativa in esame costituisce l'epigono di un lavoro di elaborazione che in realtà si è snodato lungo un arco di tempo significativo, se si considera che l'inserimento del *probation* nel sistema era già stato proposto in più d'una occasione, in progetti precedenti, tra cui quello elaborato dalla c.d. Commissione Pisapia, nominata dall'allora Guardasigilli Mastella ed incaricata della riforma del codice penale. Per la ricostruzione dei precedenti dell'istituto nella progettazione parlamentare e di Governo, v. F. Fiorentin, *Rivoluzione copernicana per la giustizia riparativa*, in *GD* 2014 (21), 66; M. Montagna, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e attivazione del rito*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di C. Conti, A. Marandola, G. Varraso, Padova 2014, 375 s.; A. Scarcella, *Sospensione del procedimento con messa alla prova*, *ivi*, 340 s.

la disciplina aveva dato «buona prova di sé»³, si è voluto estenderne l'area operativa, costruendo un nuovo percorso procedimentale alternativo alla sequenza ordinaria del rito e destinato – in caso di esito positivo – a chiuderlo precocemente.

Lo schema operativo dell'istituto è quello tipico del *probation* processuale, che comporta l'apertura nel corso del procedimento penale di una parentesi risocializzante la cui gestione è affidata alle agenzie del *welfare*. Allo spirare del termine stabilito dal giudice procedente, questi ha il compito solo di valutare l'esito del percorso svolto e, quando risulti positivo, di sancire il successo con una decisione proscioglitrice; in caso contrario, deve invece limitarsi a reinnescare l'*iter* giudiziario. In pratica, questo comporta che il rito, a fronte della decisione di “mettere l'imputato alla prova”, venga sospeso e che “il caso” venga fatto scivolare dal binario del procedimento penale a quello dell'assistenza sociale, dall'ambito giudiziario a quello amministrativo, con il conseguente risparmio di risorse e di tempo (almeno nel primo settore)⁴.

A questa struttura-base si collega indubbiamente la *ratio* dell'introduzione della disciplina nel sistema italiano con la novella dell'aprile scorso, considerando che la stessa relazione al progetto di legge che l'ha proposta rammentava la «funzione deflattiva dei procedimenti penali»⁵ che l'istituto di nuovo conio ci si aspettava che assicurasse. Va detto, tuttavia, che il fondamento di una normativa di questo tipo è indubbiamente più complesso e porta con sé un'opzione ideologica di fondo che costituisce una svolta del sistema assai più della strategia di accelera-

³ M. Miedico, *Sospensione del processo e messa alla prova anche per i maggiorenni*, in www.penalecontemporaneo.it, 14.4.2014, 1. Che il punto di riferimento della disciplina sia il suo immediato antecedente minorile è profilo unanimemente riconosciuto: fra gli altri, v. F. Fiorentin, *Rivoluzione copernicana*, cit., 65; M. Montagna, *op. cit.*, 376 s.

⁴ È chiaro che l'economia che l'istituto promette è riferibile solo al settore giustizia, ma non si riflette sull'entità della spesa pubblica in generale: l'efficacia di una misura di tal genere, infatti, è strettamente legata alla capacità del sistema di assistenza sociale di gestire (anche in termini di personale disponibile e risorse attivabili) l'utenza aggiuntiva ed il servizio di supporto e controllo che essa richiede. Naturale, quindi, che gli auspici di impatto positivo dell'istituto sul sistema non possano che essere strettamente connessi con un investimento serio di risorse nell'area del *welfare* che vi è direttamente coinvolta. Di questo, del resto, sembra consapevole il legislatore, che all'art. 7 l. 67/2014 impone al Ministro della Giustizia di riferire tempestivamente alle commissioni parlamentari competenti in merito alle modalità di adeguamento della pianta organica degli uffici locali di esecuzione penale esterna, qualora esso si renda necessario in relazione alle esigenze di attuazione della messa alla prova. In altri termini, si ventila – sia pur in forma un po' contorta – che numero e professionalità degli operatori possano rivelarsi insufficienti per assicurare l'efficace implementazione della nuova disciplina e che questa richieda dunque lo stanziamento di apposite risorse finanziarie per provvedere alle esigenze di personale che dovessero presentarsi e che, evidentemente, ci si attendono.

⁵ *Relazione alla p.d.l. AC 331/2013*, 3. V. anche Cass. 9.7.2014, n. 30559, in *CP* 2014, 3150; C. Pecorella, *Il Tribunale di Genova ammette la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova presentata nella prima udienza utile dopo l'entrata in vigore della legge 28 aprile 2014 n. 67*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 ottobre 2014, 1.

zione dei tempi processuali o di economizzazione delle risorse, di cui costituisce semplicemente un ultimo tassello. La sospensione del processo con messa alla prova, infatti, traghetta l'ordinamento processual-penalistico verso le logiche della giustizia riparativa, dando cittadinanza nell'ambito del rito penale a tecniche di risoluzione dei conflitti sottese al reato ovvero, più in generale, a metodi di reazione istituzionale all'illecito penale radicalmente alternativi a quelli tradizionali e capaci di obliterare non solo il ricorso alla sanzione criminale "classica", ma anche l'impiego dello strumentario processuale ad esso normalmente collegato. La messa alla prova, allora, rileva in quanto offre all'imputato «un percorso di reinserimento alternativo»⁶, un itinerario di risocializzazione di cui sono componente centrale le logiche riparative, sia a vantaggio della collettività, sia a beneficio della vittima del reato⁷. Anzi, uno degli elementi di maggiore novità dell'istituto sembra risiedere proprio nell'attitudine a veicolare nel sistema per la prima volta in maniera nitida⁸, oltre che relativamente ampia⁹, lo strumento della mediazione penale¹⁰. Per un verso, esso diviene finalmente una strategia operativa a disposizione del protagonista del processo per affrontare le dinamiche sottese al reato commesso e "guadagnarsi" l'uscita precoce dalle logiche processuali e punitive; per altro verso, delinea uno scenario in cui costruire un nuovo protagonismo della persona offesa dal reato nel rito ordinario.

A dire il vero, paiono queste le componenti dell'istituto da considerare maggiormente innovative e promettenti, anche per le prospettive di

⁶ *Relazione alla p.d.l. AC 331/2013*, 3.

⁷ Cfr., pur con varie sfumature, Gius. Amato, *L'impegno è servizi sociali e lavori di pubblica utilità*, in *GD* 2014 (21), 91; P. Felicioni, *Gli epiloghi*, in AA.VV., *Le nuove norme*, cit., 415; F. Fiorentin, *Preclusioni e soglie di pena riducono la diffusione*, in *GD* 2014 (21), 68; Id., *Rivoluzione copernicana*, cit., 65; A. Marandola, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *DPP* 2014, 676; M. Miedico, *Sospensione*, cit., 5; F. Viganò, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *RIDPP* 2013, 1300; nonché Cass. 9.7.2014, n. 30559, cit.

⁸ In sede minorile la mediazione è strumento utilizzato proficuamente dalla prassi, ma non trova alcuna disciplina esplicita. In seno alla messa alla prova costituisce uno dei possibili punti dei programmi di *probation*, riconducibile alla sfera generica delle prescrizioni «dirette ... a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa dal reato» (art. 28 co. 2° d.P.R. n. 448/1988), ma senza che la normativa rechi traccia di riferimenti espressi. Sull'impiego delle strategie di mediazione nelle pieghe del sistema processuale per i minorenni, v. A. Ciavola, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino 2010, 285 ss.

⁹ L'unica previsione esplicita della mediazione aveva trovato sinora cittadinanza nel sistema del rito penale di pace, in forza del disposto dell'art. 29 co. 4° d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274, che la prevede come forma "rafforzata" del più classico tentativo di conciliazione. Si trattava dunque di una disciplina ad applicazione assai circoscritta e costretta entro i confini di uno strumentario tradizionale che ne comprime le potenzialità più innovative ed originali (per i limiti dell'operazione, v. *amplius* A. Ciavola, *op. cit.*, 304 ss.).

¹⁰ G. Mannozi, *Il "legno storto" del sistema sanzionatorio*, in *DPP* 2014, 782, che peraltro ne sottolinea anche i limiti, ravvisati nel ruolo «esangue» riconosciuto dall'istituto alla persona offesa.

evoluzione del sistema. Gli scopi deflattivi, invece, a ben guardare, sembrano essere la parte più fragile della *ratio* dell'istituto. Se, infatti, è indubbio che in linea di principio lo spostamento di un procedimento penale dalla cornice giudiziaria a quella socio-assistenziale implica un risparmio di risorse nel primo ambito (e comunque a discapito del secondo), in pratica le scelte fatte con la l. 67/2014 tendono a circoscrivere di molto l'impatto positivo della novella sui carichi pendenti e su quelli futuri. La legge, infatti, è stata fin troppo cauta nel delineare gli spazi operativi dell'istituto, sicché esso è destinato ad un'applicazione limitata a reati sostanzialmente bagatellari (coincidenti con la "vecchia" competenza pretorile), rispetto ai quali patirà la pesante concorrenza di istituti indulgenziali e soluzioni processuali alternative che, essendo rapidi e non implicando gli impegni personali lunghi e gravosi di una messa alla prova, potrebbero in concreto risultare per gli imputati molto più appetibili¹¹. A questo va aggiunto che una fetta dei reati interessati per pena editale dall'istituto è già affidata alla competenza del giudice di pace e un'altra, cospicua, è destinata a trasformarsi in illecito amministrativo non appena si eserciterà la delega di cui alla prima parte della novella in esame, che dovrebbe portare alla conversione in illeciti amministrativi di quasi tutti i reati puniti con pena pecuniaria¹². È evidente che l'ambito in cui l'istituto è destinato a muoversi sarà, di fatto, piuttosto limitato. Che, poi, con un simile intervento si vogliono raggiungere obiettivi di decarcerizzazione, convince davvero poco: i reati cui si applica, infatti, hanno soglie di pena tali, che è davvero improbabile che possano, in caso di condanna, sfociare nell'esecuzione di una pena detentiva¹³. Piuttosto, è plausibile pensare che essi costituiscano il grosso di quella "cifra nera" normalmente destinata all'oblio giudiziario, attraverso le nebbie delle archiviazioni per prescrizione, sicché la messa alla prova potrebbe, semmai, paradossalmente, essere l'unica vera reazione istituzionale ad illeciti che per lo più resterebbero "sottotraccia", non solo non puniti, ma anche non perseguiti¹⁴.

Del resto, la scelta del legislatore sotto questo profilo, è persino rigorosa: malgrado l'impropria terminologia adottata, che lascerebbe pensare a una sospensione del rito prima dell'esercizio dell'azione penale, questa invece costituisce la soglia indispensabile per l'attivazione del *probation*. Si tratta, insomma, di una sospensione del processo e non del procedimento, giacché la formalizzazione di un'imputazione (e quindi l'emersione del caso dalla fase delle indagini a quella aperta dalla richiesta di processo ad opera del p.m.) è fattore ineludibile perché il rito possa sospendersi e quindi concludersi, in caso di esito positivo, con una sen-

¹¹ M. Miedico, *Sospensione*, cit., 3; F. Viganò, *op. cit.*, 1300 s.

¹² M. Montagna, *op. cit.*, 384, benché ritenendo che la messa alla prova abbia comunque un ambito applicativo «abbastanza ampio».

¹³ R. Orlandi, *Procedimenti speciali*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso, V. Grevi, M. Bargis, Padova 2014, 745. Per la lettura dell'istituto anche nella prospettiva della deflazione carceraria, v. invece P. Felicioni, *op. cit.*, 417 ss.

¹⁴ In questo senso v. anche M. Montagna, *op. cit.*, 371.

tenza che dichiararsi estinto il reato. L'attività del p.m., comunque, si salda alla richiesta dell'imputato, unico depositario dell'iniziativa volta alla sospensione del processo per l'attivazione di un percorso risocializzante alternativo, la cui scelta è legata dunque, in via esclusiva, alle sue opzioni strategiche e fondata su una sua determinazione volontaria. In questa prospettiva, la messa alla prova si affianca a numerose altre forme consolidate di chiusura anticipata del rito, che presuppongono, magari con forme diverse dalla richiesta di rinvio a giudizio, l'esercizio dell'azione penale e il consenso dell'imputato per l'innescio di un rito che prescinde dalle modalità più complesse di confronto e di prova, per un accertamento del fatto affievolito e, infine, per una pronuncia che chiuda precocemente la vicenda giudiziaria garantendo all'imputato un esito vantaggioso.

Peraltro, malgrado questo rigore ricostruttivo, nonostante le affinità con precedenti scelte in tema di tecniche di deflazione e a dispetto del consolidato precedente in ambito minorile, ci si può chiedere fino a che punto l'istituto appena introdotto sia in armonia con la cornice costituzionale del rito penale. A porre il problema, infatti, è il principale tratto di originalità della disciplina, consistente nell'attivazione di una strategia risocializzante anticipata rispetto alla sentenza di condanna, strategia che sinora, forse non a caso, era stata riservata prevalentemente alla fase esecutiva, con l'affidamento in prova al servizio sociale come misura alternativa alla detenzione. La misura, sotto questo profilo, entra potenzialmente in conflitto con la presunzione di non colpevolezza, *ex art. 27 co. 2 Cost.*, giacché pone a carico dell'imputato l'obbligo di svolgere un programma riabilitativo che ne presuppone chiaramente la colpevolezza, ma va eseguito prima che questa sia stata definitivamente accertata con una sentenza. Di qui il dubbio di una radicale incompatibilità dell'istituto con il dettato costituzionale¹⁵, anche perché – si sostiene – l'affievolimento del principio cardine in questione non troverebbe in altri scopi o fondamenti dell'istituto alcun adeguato bilanciamento: non nel canone di economia processuale, perché questo avrebbe sì rilievo costituzionale, ma non di tale forza da poter determinare la degradazione della presunzione di innocenza; non negli scopi rieducativi o di tutela dell'imputato dall'impatto negativo del processo sulla sua personalità e sulla sua esistenza, che sarebbero tali da "compensare" il *vulnus* all'art. 27 co. 2 Cost. per i minorenni, in nome della protezione della dignità umana, ma non per gli adulti¹⁶. Inoltre, laddove per gli istituti affini si potrebbe invocare la natura *lato sensu* riparativa o risarcitoria dei contenuti delle misure anticipatorie rispetto all'accertamento di responsabilità, la componente sanzionatoria della messa alla prova per adulti sarebbe dominante e renderebbe assai più stridente il contrasto con il dettato costituzionale, giacché si tratterebbe in maniera più nitida

¹⁵ R. Orlandi, *op. cit.*, 746; F. Viganò, *op. cit.*, 1302.

¹⁶ R. Orlandi, *op. cit.*, 748 s., ove si osserva che la tutela della dignità umana richiederebbe per il minore un rafforzamento e giustificerebbe misure speciali in forza del combinato disposto degli artt. 31 e 2 Cost.

di un provvedimento con «le fattezze della condanna a pena sostitutiva»¹⁷, pur non essendo tale.

Si tratta di dubbi legittimi, va detto, dal momento che il *probation* processuale incontra per definizione difficoltà di coesistenza con la presunzione di innocenza, implicando lo svolgimento di un percorso che, per il suo essere “rieducativo” o “trattamentale”, presuppone logicamente la responsabilità dell'imputato per il reato ascrittogli, non avendo altrimenti alcun senso lo sforzo di risocializzazione di cui il protagonista ed il sistema intero si fanno carico. Non avrebbe fondamento la logica “premiale” per cui l'imputato deve meritarsi il non luogo o il non doversi procedere per l'addebito mossogli, se non fosse assodato che quell'addebito è fondato e che, altrimenti, dovrebbe risponderne con le modalità ordinarie. È indubbio, quindi, che, collocandosi l'itinerario di prova in corso di procedimento e prima di un accertamento definitivo di responsabilità, si ponga il problema di un trattamento dell'imputato svolto “come se” fosse colpevole, ma senza che una condanna definitiva lo abbia stabilito. Tuttavia, le perplessità che si possono nutrire in proposito, possono essere superate, tenendo conto della struttura dell'istituto, della fisionomia di quelli ad esso assimilabili e già affermatasi nel sistema e, magari, contando su qualche correttivo in futuro per via esetica o legislativa.

A rigore, innanzitutto, nella sospensione del procedimento con messa alla prova non manca un accertamento della responsabilità dell'imputato, che viene invece effettuato prima della concessione della misura, di cui è presupposto essenziale che il richiedente non debba essere prosciolto immediatamente ai sensi dell'art. 129 Cpp. Non foss'altro che per questo, si dovrebbe ammettere che una verifica giudiziale in punto di responsabilità nell'istituto in esame non è assente, ma piuttosto precaria, oltre che svolta su basi e con una regola di giudizio “di minor caratura” rispetto a quelle dibattimentali. La verifica sulla responsabilità, infatti, si compie allo stato degli atti (che potrebbero comprendere anche quelli delle indagini preliminari) ed è non definitiva, ma provvisoria, ossia passibile di smentita nel prosieguo del procedimento (vuoi che si acquisiscano ulteriori prove in corso di sospensione, vuoi che il *probation* abbia esito negativo e il rito riprenda il suo corso). Inoltre, si tratta di un vaglio fondato su una regola di giudizio attenuata proprio in punto di superamento della presunzione di innocenza dell'imputato, giacché, come nel patteggiamento e a differenza di quanto avviene in dibattimento, il proscioglimento è pronunciato non in presenza di un ragionevole dubbio sulla colpevolezza, ma alla luce della prova di innocenza; in altri termini, la responsabilità del prevenuto è ritenuta sulla base di una

¹⁷ In questi termini F. Caprioli, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *CP* 2012, 11, che peraltro si limita a sottolineare semplicemente come l'istituto presupponga un accertamento della responsabilità del prevenuto almeno nei termini in cui si opera nel patteggiamento (ossia ex art. 129 Cpp), prima del provvedimento sospensivo.

verifica della colpevolezza non “in positivo”, ma “in negativo”¹⁸. Il “trattamento” in cui si sostanzia la messa alla prova, dunque, non giustifica una totale inerzia accertativa, bensì un affievolimento, sia sul versante della stabilità del giudizio, che su quello della regola decisoria e della qualità degli atti sui quali si fonda. Se sotto quest’ultimo profilo, la deroga è pacificamente ammessa in nome del consenso dell’imputato dall’art. 111 co. 5 Cost., ci si deve chiedere se il *vulnus* parziale alla presunzione di innocenza sia tollerabile o meno. E, benché non si tratti di percorso facile, sembra si possa ritenere di sì.

L’istituto, infatti, è fondato sulla scelta libera e volontaria dell’imputato, il quale consapevolmente decida di avvalersi di una strategia che gli consente di ottenere un vantaggio cospicuo in termini di esito del procedimento, sicché, pur a fronte della sua responsabilità (almeno nella forma della non evidente innocenza), egli possa ottenere una decisione di proscioglimento a fronte dello svolgimento di un itinerario risocializzante costituito integralmente da attività da lui concordate con i servizi sociali ed accettate consapevolmente. L’istituto, in tal modo, si connota come soluzione integralmente *in bonam partem*, che si offre come opzione premiale aggiuntiva alle strategie difensive dell’imputato. Già in passato si è ammesso che la presunzione di non colpevolezza possa incontrare limitazioni in forza della libera scelta dell’imputato, a condizione che a questi si offra un beneficio che compensi ragionevolmente la rinuncia¹⁹. In questa prospettiva, a fungere da termine di bilanciamento con la presunzione di innocenza, è lo stesso diritto di difesa, giacché la rimessione all’imputato di una scelta che, a fronte di determinate prestazioni volontariamente assunte, gli garantisce l’esito favorevole del processo, assicura che l’affievolimento del precetto costituzionale sia ispirato alla tutela delle ragioni dell’imputato medesimo. In altri termini, si può affermare che il principio di cui all’art. 27 co. 2 Cost. sia parzialmente disponibile, purché a date condizioni. Esso non deve essere obliterato del tutto, innanzitutto, ma, come si è visto, non è questo il caso nella disciplina del *probation* per adulti. Inoltre, la manifestazione di volontà deve concernere diritti disponibili, incontrando il proprio limite naturale nell’invulnerabilità della libertà personale (oltre che della dignità della persona e, in quest’ambito, della “libertà morale”, ossia della capacità di autodeterminazione)²⁰. Inoltre, la volontà dell’imputato non deve essere neppure indirettamente coartata, né la gestione della reazione istituzionale al reato essere lasciata alle sue scelte arbi-

¹⁸ R. Orlandi, *op. cit.*, 751, ove si sottolinea l’affinità dell’istituto, sotto questo profilo, con il patteggiamento.

¹⁹ V. già, in tema, G. Illuminati, *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Bologna 1979, 86, con riferimento ad ipotesi in cui l’imputato potrebbe non aver interesse a contestare l’addebito, «sottomettendosi spontaneamente alla sanzione» (come nel caso dell’oblazione e, oggi, del patteggiamento).

²⁰ Sotto questo profilo sembrerebbe ben più serio il problema posto dal patteggiamento, che pure condivide con l’istituto in esame la regola di giudizio e che ammette *tout court* l’applicazione di una sanzione penale, anche detentiva, sulla base della richiesta dell’imputato.

trarie: entrambi profili, questi, che impongono la costruzione di un rapporto di ragionevole proporzione tra la gravità del fatto commesso (e quindi l'entità delle sanzioni che per esso potrebbero applicarsi nel rito ordinario) e la natura e consistenza delle prestazioni oggetto della misura alternativa richiesta²¹. Quando, però, ad essere oggetto della transazione con le istituzioni non sia la soggezione a una limitazione di libertà personale, ma prestazioni riparatorie, conciliative o attività risocializzanti in genere, come il volontariato o il lavoro, si può ammettere che l'imputato possa disporre delle proprie prestazioni in misura ragionevole e metterle al servizio della collettività o della vittima, per ottenerne in cambio la chiusura in senso proscioglitivo della sua vicenda processuale. Certo, in questa prospettiva sono i contenuti riparativi della misura a risultare cruciali, almeno nel senso che il bilanciamento proposto regge dal punto di vista costituzionale tanto più, quanto meno si connotano in termini sanzionatori i contenuti della misura, di certo per quanto riguarda le limitazioni della libertà personale.

È naturale, dunque, che sia il lavoro di pubblica utilità la componente del *probation* che crea maggiori difficoltà²². Anche questo, tuttavia, è un profilo risolvibile. Il lavoro di pubblica utilità, infatti, è componente del programma che comunque è oggetto di consenso e deve altresì essere costruito, quanto a tempi e modi, in base a logiche di compatibilità con le esigenze di varia natura dell'imputato che lo accetta. Il profilo che lascia perplessi sta nel suo essere una reazione del sistema all'illecito che assume varie forme, oramai, nel sistema e che costituisce tra l'altro anche una forma di pena principale già nel rito penale di pace. Anche in questo caso, tuttavia, il fatto che si tratti non di una soggezione, ma di una prestazione attiva assunta volontariamente, sembrerebbe giustificare anche il suo inserimento legittimo nei programmi di messa alla prova, fatte salve alcune condizioni. Esso non dovrebbe mai implicare, innanzitutto, limitazioni di libertà in senso stretto, che non sarebbero coperte dal

²¹ Non sfugge a questa ricostruzione, dunque, il profilo della meritevolezza di pena, ossia della costruzione di una risposta istituzionale al reato che sia congrua con la sua materiale offensività, che trova copertura costituzionale anch'essa, all'art. 27 co. 3 Cost.

²² In generale, v. G. Mannozi, *op. cit.*, 784. Chi critica maggiormente l'assetto del nuovo istituto, inoltre, ne sottolinea in qualche modo il maggior tasso sanzionatorio rispetto ad istituti affini, come l'estinzione del reato per condotte riparatorie, ex art. 35 d.lgs. 28.8.2000 n. 274, o la riparazione con effetto estintivo di cui agli artt. 19-24 d.lgs. 19.12.1994, n. 758, sulle contravvenzioni in tema di sicurezza sul lavoro, e persino l'oblazione, nei quali invece prevarrebbe la componente delle prestazioni "risarcitorie o di condotte virtuose idonee a degradare l'illecito da penale ad amministrativo", integrando così una sorta di depenalizzazione per via processuale (R. Orlandi, *op. cit.*, 747 s.). Ne deriva che, in questa prospettiva, a condannare l'istituto sarebbero i contenuti non riconducibili a tale categoria, ossia diversi dalle prestazioni *stricto sensu* riparative o risarcitorie, nonché tutte quelle non qualificabili come "condotte virtuose" idonee alla degradazione dell'illecito da penale ad amministrativo. Verrebbe in mente, dunque, che il principale "accusato" di una simile chiave di lettura dovrebbe essere il lavoro di pubblica utilità, dato che attività diverse (si pensi al volontariato) difficilmente potrebbero ritenersi "sanzionatorie" o "rieducative" ma non "virtuose".

consenso dell'imputato in ogni caso. Inoltre, per non incorrere nel *vulnus* al divieto di lavori forzati sancito dalle Carte internazionali, dovrebbe sempre essere oggetto di un consenso liberamente espresso e non condizionato o estorto, neppure indirettamente; tale sarebbe, ad esempio, se il vantaggio ottenuto con la prestazione lavorativa rispetto al processo e alle conseguenze punitive potenziali per il reato commesso, fosse eccessivo. In tale ipotesi, infatti, il sistema finirebbe col costringere di fatto l'imputato a seguire il percorso alternativo, che risulterebbe l'unico ragionevolmente affrontabile²³. Nel caso che ci occupa, però, non sembra che ci sia questo rischio. L'ambito ristretto degli illeciti cui la messa alla prova è applicabile implica che i rischi correlati all'eventuale prosecuzione del rito fino al suo epilogo naturale, in luogo della messa alla prova, non costituiscano una prospettiva particolarmente minacciosa²⁴; semmai, anzi, sarebbero tanto blandi da non fare della messa alla prova neppure una soluzione particolarmente appetibile, sicché il problema della coazione indiretta sulla volontà dell'imputato non sembra porsi seriamente.

A questi argomenti, infine, possono aggiungersi le altre componenti o ricadute della messa alla prova che trovano rilievo costituzionale, come la ragionevole durata dei processi (art. 111 co. 2 Cost.)²⁵ o il soddisfacimento (anche questo in tempi rapidi) degli interessi della vittima, che pure, essendo tarati sulla dimensione sostanziale dell'interesse protetto dalla fattispecie violata, dovrebbero avere rilievo costituzionale. Anche questi valori potrebbero adeguatamente sostenere, congiuntamente considerati e in sinergia con il consenso dell'imputato e con il suo diritto di difesa, un insieme idoneo a sorreggere nel sistema forme di attenuazione della presunzione di non colpevolezza.

Lo sforzo in questa direzione, del resto, appare indispensabile, giacché, ad aderire all'impostazione critica appena rammentata, non sembra che altre discipline, affini a quella della neonata messa alla prova, potrebbero agevolmente sottrarsi allo stesso tipo di censura e sopravvivere indenni nell'ordinamento. Se si nega che possano trovare cittadinanza nel sistema tutti gli strumenti che consentono all'imputato di guadagnarsi il proscioglimento (di regola, attraverso l'estinzione del reato) in forza di condotte meritevoli tenute in corso di procedimento e quindi prima dell'accertamento definitivo della responsabilità, si deve ammettere che sotto la scure di tale ragionamento dovrebbero cadere non solo istituti più recenti, come l'estinzione del reato per condotte riparative (art. 35 d.lgs. 28.8.2000, n. 274), ma anche altri più consolidati come la messa alla prova a carico di minorenni, e persino discipline "storiche" come l'estinzione del reato per oblazione. A poco varrebbe invocare per questi peculiarità *extra ordinem* che ne giustificano la per-

²³ F. Caprioli, *op. cit.*, 13.

²⁴ M. Miedico, *Sospensione*, cit., 3.

²⁵ Per il possibile bilanciamento tra la presunzione di non colpevolezza e il canone di ragionevole durata, v. P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino 2008, 302 s.

manenza nel sistema²⁶. Se è la componente sanzionatoria a risultare centrale per escludere la compatibilità dell'esecuzione anticipata di prestazioni per lucrare l'estinzione del reato prima e in alternativa a una condanna, l'oblazione dovrebbe reputarsi incostituzionale *tout court*, dal momento che è esplicito, in tal caso, che il pagamento anticipato di una somma di danaro all'erario dello Stato sia solo la volontaria esecuzione di una pena pecuniaria, cui sfugge ogni profilo riparativo. La stessa estinzione del reato *ex art. 35 d.lgs. 274/2000*, che ha per definizione un'impronta riparativa, è tuttavia fondata prevalentemente sul risarcimento del danno e sulle restituzioni, ossia è segnata da una forma di ristoro di tipo pecuniario, cui non può dirsi estranea una componente sanzionatoria più che riabilitativa e che comunque costituisce nitidamente il "contrappasso" per l'illecito commesso; inoltre, la natura dell'attività richiesta non potrebbe scalfire un'impostazione critica tanto rigida: se fosse vero che nessuno può essere mai trattato, in alcun modo e a nessuna condizione, come colpevole fino alla condanna definitiva (e che la sua volontà sul punto non conta, né ragioni di economia, rieducazione o dignità umana, quanto agli adulti, varrebbero a consentirlo), non potrebbero comunque essergli richieste prima di tale momento prestazioni di alcun genere che ne presuppongano logicamente la responsabilità. Quanto al precedente della messa alla prova per minorenni, considerare la tensione rieducativa sottesa al rito minorile o la "speciale" protezione della sua umana dignità come obiettivo che giustifica deroghe ai principi cardine del sistema come la presunzione di innocenza, rischia di tradursi in una pericolosa tautologia: a giustificare la deroga a un canone che protegge la dignità umana, sarebbe proprio l'esigenza di proteggere tale dignità, peraltro quando ad esserne titolare è un soggetto vulnerabile. Saremmo di fronte al paradosso per cui per proteggere un minore dai rischi di un processo per verificarne la colpevolezza, si potesse accettare il rischio di sottoporre alla prova un innocente²⁷, in tal modo minando di certo gli equilibri psicologici ed esistenziali proprio di chi non lo merita affatto²⁸.

²⁶ Sul punto, più ampiamente, si vedano le riflessioni di R. Orlandi, *op. cit.*, 746 ss.

²⁷ Nulla sarebbe più incoerente alla luce degli stessi scopi del rito penale minorile. Ogni forzatura delle garanzie fondamentali in nome della pedagogizzazione del rito produrrebbe, infatti, esiti distorti: «l'imputato innocente non potrebbe che percepirla come un'ingiusta e intollerabile irruzione dello Stato nel suo percorso evolutivo; l'imputato colpevole ne riceverebbe un diseducativo messaggio di paternalistico indulgenzialismo» (G. Giostra, *sub Art. 1*, in AA.VV., *Il processo penale minorile*³, Milano 2009., 15, peraltro considerando ammissibile la rinuncia al processo che la messa alla prova minorile comporta).

²⁸ Rischio tanto più elevato nel rito minorile, ove il presupposto del consenso dell'imputato alla messa alla prova è assai fragile, perché per definizione più esposto a pressioni, condizionamenti e persino manipolazioni. In altri termini, ove l'imputato sia minorenne, sarebbe assai più facile e statisticamente frequente che, in assenza di accertamento di responsabilità e in nome di verifiche giurisdizionali blande, con l'alibi di "proteggere" l'imputato fragile, questi venisse di fatto "costretto" a sottoporsi a prova per un reato mai commesso. Quello stesso parametro consensuale che per gli

Come in altri ordinamenti prima del nostro, dunque, le ragioni dell'economia processuale e quelle della giustizia riparativa possono tradursi in soluzioni precoci del rito²⁹, soddisfattive degli interessi della vittima e di quelle della collettività, solo a patto di ammettere una certa flessibilità operativa anche rispetto a canoni di fondo, letture troppo rigide (o "mitizzazioni") dei quali rischiano di condurre all'implosione del sistema o, peggio, a pericolose soluzioni radicali, volte a ridimensionare o persino a rinunciare *tout court* a quegli stessi canoni già nella legge fondamentale³⁰.

2. L'istituto della sospensione del processo con messa alla prova trova la propria disciplina solo in parte nel codice di rito. La sua struttura è infatti disegnata da una trama complessa, articolata tra il codice penale (artt. 168-*bis* - 168-*quater* Cp), il codice di procedura penale (artt. 464-*bis* - 464-*novies* e 657-*bis* Cpp) e le disposizioni di attuazione a quest'ultimo (artt. 141-*bis* e 141-*ter* NAttCpp). Si tratta di una scelta sistematica salomonica e plausibile, ma che complica non poco i percorsi esegetici di un istituto già di per sé complesso; alcuni profili cruciali, ad esempio, sono inseriti nelle norme attuative, che vanno tenute costantemente presenti nell'interpretazione di quelle codicistiche, di cui talora valgono a chiarire o integrare in maniera significativa il senso. La scissione tra norme sostanziali e processuali è invece piuttosto netta e lascia al codice penale la definizione dell'area operativa e della natura giuridica della messa alla prova, che produce una causa di estinzione del reato; al codice di procedura penale affida la costruzione del *probation* come ulteriore rito alternativo a base consensuale³¹, non a caso posto a chiusura del libro VI, dedicato ai procedimenti speciali.

adulti funge da scudo agli abusi e agli errori, aprendo la misura ai calcoli fisiologici delle consapevoli strategie di parte, per il minore garantisce in pratica meno e dovrebbe essere semmai accuratamente verificato.

²⁹ Interessante, in proposito, l'analisi comparatistica di B. Bertolini, *Esistono autentiche forme di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18.11.2014, 6, ove si rammenta l'esperienza austriaca, in cui il *probation* è ritenuto idoneo a derogare parzialmente alla presunzione di innocenza, in nome del consenso dell'imputato, purché "debitamente informato" e "continuativo".

³⁰ È il caso della discrezionalità dell'azione penale, sempre in agguato laddove si respingano le soluzioni più originali sperimentate in altri ordinamenti e *lato sensu* riconducibili alla matrice della *diversion* o del *probation*, in nome della cristallina coerenza dogmatica con i principi di fondo del sistema. La lettura rigida di quei principi, infatti, nel momento in cui porti a respingere gli istituti che allenterebbero le rigidità del sistema in nome dell'efficienza e della celerità, alimenta gli argomenti di chi quegli stessi principi vorrebbe smantellare, come avviene quanto all'art. 112 Cost. ogni qual volta si osservi che la congestione insopportabile dei carichi di lavoro rende il sistema ingestibile e, di fatto, iniquo, sicché meglio sarebbe eliderlo e ammettere quell'azione discrezionale che consentirebbe di selezionare i procedimenti da perseguire e smaltirebbe agevolmente i carichi, anche facilitando soluzioni come la mediazione o il *probation*, che altrove sono gestiti prima della fase processuale dagli organi della pubblica accusa o, addirittura, dalla polizia.

³¹ R. Orlandi, *op. cit.*, 749. Va detto che la "doppia veste" della messa alla prova ha prodotto una discussione a livello di disciplina transitoria, giacché, in assenza di

Presupposti e condizioni per l'ammissione al *probation* sono suddivisi tra il codice penale e quello di procedura penale. È la legge sostanziale, innanzitutto, a delimitare l'ambito di applicazione dell'istituto, stabilendo precisi limiti oggettivi e soggettivi al suo operare. I primi sono riferibili ai reati per cui si procede, che per consentire la messa alla prova devono essere ricompresi nella cornice edittale dei quattro anni di pena massima ovvero essere puniti con pena pecuniaria, o infine far parte dell'elenco di cui all'art. 550 co. 2° Cpp (art. 168-*bis* co. 1° Cp); i secondi si riferiscono a particolari figure soggettive di esclusi dal rito perché, sembra, portatrici di un elevato tasso di pericolosità presunta (delinquenti o contravventori abituali o professionali, delinquenti per tendenza) (art. 168-*bis* co. 5 Cp)³². Un ulteriore limite oggettivo è rinvenibile, infine, nell'art. 168-*bis* co. 4 Cp, secondo il quale la messa alla prova non può essere concessa più di una volta³³.

Nel codice di rito penale, invece, sono stati collocati i presupposti per l'accesso alla misura, che possono suddividersi in sostanziali e processuali. Dal punto di vista sostanziale, i requisiti per l'ammissione alla messa alla prova sono rinvenibili nell'art. 464-*quater* co. 3 Cpp, che indica le condizioni concorrenti sulla base delle quali il giudice può ammettere la richiesta di accesso al *probation* ritualmente formulata: l'esistenza di un idoneo programma di trattamento e una prognosi di recidiva favorevole all'imputato³⁴. Si tratta di due condizioni distinte, anche se vanno lette congiuntamente, dal momento che la valutazione finale affidata al giudice va svolta in concreto mettendole in relazione l'una

norme esplicite sul punto, ci si chiede se ne debba prevalere la natura di causa di estinzione del reato (con conseguente applicazione dell'art. 2 co. 4° c.p. ed applicabilità immediata anche per fatti pregressi, in stadi del procedimento successivi a quelli individuati come sbramamento dalla legge) o di rito alternativo (con applicazione del principio *tempus regit actum* e relativa inapplicabilità ai procedimenti in corso che siano in stato troppo avanzato rispetto alle soglie di cui all'art. 464-*bis* Cpp). Nel primo senso, soprattutto in forza dell'art. 25 Cost. e 7 Cedu, v. G. Pecorella, *La messa alla prova ... alla prova delle Sezioni Unite*, in *CP* 2014, 3156; nonché R. Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovraffollamento?*, in *DPP* 2014, 672; A. Marandola, *op. cit.*, 684; F. Picciché, *Alle Sezioni Unite la questione dell'applicabilità del nuovo istituto della messa alla prova ai processi in corso*, in www.penalecontemporaneo.it, 2.10. 2014, 3; e infine Cass. 9.7.2014, n. 30559, *cit.*, che ha opportunamente rimesso la questione alle Sezioni Unite. Nel secondo, in ossequio agli scopi deflattivi dell'istituto, C. Pecorella, *op. cit.*, 2; ed altresì Cass. 31.7.2014, Ceccaroni, n. 35717, in *CEDCass*, m.259935.

³² Vi si può aggiungere pacificamente lo *status libertatis* dell'imputato, almeno nel senso che non possa essere sottoposto a misura detentiva o non detentiva incompatibile con l'assolvimento degli obblighi del programma: cfr. A. Marandola, *op. cit.*, 678.

³³ Sull'estremo rigore della clausola, che, ad avviso dell'Autore, implica l'inesistenza della prova a procedimenti distinti anche se pendenti presso il medesimo ufficio, v. F. Fiorentin, *Una sola volta*, *cit.*, 70 s.

³⁴ Secondo M. Montagna, *op. cit.*, 399, il giudice sarebbe anche tenuto a valutare la gravità del fatto, benché la legge non ne faccia menzione, anche al fine di verificare l'an della prova. Per R. Bartoli, *op. cit.*, 668, invece, il vaglio di congruità sarebbe correlato all'esigenza di proporzione tra reato commesso e contenuto afflittivo della prova.

con l'altra. La clausola precisa, infatti, che il giudice deve formulare il proprio giudizio in base ad un programma di prova la cui "idoneità" postula un giudizio di relazione rispetto ad un obiettivo perseguito, rintracciabile proprio nell'effetto positivo che l'adempimento del programma può riverberare sulla capacità a delinquere dell'imputato³⁵: in tanto il progetto di prova è idoneo, in quanto si può pronosticare che sia tale da indurre l'imputato a non violare ulteriormente la legge penale. La prognosi di non recidiva, in altri termini, finisce coll'essere il punto di riferimento teleologico della misura, giacché altrimenti rimarrebbero "vuoti di fini" e di contenuti sia il concetto di "trattamento" evocato dalla clausola, sia la valutazione degli esiti della prova, che è disegnata dall'art. 464-septies co. 1 Cpp nei termini oggettivi, ma generici, della valutazione del comportamento e del rispetto delle prescrizioni imposte. Naturalmente, la prognosi di non recidiva dovrà comunque riguardare anche l'andamento della prova, dal momento che, ove l'imputato mostri tratti di pericolosità che inducano a ritenere vi sia la probabilità che commetta reati, la prova sarebbe già votata al fallimento e il giudice non dovrebbe ammetterla³⁶. Del resto, è in relazione a questo profilo che si impone al giudice di valutare se il domicilio indicato dall'imputato nel programma assicuri le esigenze di tutela della vittima del reato: è evidente che si tratta di una cautela atta a prevenire il rischio di illeciti ulteriori commessi in danno dell'offeso durante lo svolgimento della prova. Quanto alla bussola normativa affidata al giudice per orientarsi in tale vaglio, il legislatore la indica nell'art. 133 Cp, clausola consolidata di riferimento, oltre che per la determinazione del *quantum* sanzionatorio, anche per l'ammissione a misure di *diversion* per le quali il legislatore abbia preferito glissare sui canoni decisori: in sede minorile, ad esempio, è stata la giurisprudenza a fare della norma penalistica il proprio punto di riferimento³⁷, sicché è bene che in questa occasione il legislatore l'abbia preceduta, indicandola come chiave di lettura dell'ammissibilità del rito sin dall'inizio. Il richiamo alla norma vale anche ad evitare i dubbi di costituzionalità che, altrimenti, avrebbero potuto sollevarsi in punto di armonizzazione dell'istituto con il principio di legalità; l'art. 133 Cp è infatti considerato abbastanza solido oramai, nel sistema, tanto da consentire di parlare di sufficiente determinatezza dei relativi indicatori³⁸.

³⁵ Sulla necessità di calibrare il giudizio di idoneità del programma agli scopi ri-socializzanti dell'intero istituto, v. M. Montagna, *op. cit.*, 401. R. Bartoli, *op. cit.*, 667, parla di «capacità del programma di incidere sulla personalità reale del soggetto».

³⁶ Cfr. R. Bartoli, *op. cit.*, 668. Avanzava a suo tempo delle perplessità su una valutazione *ex ante* effettuata dal giudice in ordine alla pericolosità dell'imputato, F. Caprioli, *op. cit.*, 10, peraltro rispetto alle proposte di legge allora pendenti in sede parlamentare.

³⁷ Cfr., volendo, C. Cesari, *sub art. 28*, in AA.VV., *Il processo penale minorile*, cit., 327 s.

³⁸ Ciò non toglie, comunque, che la valutazione che deve impiegarlo come strumento principale non sia estremamente complessa, anche alla luce del fatto che potrebbe toccare aspetti della personalità dell'imputato (come del reo in sede di quanti-

Più complesso, invece, il panorama dei presupposti processuali, da ricostruire in base all'esame dell'insieme delle attività e verifiche da effettuare preliminarmente in seno al rito, perché il giudice possa legittimamente sospenderlo e mettere l'imputato alla prova.

È, innanzitutto, essenziale alla sospensione la richiesta proveniente dall'imputato, che fa del *probation* un rito fondato sulla manifestazione di volontà dell'accusato, che non basta neppure che aderisca alla misura, ma deve esplicitamente e personalmente richiederla. Sembra trattarsi di un potere assegnatogli in esclusiva, dal momento che la richiesta non può provenire da altri soggetti, né è contemplata un'ammissione *ex officio* della sospensione³⁹. Il consenso dell'imputato, del resto, è condizione cruciale di legittimità dell'istituto sotto il profilo costituzionale⁴⁰. È solo la scelta libera e consapevole del protagonista del processo a giustificare lo svolgimento di un'attività che ne presuppone la colpevolezza, benché l'accertamento di essa sia provvisorio ed effettuato in base ad una regola di giudizio affievolita (art. 27 co. 2 Cost.). È solo la sua volontà a consentire, se del caso, l'impiego per tale statuizione di atti non formati in contraddittorio (art. 111 co. 5 Cost.). È solo la sua libera scelta ad autorizzare il sistema a chiudere anticipatamente il processo con una decisione che ne presuppone logicamente la responsabilità senza avergli dato le *chances* difensive che solo la fase dibattimentale può offrire (art. 24 co. 2 Cost.).

Non è invece richiesto, in linea di principio, il consenso delle altre parti, che sull'ammissibilità della prova devono soltanto essere «sentite», esprimendo così un parere obbligatorio, ma non vincolante. Sotto questo profilo, la messa alla prova si qualifica come rito consensuale, ma non necessariamente negoziale, almeno non nel senso che si debba trattare di un negozio bilaterale, coinvolgente la volontà della parte avversa. In un solo caso questa è necessaria e la messa alla prova assume i caratteri del negoziato tra le parti principali del processo, ossia quando la richiesta venga avanzata dall'indagato in fase investigativa. In questa ipotesi, infatti, è l'art. 464-ter Cpp a stabilire esplicitamente che debba essere richiesto il consenso del p.m. alla messa alla prova e che esso, se concesso, debba coincidere con l'esercizio dell'azione penale venendo corredato della formulazione dell'imputazione.

ficazione della sanzione) per i quali sono pochi gli elementi di conoscenza normalmente disponibili nel rito penale per adulti. Il giudice dovrà quindi far uso di elementi prevalentemente fattuali (come i precedenti o il tipo di reato), cui però nel caso in esame si aggiungono i risultati dell'inchiesta sociale dei servizi e gli ulteriori elementi che d'ufficio il giudice stesso può far raccogliere. Persuade meno, invece, la considerazione per cui il giudice dovrebbe spingersi a valutazioni sinora tipiche del solo rito minorile, come quelle che, oltre ai precedenti dell'imputato, ne valutino il sistema di vita per verificare se la commissione del reato sia o meno frutto di un disagio transitorio, o addirittura la considerazione dell'eventuale confessione come segno di respicenza (in tal senso, v. invece M. Montagna, *op. cit.*, 404).

³⁹ F. Fiorentin, *Una sola volta*, cit., 72.

⁴⁰ E non solo: M. Montagna, *op. cit.*, 382, rammenta come il consenso dell'imputato assicuri la compatibilità della misura, fondata sul lavoro di pubblica utilità, con il divieto di lavori forzati di cui all'art. 4 § 2 Cedu.

È, infatti, l'azione penale già esercitata un ulteriore presupposto processuale della messa alla prova. La scelta del legislatore è chiara in tal senso: il *probation* presuppone che il rito sia già pervenuto alla fase processuale. Inequivoci e numerosi gli indizi testuali in tal senso, malgrado l'infortunio lessicale in cui è incappato il legislatore, definendo la messa alla prova come ipotesi di sospensione del "procedimento" invece che del "processo". Il protagonista della messa alla prova è sempre definito con l'espressione «imputato». La misura può essere disposta solo in sedi del rito in cui si sia già pervenuti alla fase processuale, essendo già stata esercitata l'azione, con la richiesta di rinvio a giudizio, la citazione diretta o la richiesta di un rito alternativo, come la richiesta di giudizio immediato o di decreto penale di condanna o l'avvenuta instaurazione del giudizio direttissimo (art. 464-*bis* co. 2 Cpp). Ove invece la richiesta sia proposta in fase preliminare, la legge richiede al p.m. di aderirvi, formulando in caso positivo l'imputazione e in tal modo portando il rito alla fase processuale (art. 464-*ter* co. 1 Cpp). Del resto, l'esito positivo della prova viene sancito con «sentenza» e presuppone quindi l'esercizio dell'azione (art. 464 Cpp); e la stessa prosecuzione dell'*iter* giudiziario, in caso di esito negativo della prova, è riferita al «processo» dall'art. 464-*septies* co. 2° Cpp. Va da sé, dunque, che la messa alla prova debba necessariamente collocarsi in uno stadio del rito che presuppone che il p.m. abbia ritenuto gli elementi raccolti in fase di indagine sufficienti a sostenere l'accusa in giudizio.

A questo, peraltro, è collegato anche l'ulteriore presupposto fondamentale per l'ammissione del *probation*, ossia l'esistenza di un accertamento (sia pur precario) della responsabilità penale dell'imputato per il fatto ascrittogli, almeno con le modalità di cui all'art. 129 Cpp, notoriamente anche questo applicabile solo dopo l'esercizio dell'azione penale. Il richiamo alla clausola vale ad assicurare anche alla messa alla prova il raggiungimento di un sufficiente grado di certezza in ordine alla colpevolezza dell'imputato⁴¹ ed evita all'istituto di entrare radicalmente in rotta di collisione con l'art. 27 co. 2 Cost., garantendo che la sottoposizione dell'imputato al programma di prova sia fondata – se non su una verifica della responsabilità oltre ogni ragionevole dubbio – almeno sull'insussistenza di evidenti ragioni di proscioglimento che possano essere immediatamente dichiarate. Sotto questo profilo, l'istituto richiama nitidamente il precedente dell'applicazione della pena su richiesta, consentendo al giudice, sulla base di una manifestazione di volontà dell'imputato, di pervenire ad una statuizione di colpevolezza anche nelle situazioni dubbie, che in sede dibattimentale, al contrario, giustificherebbero un proscioglimento. Del resto, che un accertamento di responsabilità dell'imputato messo alla prova debba essere compiuto in qualche modo, è pacifico. La trama normativa di riferimento evoca, infatti, questo passaggio come ineludibile in più punti. Quando il giudice deve valutare l'ammissibilità della richiesta, è chiamato a stabilire se reputa che l'im-

⁴¹ Per l'indispensabilità di questo passaggio, v. già F. Caprioli, *op. cit.*, 9 s.

putato si asterrà dal commettere reati «ulteriori» (art. 464-*quater* co. 3° Cpp), presupponendo che sia responsabile per quello in riferimento al quale è messo alla prova; e anche l'art. 168-*quater* n. 2 Cp indica tra le possibili cause di revoca la commissione di un «nuovo delitto»⁴². Inoltre, l'art. 168-*ter* co. 2 Cp precisa che l'estinzione del reato per esito positivo della prova «non pregiudica l'applicazione delle sanzioni amministrative accessorie, ove previste dalla legge», così ammettendo che trovi applicazione una categoria di sanzioni che presuppone la colpevolezza dell'imputato per il reato ascrittogli. Infine, gli stessi contenuti della prova, identificati dall'art. 168-*bis* Cp, tra l'altro, nella prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato o al risarcimento dei danni da esso provocati, ne implicano quanto meno l'accertamento⁴³.

Una volta, poi, che la sussistenza del reato e la sua ascrivibilità all'imputato siano accertate, almeno nei termini di cui all'art. 129 Cpp, il vaglio sull'ammissione della prova implica che sia chiara al giudice la strategia di risocializzazione cui l'imputato aderisce. In altri termini, al momento della decisione deve essere già a disposizione del giudice che procede il programma di intervento in cui la prova si sostanzia.

3. Costituisce presupposto processuale ineludibile per la sospensione del rito con messa alla prova, l'esistenza di uno specifico programma trattamentale, le cui dinamiche di formazione e i cui contenuti sono rintracciabili sia nella disciplina sostanziale che in quella processuale e, quanto a quest'ultima, tanto nella normativa codicistica quanto nelle disposizioni attuative.

Il programma di prova, innanzitutto, deve preesistere alla decisione del giudice sull'ammissione dell'imputato alla prova, visto che il vaglio positivo sulla sua "idoneità" è condizione essenziale perché la prova sia concessa. Di qui l'attribuzione all'imputato dell'onere di richiederne l'elaborazione ai servizi sociali e presentarlo al giudice procedente in allegato alla richiesta volta ad ottenere la sospensione del rito e l'ammissione al *probation*. Solo in caso di impossibilità di definire il programma, infatti, l'interessato è autorizzato ad allegare alla propria richiesta l'istanza di elaborarlo.

In ogni caso, a definire i contenuti del progetto di prova sono i servizi sociali, ossia gli uffici locali di esecuzione penale esterna, ai quali deve essere presentata la relativa richiesta. A ben guardare, anzi, la richiesta ai servizi sociali di metter mano all'elaborazione del programma di prova sembra dover essere il primo passo dell'imputato verso l'ammissione alla misura. L'art. 141-*ter* co. 2 NAttCpp., infatti, letto congiuntamente all'art. 464-*bis* co. 4 Cpp, postula che, prima ancora della formalizzazione della richiesta di sospensione del processo rivolta al giudice che procede, l'imputato debba presentare apposita richiesta al-

⁴² M. Montagna, *op. cit.*, 406; in passato, già sui progetti legislativi all'esame degli organi parlamentari, F. Caprioli, *op. cit.*, 10.

⁴³ F. Caprioli, *op. cit.*, 10; M. Miedico, *Sospensione*, cit., 2.

l'u.e.p.e. competente per l'elaborazione, «d'intesa» con questo, del progetto che andrà poi allegato all'istanza di messa alla prova e del quale il giudice dovrà poi valutare l'idoneità, se del caso procedendo ad integrazioni o correttivi (art. 464-*quater* co. 3 e 4 Cpp). È ragionevole pensare che tale richiesta debba avere i medesimi caratteri dell'istanza cui è funzionale, anche per l'impegno personale e le possibili ricadute processuali che comporta per l'interessato: essa, quindi, dovrebbe essere atto personalissimo dell'imputato ed essere sottoscritta da lui personalmente o da un suo procuratore speciale, con firma autenticata ai sensi dell'art. 583 co. 3 Cpp. Ad essa, inoltre, l'imputato può allegare gli atti rilevanti del procedimento in corso, oltre che osservazioni e proposte che reputi utili (art. 141-*ter* co. 2NAttCpp). Il corredo argomentativo a sostegno dell'istanza lascia aperta qualche perplessità, peraltro, giacché è descritto in termini perentori quanto agli atti del procedimento che siano rilevanti, quasi si trattasse di un obbligo. Sembra, piuttosto, che si tratti di un onere, giacché – anche a non voler considerare il fatto che il procedimento potrebbe anche trovarsi ad uno stadio precoce in cui l'imputato sappia poco o nulla del fascicolo di indagine – lo stesso concetto di “rilevanza” affida all'istante e alla sua difesa la valutazione autonoma di quanto possa reputarsi utile ai servizi per procedere e, dunque, una selezione degli atti disponibili funzionale all'obiettivo perseguito, ossia la formulazione di un progetto di prova idoneo ad ottenere la sospensione. Va da sé che analoga libertà di scelta ha la difesa quanto agli atti che abbia direttamente formato nel corso delle proprie investigazioni, li abbia o meno già impiegati nel procedimento in corso. Semmai, ove non siano stati oggetto di produzione in una precedente occasione, ci si può chiedere se non vadano depositati, a quel punto, anche a beneficio del giudice procedente: certo è che la difesa che li esibisca ai servizi sociali deve mettere in conto che questi possano successivamente riferirne al giudice nel redigere le proprie considerazioni a sostegno del progetto. Quanto alle osservazioni e proposte, si tratterà del contributo che lo stesso imputato può offrire sin dall'inizio agli uffici rispetto alle attività che è disponibile ad effettuare, ad esempio quanto alla riparazione o alla mediazione, alle attività di volontariato o al lavoro (magari avendo già la disponibilità di un soggetto o di un ente presso il quale svolgerli); ma potrebbe anche segnalare profili che escludano l'esigenza o la possibilità di prevedere specifiche prestazioni, come sarebbe, ad esempio, nell'ipotesi in cui abbia già avuto contatti con la vittima che escludano ogni possibilità di mediazione o abbia invece già provveduto, in tutto o in parte, al ristoro del danno da reato.

È poi l'ufficio di esecuzione penale esterna ad assumersi la responsabilità di formulare il programma, anche in base alle informazioni autonomamente raccolte mediante apposita indagine socio-familiare. Questa, anzi, deve essere abbastanza dettagliata, dal momento che si richiede poi all'ufficio di rendere conto specificamente al giudice, nell'indagine stessa o nelle considerazioni che accompagnano il programma, di profili come le possibilità economiche dell'imputato, la capacità e possibilità di svolgere attività riparatorie o la possibilità di effettuare at-

tività di mediazione, anche avvalendosi di centri o strutture pubbliche o private presenti sul territorio.

Sembra, insomma, che le verifiche affidate ai servizi sociali al fine di redigere il programma siano piuttosto articolate. *In primis*, si chiede loro di procedere ad una sorta di “inchiesta sociale”, con qualche affinità con quella prevista dall’art. 9 d.P.R. 22.9.1988, n. 448 per il rito penale a carico di minorenni, ma con essa non coincidente; è evidente, non a caso, che la definizione come indagine “socio-familiare”, benché rischiosa in ogni caso, sia il frutto dello sforzo di escluderne profili personali che nel rito penale a carico di adulti non potrebbero essere oggetto di verifica specialistica *ex art.* 220 co. 2 Cpp e, ove raccolti, non potrebbero essere utilizzati. Questo tipo di accertamento, dunque, dovrebbe riguardare elementi più oggettivi, come la struttura e composizione familiare, la gestione della vita quotidiana, il lavoro, il *milieu* di riferimento, le risorse attivabili sul territorio o nel contesto esistenziale dell’imputato in un eventuale percorso di prova.

Gli uffici dovranno, quindi, verificare la possibilità materiale che l’imputato affronti gli oneri delle restituzioni o del risarcimento del danno, anche se è plausibile che controlli sulle condizioni economiche e finanziarie dell’imputato siano più agevoli per il giudice che per i servizi sociali e verranno quindi meglio affrontate dal giudicante nel corso delle sue indagini d’ufficio. Più coerente sembra il compito di vagliare l’effettiva possibilità di svolgere attività *lato sensu* riparatorie, dal momento che la categoria di prestazioni che così si evoca esula dall’ambito limitato del risarcimento monetario del danno causato per estendersi a prestazioni di svariata natura cui poter riconoscere (anche indirettamente o moralmente) valenza riparativa, a favore della vittima come della collettività; si tratterebbe quindi di attività da immaginare e costruire anche insieme all’imputato e che abbiano valenza latamente satisfattiva, su diversi piani, per chi ha subito il reato, e responsabilizzante per chi lo ha commesso. Va da sé che in tal caso le logiche della giustizia riparativa e la funzionalità di simili attività rispetto ai suoi scopi, implicano il coinvolgimento volontario dei protagonisti, sicché è compito cruciale dei servizi sociali verificare e, se del caso, promuovere la disponibilità delle parti interessate (imputato, vittima, danneggiato) ad effettuare e ricevere le prestazioni in cui la riparazione di sostanza. A maggior ragione, analogo *iter* andrà seguito quanto alla mediazione penale, ossia al percorso, non di mera riconciliazione, ma di comprensione e confronto delle reciproche ragioni, che dovrebbe vedere protagonisti vittima e reo. I protocolli in materia prevedono infatti colloqui preliminari, individuazione del mediatore, organizzazione e gestione del percorso mediativo e vaglio finale degli esiti, che richiedono specifiche qualità professionali. In questa fase, agli uffici sembra che spetti l’*input* di una simile procedura, ossia la verifica attraverso colloqui separati con vittima ed imputato della possibilità di effettuare la mediazione e l’individuazione del mediatore cui affidarla in caso positivo, anche accertando l’esistenza delle risorse territoriali necessarie, come centri specializzati, anche privati, di cui eventualmente avvalersi.

Compito cruciale degli uffici, però, sembra essere quello relativo all'individuazione delle attività di lavoro ed eventualmente di volontariato che all'imputato fanno carico come punto del programma (nel caso del lavoro, ineludibile), e che comporta non solo il compito di reperire le occasioni disponibili sul territorio, ma anche di procurare la disponibilità del soggetto o dell'ente presso il quale andranno svolte. Sul punto, infatti, la normativa non tollera genericità, imponendo che siano i servizi sociali ad acquisire l'esplicita adesione al programma degli enti di riferimento (art. 141-ter co. 3 NAttCp.), ossia, stante la genericità del richiamo alle «prestazioni» da effettuare, sia del datore di lavoro che dell'eventuale soggetto, ente od organizzazione presso il quale svolgere attività volontaria.

Il progetto, infine, deve essere redatto, sotto la responsabilità dell'ufficio di servizio sociale competente, che deve però anche procurare su di esso il consenso dell'imputato. Il riferimento all'elaborazione d'intesa con questi e la esplicita menzione del suo assenso espresso al progetto nella sua versione definitiva fanno inequivocabilmente del programma di "trattamento" un risultato condiviso con l'imputato, che, dunque, pur in assenza di specifica previsione normativa, dovrebbe essere verosimilmente sottoscritto personalmente da questi. Solo in tal modo, del resto, può essere attestata l'espressa accettazione degli specifici "impegni" (art. 464-bis co. 4 Cpp) che l'imputato assume nel momento in cui richiede ed accetta di essere messo alla prova in base al percorso risocializzante che il progetto descrive.

Sul programma, peraltro, è prevista la possibilità di intervento successivo del giudice, finalizzata a renderlo idoneo, ove carente o inadeguato, agli scopi della messa alla prova e, quindi, all'ammissione della richiesta. L'art. 464-quater co. 4 Cpp consente al giudice di effettuare le integrazioni o modificazioni che ritenga necessarie e che, in assenza di ulteriori specificazioni, potranno concernere qualsiasi aspetto del programma. In ogni caso, infatti, si tratterà di profili che entreranno a far parte del progetto di prova solo ove l'imputato vi presti specifico assenso, in modo da salvaguardare la natura consensuale della misura e, con essa, la sua legittimità sul piano costituzionale. L'accettazione, proprio per questo, dovrà avere gli stessi caratteri del consenso originario, e quindi essere esplicita e specifica, ossia riferibile a ogni singola modifica indicata dal giudicante, oltre ad essere espressa nelle stesse forme dell'iniziale manifestazione di volontà, quindi personalmente o tramite procuratore speciale nelle forme dell'art. 585 co. 3 Cpp. La possibilità di intervento del giudice, infine, postula che vi sia un progetto con una griglia prescrittiva minimale, benché non ancora adeguata. La norma, infatti, ammette il giudice, chiaramente, ad apportare correttivi che, in linea di principio, dovrebbero risultare marginali e andrebbero effettuati su una trama prescrittiva preesistente; ove le carenze fossero radicali e il progetto "apparente", il giudice non potrebbe redigerlo *tout court*, ma dovrebbe piuttosto respingere la richiesta.

4. I contenuti del programma di prova trovano specifica enunciazione nel testo del codice di rito, all'art. 464-bis co. 3, da mettersi però

in collegamento con quanto previsto dall'art.168-*bis* co. 2 Cp. La disciplina articola i possibili contenuti del programma di prova con dovizia di particolari e schiudendo agli uffici e al giudice precedente numerose possibilità, conformemente alle logiche del *probation*, che implica che il programma riabilitativo applicato all'imputato abbia connotati di flessibilità e, quindi, di spiccata individualizzazione⁴⁴. La messa a disposizione degli organi decidenti (e dello stesso protagonista della prova) di contenuti variegati non solo consente l'esercizio di ampi poteri discrezionali, ma facilita la negoziazione delle attività in cui impegnarsi, agevolando la costruzione di un percorso risocializzante tarato "su misura" dell'imputato, delle sue esigenze e del suo contesto esistenziale, nonché del tipo di illecito commesso e della stessa vittima del reato. Di qui la creazione di un elenco "aperto" di prescrizioni da inserire nei progetti di prova, che, pur individuando categorie di attività dal differente "peso" nella griglia di riferimento, sono da intendersi come non tassative, delineando soltanto la soglia minimale di contenuto che un programma idoneo dovrebbe recare.

L'elencazione di cui all'art. 464-*bis* co. 3 Cpp raggruppa le prescrizioni necessarie in quattro voci, a loro volta articolate in sottoinsiemi che identificano tipologie di prescrizioni o attività differenziate. Inoltre, le categorie di riferimento sono costruite con una certa flessibilità, giacché talora la stessa legge ammette che debbano essere inserite nel programma solo ove "possibile" (lett. *a* e lett. *c*). Quanto ai contenuti concreti, essi per definizione potranno differenziarsi anche marcatamente e risentiranno di fattori del tutto congiunturali, giacché nulla la legge dice o potrebbe dire del pratico atteggiarsi delle prescrizioni, dalla natura delle attività di volontariato sino al tipo di lavoro di pubblica utilità o alle cadenze del percorso mediativo.

A questo disegno, poi, va aggiunto quanto previsto all'art. 168-*bis* co. 2 Cp, che identifica a sua volta i possibili contenuti della prova, sancendo esplicitamente il carattere esemplificativo delle prescrizioni indicate dalla legge⁴⁵, nel momento in cui statuisce che, «tra l'altro», queste possono implicare lo svolgimento di attività di volontariato, i rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, obblighi attinenti alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali. Quest'ultimo gruppo di prescrizioni, inoltre, è indicato come facoltativo visto che la norma afferma che il progetto «può» e non deve contemplarle. La norma sostanziale, poi, considera l'esigenza di prevedere il risarcimento del danno «ove possibile» e, in termini invece perentori, la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato. Aggiunge infine la componente ineludibile del *probation* per adulti, precisando che la concessione della prova è

⁴⁴ M. Miedico, *Sospensione*, cit., 5. V. anche F. Fiorentin, *Volontariato quale forma di "riparazione sociale"*, in *GD* 2014 (21), 78, secondo cui il giudice dovrà tener conto, nel tarare sul singolo imputato i contenuti del progetto, del fatto che possa appartenere a fasce sociali di più marcata debolezza, per condizioni sociali, personali, familiari.

⁴⁵ F. Fiorentin, *Volontariato*, cit., 78.

«subordinata alla prestazione del lavoro di pubblica utilità», che si pone così come contenuto indefettibile della messa alla prova di nuovo conio.

A tirare le fila di questo intricato reticolo normativo, si può dire che ci sono prescrizioni necessarie, prescrizioni facoltative e una categoria intermedia di prescrizioni che vanno disposte obbligatoriamente, ma solo ove ce ne siano le condizioni. In tale ultimo caso, sembra che obbligo degli uffici precedenti sia quello di verificare preliminarmente se esistano tali condizioni e, se sì, provvedere di conseguenza.

Sono prescrizioni necessarie, dunque, il lavoro di pubblica utilità e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato. Ad esse si aggiungono⁴⁶, a titolo di contenuti minimali del progetto, le prescrizioni riconducibili ai gruppi elencati dall'art. 464-*bis* co. 3 Cpp e non indicate come meramente possibili, ossia quelle che riguardano le modalità di coinvolgimento dell'imputato (lett. *a* prima parte) e le attività da compiere (peraltro coincidenti, nel loro contenuto irrinunciabile, con il lavoro e l'eliminazione delle conseguenze dell'illecito). Tutte le altre, dal risarcimento del danno al volontariato, dalla mediazione alle prescrizioni comportamentali su dimora e frequentazioni, non sono irrinunciabili e potrebbero anche mancare senza nulla togliere all'ammissibilità del programma di prova. Tuttavia, alcune di queste, come il risarcimento del danno e la mediazione, sono previste come punti del programma di prova «ove possibile», ossia ogni qualvolta ve ne siano le condizioni, che caso per caso andranno dunque verificate. Infine, altre prescrizioni non riconducibili alle predette categorie potrebbero essere aggiunte, purché con il consenso dell'imputato e senza che si limitino beni o interessi indisponibili di cui sia titolare.

Analizzate più in dettaglio, le varie categorie di prescrizioni sono assai variegata e pongono differenti problemi.

L'art. 464-*bis* co. 4 lett. *a* Cpp indica come prima categoria di prescrizioni le modalità di coinvolgimento dell'imputato, nonché quelle della sua famiglia e del suo ambiente di vita nel processo di reinserimento sociale. La prima categoria di prescrizioni è difficile da definire, considerando che tutte le attività che l'imputato è chiamato a svolgere in pratica (lavoro, riparazione, volontariato e obblighi comportamentali) sono contenute alla lettera successiva. È probabile che si faccia qui riferimento alle prescrizioni attinenti ai «rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria», di cui parla l'art. 168-*bis* co. 2 Cp, ossia, verosimilmente, a contatti periodici e costanti con gli operatori sociali per verificare l'andamento della prova (ad esempio, mediante colloqui previsti a cadenze fisse), ma anche all'adesione a programmi riabilitativi a struttura continuativa, che implicino appunto un coinvolgimento personale più intenso, come quelli per superare una dipendenza o attinenti a cure psichiatriche⁴⁷. Quanto alle modalità di coinvolgimento della famiglia e

⁴⁶ «In ogni caso, tra le lettere *a*, *b* e *c* non vi è rapporto di alternatività» (M. Montagna, *op. cit.*, 390).

⁴⁷ F. Fiorentin, *Volontariato*, cit., 79 li colloca, peraltro, tra i contenuti della lett. *b*.

dell'ambiente di vita, si tratta chiaramente di un canone mutuato dal precedente del *probation* minorile e che per gli adulti è assai meno plausibile. In ogni caso, di questo problema sembra consapevole lo stesso legislatore, che pone questo tipo di prescrizione ai margini della tipologia prevista, essendo da disporre solo se «risultati necessari[a] e possibile».

La lett. *b* si riferisce a quelli che dovrebbero essere i contenuti cruciali del programma, ossia le prescrizioni di rilievo trattamentale e riparativo, contenuto qualificante delle strategie di *probation*. Va innanzitutto notato che si deve trattare di impegni «specifici», che quindi il progetto non potrebbe indicare mai in termini generici, magari con delega ai servizi sociali per una successiva puntualizzazione. Si tratta di un'opzione coerente con la natura dell'istituto e con i canoni decisori cui si ispira la decisione del giudice sull'ammissione della misura. La prova è infatti basata su un'opzione consensuale, nella quale la volontà dell'imputato rileva in tanto in quanto sia piena e consapevole, ossia verta su impegni chiaramente definiti. Del pari, la decisione giudiziale sull'idoneità del programma e la stessa attribuzione al giudice, se lo consideri insufficiente, di integrarlo o correggerlo, ne presuppongono un elevato tasso di definitezza. Questo implica, ad esempio, che le attività prescritte debbano essere specifiche: l'ente o il soggetto presso cui svolgerle, i tempi e le scadenze del relativo impegno, le mansioni cui si riferiscono, il luogo di svolgimento, dovranno essere individuati già nel progetto. Il richiamo, poi, alla categoria ampia delle «prescrizioni comportamentali» sembra alludere alle prescrizioni concernenti la condotta di vita che sono indicate all'art. 168-*bis* co. 2 Cp, con riferimento alla dimora, alla libertà di movimento e alla frequentazione di determinati locali. La genericità del disposto, anzi, sembra ammettere che, accanto a prescrizioni formulate "in positivo", possano prevedersi prescrizioni di segno negativo, ossia divieti, come sembra confermato *per tabulas* dalla clausola sostanziale, che menziona, appunto, il «divieto» di frequentare determinati locali. Unica condizione, in tal caso, è che tali divieti non si trasformino in misure paradetentive, ossia in forme di soggezione dell'imputato a mere limitazioni di libertà personale (si pensi a un obbligo di permanenza in casa), o implicino modalità di controllo invasive con applicazione di dispositivi sulla persona dell'interessato (come sarebbe in caso di applicazione del braccialetto elettronico)⁴⁸ che la legge, non foss'altro, non prevede espresamente e quindi cozzerebbero con l'art. 13 Cost.

Alla lett. *b* sono riconducibili anche i contenuti vincolati del progetto, come il lavoro di pubblica utilità. Si tratta di un punto del programma irrinunciabile, sia perché la legge lo impone testualmente, nell'apposita norma ad esso dedicata (art. 168-*bis* co. 3 Cp), considerandolo condizione necessaria per l'accesso alla prova, sia perché tanto è confer-

⁴⁸ Cfr. F. Fiorentin, *Volontariato*, cit., 79, che enuncia anche a titolo esemplificativo una serie di divieti consentiti, come il divieto di portare armi, di frequentare soggetti pregiudicati, di frequentare stadi o altri luoghi di svolgimento di competizioni sportive, e notando come avverso tali opzioni sarebbe consentito il ricorso per cassazione.

mato dall'evoluzione del testo normativo tra Camera e Senato, posto che la formulazione iniziale contemplava il lavoro come una delle possibili prescrizioni di cui al secondo comma mentre quella definitiva inseriva all'esordio del terzo comma la frase poi approvata, che lo indica perentoriamente come requisito cui la prova è subordinata. Si tratta di scelta discutibile, perché affida le sorti della disciplina al funzionamento di un istituto che non ha prodotto sinora brillanti risultati. In altri termini, resta da vedere se le convenzioni stipulate sul territorio siano in grado di produrre un numero di posti disponibili adeguato alle esigenze che il sistema deve soddisfare⁴⁹. È serio, anzi, il rischio che si ponga un problema delicatissimo: cosa fare laddove l'imputato abbia ritualmente formulato la richiesta di messa alla prova e il progetto, pur definibile sotto gli altri aspetti, non possa essere chiuso per mancanza di opportunità di lavoro. Un'ipotesi realistica, del resto, se si tiene conto che non qualunque lavoro può essere oggetto delle prescrizioni in esame, ma solo quello che abbia i connotati richiesti dalla legge, ossia, non solo la tempistica (non più di otto ore al giorno per non meno di dieci giorni, anche non continuativi), ma anche lo svolgimento, da effettuarsi presso le categorie di enti indicate (Stato, enti locali, aziende sanitarie ed organizzazioni assistenziali), tenendo conto della professionalità ed attitudini dell'imputato e con modalità che non ne pregiudichino le esigenze di lavoro, studio, famiglia e salute. L'alternativa, ove un'opportunità di tal genere non vi sia, è netta: ammettere che il giudice possa in tal caso respingere la richiesta⁵⁰, ovvero ritenere che debba rinviare l'udienza sino a quando l'ufficio non trovi una collocazione adeguata per il richiedente. La seconda soluzione appare preferibile, quanto meno come esegesi costituzionalmente orientata, giacché non sarebbe legittimo, in punto di diritto di difesa, privare l'imputato di una misura premiale a causa di un'indisponibilità di risorse addebitabile al sistema e non a lui. Certo, in tal caso c'è il rischio che, dovendosi attendere il liberarsi di un'opportunità adeguata mediante rinvio e senza poter sospendere il processo, sia la prescrizione a definire il rito, con gli ulteriori costi sociali della percezione dell'impunità del reo, della ammissione di incapacità dell'ordinamento di dare risposte adeguate agli illeciti, della scarsa credibilità dell'istituto; ma, si potrebbe dire, è il prezzo che il legislatore ha accettato di pagare affidando il successo o il fallimento dell'istituto all'efficiente organizzazione del lavoro di pubblica utilità. Un ulteriore percorso esegetico però potrebbe essere suggerito dal canone che impone di leggere il dettato normativo nel senso che favorisce l'applicazione e l'utilità di una norma (e quindi anche di un intero istituto), piuttosto che la sua vanificazione. Si potrebbe ritenere che, così come per il risarcimento del danno (esplicitamente) o per l'eliminazione delle conseguenze del reato (per analogia), anche per il lavoro di pubblica utilità si possa dire che, ove sia dimostrata l'assoluta impossibilità di trovare un posto di lavoro secondo i canoni prescritti dalla legge, il progetto possa approvarsi

⁴⁹ V. già F. Caprioli, *op. cit.*, 8; sulla disciplina in vigore, R. Bartoli, *op. cit.*, 666; F. Fiorentin, *Volontariato*, cit., 81 s.; M. Montagna, *op. cit.*, 380.

ugualmente e debba aver corso in base alle altre prescrizioni, salva la necessità di introdurre l'ulteriore prescrizione del lavoro, non appena un posto si renda disponibile⁵¹. Del resto, sembra poco ragionevole, anche sotto il profilo dell'art. 3 Cost., che il legislatore abbia contemplato una certa flessibilità dei contenuti per le attività risarcitorie, tenendo conto realisticamente delle concrete possibilità offerte dalle circostanze, e abbia ignorato il problema tenendo una linea inusitatamente rigida quanto ai contenuti *clou* della prova. Di certo, sul punto, ad evitare equivoci o forzature esegetiche, sarebbero opportune una precisazione legislativa o una messa a punto ad opera della Corte costituzionale.

La lett. *b* menziona poi tutte le prescrizioni di carattere risarcitorio e riparativo e, dunque, il risarcimento del danno, le restituzioni, le condotte riparative e l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato. Si tratta di uno dei tratti qualificanti della misura, che, insieme alla mediazione enunciata alla lettera successiva, avvicina l'istituto alle logiche della *restorative justice*, benché assembrati in maniera abbastanza indistinta condotte e attività diverse. La rimozione delle conseguenze dannose o pericolose del reato è enunciata al pari degli altri contenuti facoltativi del progetto dal codice di rito, ma è indicata per contro come contenuto indefettibile dall'art. 168-*bis* co. 2 Cp. Il dato testuale è nettamente in tal senso⁵², dal momento che subito dopo la norma sostanziale precisa invece che il risarcimento del danno va prescritto solo «se possibile», ma la perentorietà di questa scelta lascia perplessi. V'è da chiedersi, infatti, come dovrebbe regolarsi il giudice quando il reato non abbia avuto affatto conseguenze dannose o pericolose suscettibili di eliminazione; trattandosi di un fatto connaturato al tipo di reato o al suo concreto manifestarsi e ineliminabile, forse si potrebbe ritenere che comunque in tal caso il progetto possa essere ammesso anche senza questa clausola, implicitamente subordinata, anche in analogia con il risarcimento del danno, alla materiale praticabilità delle attività riparative⁵³. Il risarcimento del danno dovrebbe essere definito nel progetto⁵⁴ sia per il *quantum*, che per le modalità di pagamento. Esso va previsto solo ove possibile, ossia, verisimilmente, solo se vi siano un danno risarcibile (come danno tanto morale, quanto materiale)⁵⁵ e un danneggiato cui offrire il ristoro monetario⁵⁶. Lo stesso è a

⁵⁰ F. Fiorentin, *Una sola volta*, cit., 72.

⁵¹ Apriva una prospettiva in tal senso già F. Caprioli, *op. cit.*, 9.

⁵² Per F. Fiorentin, *Una sola volta*, cit., 73, il provvedimento sospensivo che omettesse di prevedere questo punto dovrebbe ritenersi illegittimo e passibile per questo di annullamento (anche se poi l'autore ammette che, almeno quanto alle modalità operative per tentare di conseguire il risultato, vi siano ampi margini di flessibilità).

⁵³ Ritiene che in generale le condotte riparatorie vadano prescritte solo ove possibili, R. Bartoli, *op. cit.*, 669.

⁵⁴ A titolo di elemento di un «percorso di responsabilizzazione», per F. Fiorentin, *Risarcire la vittima è condizione imprescindibile*, in *GD* 2014 (21), 75.

⁵⁵ F. Fiorentin, *Risarcire*, cit., 75.

⁵⁶ Tale non sarà dunque in una serie di ipotesi: ad esempio, quando manchi il danno, quando il danneggiato sia irreperibile o rinunci al risarcimento, quando il danno sia già stato risarcito (F. Fiorentin, *Risarcire*, cit., 77).

dirsi per le restituzioni, che dovrebbero disporsi in quanto possibili e con modalità individuate nel programma. Le condotte riparative, invece, costituiscono una categoria indefinita e sono aperte all'immaginazione degli operatori, dell'imputato e del giudicante, che potrebbero congegnare condotte di vario genere, purché abbiano in generale valenza responsabilizzante e siano soddisfattive, con riferimento alle ragioni della collettività o della persona offesa. Si tratta di un campo nel quale la discrezionalità del decidente – purché supportata dal consenso dell'imputato – è massima e le attività in questione potranno tradursi, salvi i consueti limiti invalicabili dei diritti indisponibili e della dignità umana, nelle più diverse attività: dovrà trattarsi comunque di un *facere*, sufficientemente definito nel progetto e per il quale vi sia la disponibilità della vittima, ove ne sia necessario in qualche misura il coinvolgimento.

È in queste logiche riparative che si colloca, benché prevista separatamente, anche la mediazione, indicata come contenuto possibile del progetto di prova dalla lett. c) dell'art. 464-*bis* co. 4 Cpp. A dire il vero, la norma indica come contenuto progettuale non la mediazione, quanto le condotte volte a promuoverla, ossia, sembra, anche il mero tentativo affidato all'imputato, pur secondo modalità che dovrebbe essere il progetto a precisare. La cautela del legislatore si spiega probabilmente con l'intento di non vincolare rigidamente l'esito della prova al successo della mediazione, dal momento che questo dipende anche dalla disponibilità della vittima, cui forse non si intendeva affidare un ruolo decisivo sul punto. Ciò non toglie, peraltro, che ai servizi sociali spetti di verificare, già prima del progetto, la possibilità della mediazione, sicché, ove questa sia possibile, è anche plausibile che debba venire strutturata nel programma in maniera sufficientemente dettagliata, come percorso che imponga all'imputato una serie di colloqui, contatti, confronti con la vittima e il mediatore professionale. Va da sé che quest'ultimo – pubblico o privato che sia – dovrebbe essere indicato nel progetto, giacché anche di questo profilo di reperimento di risorse sul territorio i servizi sociali debbono farsi carico prima e al fine di predisporre il programma di prova.

5. Il procedimento diretto all'ammissione della sospensione del processo con messa alla prova è innescato dalla richiesta dell'imputato, che costituisce manifestazione di volontà unilaterale, espressa ed inequivoca volta ad ottenere la sospensione ed avente altresì ad oggetto tanto i contenuti del progetto, quanto l'attivazione del rito speciale che alla prova è connesso. Si tratta di un atto personalissimo dell'imputato⁵⁷, in analogia a quanto avviene di regola per le altre istanze dirette all'attivazione di un rito speciale⁵⁸, e quindi deve essere sottoscritto dal-

⁵⁷ F. Fiorentin, *Una sola volta*, cit., 72; M. Montagna, *op. cit.*, 385; R. Orlandi, *op. cit.*, 740.

⁵⁸ Infine, si deve ritenere che valga anche per la messa alla prova il principio *electa una via non datur recursus ad alteram*, cui sono subordinate le altre alternative al processo. Ne deriva che, una volta presentata la richiesta di un differente rito alternativo, la richiesta di messa alla prova sia preclusa: cfr. R. Orlandi, *op. cit.*, 752.

l'imputato personalmente o da un suo procuratore speciale, con autenticazione *ex art.* 583 co. 3 Cpp. Che, poi, il consenso dell'imputato in ordine alla sospensione e ai contenuti del progetto, debba essere esplicito, inequivoco ed espresso volontariamente, è ricaduta del peso che ha nel legittimare il percorso alternativo, il suo andamento e i relativi esiti, anche sul piano dei canoni costituzionali che presiedono al sistema processualpenalistico. Del resto, è lo stesso codice a consentire al giudice di disporre la comparizione personale dell'imputato proprio al fine di verificare la volontarietà della sua richiesta (art. 464-*quater* co. 2 Cpp).

I connotati dell'iniziativa dell'imputato sono riconducibili a tre: oltre alla già rammentata legittimazione attiva del richiedente, l'allegazione all'istanza di un progetto di prova (o la richiesta volta a formarne uno) e il rispetto dei termini prescritti dalla legge.

L'istanza deve essere corredata dal progetto di prova, precedentemente elaborato con i servizi sociali. Tale adempimento può mancare solo quando l'elaborazione del progetto non sia stata possibile; in questo caso, è sufficiente che all'istanza di sospensione sia allegata, in luogo del programma di prova, la richiesta specificamente diretta ad elaborarlo⁵⁹. Non è chiaro se la richiesta in questione debba essere quella già presentata agli uffici di esecuzione penale esterna competenti ovvero possa anche essere diretta al giudice perché sia questi a "girarla" ai servizi sociali competenti perché si attivino. La prima ipotesi sembra più plausibile, dal momento che la norma parla di "allegazione" all'istanza, implicando in tal modo che debba trattarsi di un atto formalmente separato e pertanto già speso in altra sede⁶⁰. Del resto, l'impossibilità di elaborazione tempestiva del programma non potrebbe mai dipendere dall'inerzia dell'imputato, che altrimenti lucrerebbe a proprio vantaggio (sotto forma di decorso dei termini prescrizionali) i tempi necessari all'elaborazione chiesta *in extremis*. L'impossibilità di provvedere alla redazione del programma, infatti, dovrebbe rilevare solo ove dimostrata e legata a circostanze oggettive non addebitabili al richiedente, sicché questi dovrebbe poter attestare di aver rivolto la propria richiesta ai servizi sociali, in forme e termini che li obbligassero a provvedere in tempo utile. Ove poi questi, per inerzia, carichi di lavoro, carenze di personale, non abbiano provveduto, la circostanza non può nuocergli e sarà il giudice a dover attendere. Benché, infatti, la norma nulla dica sulla decisione che il giudice deve adottare in tal caso, si deve ritenere che l'udienza vada rinviata e questi debba sollecitare gli uffici a provvedere, fissando i termini per farlo e indicando la data della nuova udienza per la decisione.

Il termine per presentare la richiesta di messa alla prova è indicato dall'art. 464-*bis* co. 2 Cpp nella formulazione delle conclusioni in udienza preliminare, ossia, tenendo conto dell'elaborazione giurispru-

⁵⁹ Per la considerazione che il programma o la richiesta volta ad elaborarlo siano requisiti necessari della domanda, v. anche M. Montagna, *op. cit.*, 38.

⁶⁰ Ciò non toglie che, poi, materialmente, i due atti possano essere redatti congiuntamente: resta ferma la distinguibilità delle due richieste (quella del progetto e quella di sospensione) l'una dall'altra.

denziale sull'analogo termine fissato per la richiesta di giudizio abbreviato, non oltre il momento in cui la parte legittimata all'istanza (nel caso in esame, dunque, la difesa dell'imputato) precisa le proprie conclusioni in udienza⁶¹. La soglia si sposta in avanti nei riti in cui manca l'udienza preliminare, coincidendo dunque con la dichiarazione di apertura del dibattimento in caso di citazione diretta o giudizio direttissimo. Nel caso di giudizio immediato il termine coincide con quello stabilito dall'art. 458 Cpp per le altre richieste di rito alternativo, ossia quindici giorni dalla notifica del decreto di giudizio immediato⁶². Quanto al procedimento per decreto, la richiesta di messa alla prova dovrà effettuarsi con l'atto di opposizione.

Nulla si dice, nel dettato normativo, riguardo all'eventuale violazione dei termini di presentazione dell'istanza, o ad eventuali diverse carenze della richiesta, quanto a forme o requisiti (si pensi al difetto del programma di prova). Nel caso dei termini, peraltro, benché non siano definiti esplicitamente come perentori, si dovrebbe comunque ritenerli tali, in analogia con le conclusioni tratte in tal senso per altre ipotesi in cui la legge identifica soglie cronologiche insuperabili per le richieste da parte dell'imputato di riti alternativi, come ad esempio il patteggiamento o il giudizio abbreviato⁶³. In questa ipotesi come in quelle appena ricordate, infatti, l'individuazione di un termine massimo per la presentazione dell'istanza è componente cruciale della portata deflattiva dell'istituto e deve intendersi come scansione irrinunciabile del rito, posta dalla legge a presidio della sua stessa funzione, primaria o concorrente. La perentorietà del termine, dunque, benché non sancita a chiare lettere, si desume dalla nettezza del precetto normativo e dalla sua *ratio*, che non ammettono deroghe⁶⁴. Lo stesso, d'altronde, dovrebbe dirsi per gli altri requisiti dell'istanza, nonostante la disciplina ignori il punto. Anche in caso di difetto di legittimazione attiva, di mancanza della sottoscrizione nelle rigorose forme prescritte, di assenza di un progetto di prova allegato (o di richiesta di elaborazione del medesimo), la conseguenza dovrebbe essere l'inammissibilità della richiesta, senza che il giudice possa entrare nel merito della medesima o procedere ad accertamenti ulteriori di sorta.

A scopo di potenziamento della portata deflattiva dell'istituto⁶⁵, il

⁶¹ A. Marandola, *op. cit.*, 678; M. Montagna, *op. cit.*, 386 s.

⁶² Ossia, stando a quanto stabilito da Corte cost. 120/2002, dall'ultima notificazione, rispettivamente all'imputato o al difensore, del decreto che dispone il giudizio immediato ovvero dell'avviso della data fissata per il giudizio medesimo.

⁶³ Cfr. D. Negri, *sub art.* 438, in AA.VV., *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso, V. Grevi e G. Illuminati, Padova 2014, 1983; A. Folliero, *sub Art.* 446, *ibidem*, 2034. Che i termini previsti dall'art. 464-bis Cpp siano a pena di decadenza, comunque, sembra assunto incontestato nelle prime letture dottrinali e giurisprudenziali della norma: v. C. Pecorella, *op. cit.*, 2; G. Pecorella, *op. cit.*, 3154; nonché Cass. 9.7.2014, cit.

⁶⁴ Va detto che la giurisprudenza di merito ha ammesso la restituzione in termini dell'imputato il cui processo, all'entrata in vigore della riforma, fosse già passato ad una fase in cui la richiesta sarebbe preclusa: cfr. Trib. Torino 21.5.2014, B., in www.penalecontemporaneo.it, 25.6.2014, con nota di M. Miedico.

⁶⁵ M. Montagna, *op. cit.*, 395.

legislatore ha previsto che la richiesta di messa alla prova possa collocarsi anche in seno alle indagini preliminari. Tuttavia, in tal caso, presupponendo la sospensione una verifica della responsabilità, sia pure in negativo e allo stato degli atti, ed essendo funzionale ad una risoluzione del rito mediante sentenza, è evidente che la possibilità di emettere l'ordinanza di sospensione è subordinata all'avvenuto esercizio dell'azione penale. Di conseguenza, ove l'istanza di *probation* sia presentata in corso di indagine, prima che venga adottata qualsivoglia decisione si deve verificare che vi siano le condizioni per passare alla fase processuale e provvedere al suo innesto. Durante le indagini, dunque, la messa alla prova assume una struttura negoziata, scandita sulla falsariga dell'applicazione della pena su richiesta effettuata durante le indagini preliminari e basata non solo sulla richiesta dell'indagato, ma anche sul consenso del pubblico ministero. Questo, ove prestato, implica la formulazione dell'imputazione e viene ad integrare una forma speciale di esercizio dell'azione penale⁶⁶.

Della possibilità di attivazione precoce della messa alla prova il p.m. ha facoltà di dare avviso all'indagato⁶⁷ anche durante le indagini preliminari, in modo da prospettargli la *chance* della misura sin dal primo momento in cui la reputa praticabile. Così, di fatto, gli anticipa la propria disponibilità a coltivare l'opzione, incoraggiandolo a seguirla e favorendo l'effetto deflattivo del rito⁶⁸. Comunque, ove l'indagato – avvertito preventivamente o meno – ritenga di chiedere la sospensione del rito con messa alla prova, avrà l'onere di procurarsi il progetto di prova attivando in tal senso i servizi sociali e, quindi, dovrà presentare la richiesta al giudice della fase (nel caso in esame, il giudice per le indagini preliminari), rispetto al quale ha un vero e proprio potere di accesso diretto⁶⁹. Sarà il giudice a trasmettere gli atti al p.m. perché questi manifesti il proprio consenso o dissenso entro cinque giorni, si deve ritenere dal momento in cui abbia ricevuto i materiali trasmessigli, ossia la richiesta, il progetto e l'inchiesta socio-familiare dei servizi sociali. Ci si può chiedere se durante il decorso di tale termine l'imputato possa revocare la richiesta o resti ad essa vincolato. In base ai principi generali

⁶⁶ M. Montagna, *op. cit.*, 397; R. Orlandi, *op. cit.*, 749; *contra* Gius. Amato, *L'impegno*, cit., 89, sul rilievo che mancherebbe in tal senso un'espressa definizione normativa.

⁶⁷ Si tratta di incumbente non obbligatorio per il p.m.: così anche Gius. Amato, *op. cit.*, 89; M. Montagna, *op. cit.*, 396.

⁶⁸ Gius. Amato, *op. cit.*, 91, che addirittura suggerisce che il procuratore della Repubblica potrebbe assegnare il compito direttamente alla polizia giudiziaria, con disposizione di carattere generale. Il suggerimento, peraltro, sembra difficilmente praticabile, posto che l'avviso implica l'"apertura di credito" sulla possibile richiesta dell'imputato e, quindi, un implicito impegno del p.m. a consentirvi, ossia a chiudere le indagini ed esercitare l'azione penale: un'opzione, questa, da valutare caso per caso e sotto la responsabilità esclusiva del p.m.

⁶⁹ Cfr. M. Montagna, *op. cit.*, 385. *Contra* Gius. Amato, *op. cit.*, 89, secondo il quale, essendo il p.m. ad avere la disponibilità del fascicolo, dovrebbe essere questi il destinatario della richiesta e il dato normativo (pur chiaro sul punto) dovrebbe essere corretto in tal senso per via esegetica.

ed in assenza di eccezioni previste dalla legge, si dovrebbe ritenere di sì, considerando che, prima della manifestazione di volontà positiva della controparte, nessun negozio giuridico è perfezionato e la parte proponente è dunque libera di determinarsi altrimenti. Del resto, là dove il legislatore ha voluto bloccare la richiesta in attesa delle determinazioni del p.m., come nel caso affine del patteggiamento richiesto in corso di indagine ai sensi dell'art. 447 co. 3 Cpp, lo ha fatto esplicitamente; la mancanza di precisazioni sul punto, dunque, non può che interpretarsi come applicazione dei principi generali e revocabilità della proposta non ancora accolta, sino al momento in cui lo sia.

Tanto il consenso, quanto il dissenso del p.m. debbono essere scritti e motivati, come precisa, per il consenso e almeno in parte *ad abundantiam*, l'art. 464-ter co. 3 Cpp. Il consenso deve infatti comportare la formulazione dell'imputazione, come rammentato dalla clausola in esame, sicché non può che essere scritto. Quanto alle ragioni sulle quali si fonda, si può immaginare che debbano attenersi ai presupposti della prova, ossia alla valutazione della stessa in termini di idoneità del progetto proposto e di prognosi positiva sulla recidiva dell'indagato, sempre in base ai parametri di cui all'art. 133 Cp. Va da sé che il p.m. esprimerà il consenso solo quando reputi che l'azione penale debba essere esercitata, ossia quando ritenga di avere svolto indagini complete (almeno nel senso che non rivelino, allo stato, aperture ad ulteriori sviluppi) e di avere in base ad esse elementi sufficienti per sostenere l'accusa in giudizio. In caso contrario, infatti, dovrebbe rispettivamente negare il consenso per poi proseguire le indagini oppure chiedere, anche subito, l'archiviazione⁷⁰.

Il dissenso implica anch'esso che si dia conto delle ragioni (ovviamente per iscritto, benché in tal caso non lo si precisi) sulle quali si fonda, che potrebbero essere legate sia al difetto dei requisiti per accedere alla prova, sia ad una valutazione negativa in punto di presupposti di merito per darvi corso, ma anche all'esigenza di completare le indagini⁷¹ o all'esistenza di elementi che giustifichino un'archiviazione. In quest'ultimo caso, infatti, il p.m. dovrebbe negare l'esercizio dell'azione e presentare l'istanza di archiviazione, che la richiesta di messa alla prova non può certo inibire⁷². L'obbligo di enunciare le ragioni del dissenso è funzionale all'esercizio del diritto di difesa, giacché sembra legato alla clausola che, in analogia a quanto previsto per il patteggiamento, ammette l'imputato ad attivare il controllo giurisdizionale successivo sul provvedimento reiettivo: ai sensi dell'art. 464-ter co. 4 Cpp, infatti, l'imputato può, in caso di rigetto dell'istanza, rinnovare la richiesta al giudice dibattimentale prima dell'apertura del dibattimento di primo grado. La clausola, per la verità, si riferisce letteralmente alle ipotesi di rigetto del-

⁷⁰ Gius. Amato, *op. cit.*, 89.

⁷¹ M. Montagna, *op. cit.*, 397; riferisce l'esigenza di completamento alla sola ipotesi di contestare un reato per cui la sospensione non sarebbe consentita, Gius. Amato, *op. cit.*, 90.

⁷² In tal senso, v. anche M. Montagna, *op. cit.*, 398.

l'istanza da parte del giudice, senza precisare se la procedura valga anche per i casi di dissenso del p.m., che dovrebbero comportare una declaratoria di inammissibilità della richiesta di sospensione; comunque, anche in analogia con quanto previsto nell'analogia disciplina del patteggiamento, sembra si possa ritenere che il controllo del giudice dibattimentale sia attivabile comunque, posto che in nessun caso l'imputato potrebbe subire il venir meno di un beneficio processuale e sostanziale per determinazione della controparte non sottoposta a verifica giurisdizionale. Semmai, si può dubitare che l'imputato che si veda respingere l'istanza per dissenso del p.m. abbia come unica possibilità quella di attivare il controllo in dibattimento. In altre parole, è possibile una lettura alternativa: forse la norma, col riferirsi al solo provvedimento di rigetto, semplicemente ammette che, a fronte del dissenso del p.m., l'imputato possa presentare una nuova richiesta – purché entro i termini massimi indicati dalla legge – da riformulare con le modifiche indicate nel parere negativo del p.m. (si pensi al caso in cui questi reputi inidoneo il programma di prova), in modo da avere sostanzialmente una ulteriore *chance* per ottenere il beneficio, magari ancora durante le indagini.

La prestazione del consenso implica il passaggio del procedimento incidentale sulla sospensione allo stadio successivo, quello dell'udienza camerale. In tale evenienza, comunque, malgrado la disciplina taccia al riguardo, si deve ritenere che il p.m. debba fornire al giudicante anche il fascicolo di indagine, provvedendo al relativo deposito, in analogia con quanto previsto dall'art. 447 co. 1 Cpp per il patteggiamento. Ove così non fosse, del resto, non si vede come il giudice possa provvedere ad una valutazione come quella imposta dall'art. 129 Cpp, rispetto alla quale sarebbe arduo trovare elementi di conforto nell'inchiesta sociologica; si tratta di una verifica che presuppone che il giudice procedente abbia un nucleo di risultanze che rendano il vaglio possibile e minimamente credibile e, dunque, un fascicolo di riferimento che non può essere coincidente con il *dossier* socio-familiare attinente alla prova. Del resto, tanto si rende necessario anche per dare alle parti la possibilità di instaurare un contraddittorio argomentativo effettivo, sicché, in analogia con tutte le ipotesi in cui il procedimento perviene alla chiusura con l'esercizio dell'azione penale, a disposizione delle difese deve essere messo l'intero quadro delle risultanze prodotte. Ne deriva che il fascicolo, oltre ad essere trasmesso al giudice, dovrebbe essere depositato a beneficio delle parti, operazione, questa, che, di nuovo in analogia con quanto sancito dall'art. 447 co. 1 Cpp, dovrebbe farsi almeno tre giorni prima dell'udienza camerale. Salvi correttivi esegetici incisivi, comunque, il punto meriterebbe forse un intervento del legislatore o della Consulta, per armonizzare il passaggio con i dettami degli artt. 3, 111 co. 2, 24 co. 2 Cost. e fare degli adempimenti per la costituzione di un efficace contraddittorio degli obblighi puntuali, con cadenze precise ed un proprio apparato sanzionatorio.

6. Una volta innescato il meccanismo dalla richiesta, corredata dal consenso del p.m. se presentata in corso di indagine, al giudice spetta

darle seguito innestando un procedimento incidentale volto alla decisione sulla sospensione del processo. A tal fine, innanzitutto, la legge attribuisce al giudice il potere di compiere una serie di accertamenti *ex officio*. Trattandosi di un potere di iniziativa probatoria d'ufficio, si tratta di un'ipotesi eccezionale ai sensi dell'art. 190 Cpp e va quindi letta restrittivamente, circoscrivendola entro i confini stabiliti puntualmente dalla legge, quanto a presupposti, oggetto e finalità. Lo scopo è quello di decidere sull'ammissione del *probation* e quindi dare applicazione ai canoni normativi per questo stabiliti: si tratta dunque di verificare se vi sia un rischio di recidiva e il programma sia idoneo (anche tenendo conto della possibilità di modificarne o integrarne le prescrizioni), facendo applicazione dei parametri di cui all'art. 133 Cp. A tali fini, gli accertamenti disposti debbono prospettarsi come necessari, tali cioè da modificare la decisione che il giudice prenderebbe se dovesse decidere allo stato degli atti. In tal caso, il giudice può dunque disporre l'assunzione di ulteriori informazioni (aggiuntive rispetto a quanto già in atti, anche a seguito degli accertamenti già svolti dai servizi sociali e a lui trasmessi con il progetto), sulle condizioni di vita dell'imputato sul piano personale, familiare, sociale e economico, aree, queste, normalmente esulanti dalle verifiche affidate all'accertamento processuale⁷³. Non è un caso, dunque, che vengano definite *lato sensu* come «informazioni» e che per effettuarle il giudice possa avvalersi non solo, come sarebbe normale, della polizia giudiziaria, ma anche dei servizi sociali o di altri enti pubblici. La clausola sembra autorizzare un certo tasso di informalità degli atti di indagine così compiuti, ma ammettere che si tratti di attività *legibus solutae*, persino quando a compierle sia la polizia giudiziaria e benché vengano svolte per ordine dell'autorità giudiziaria, solleverebbe più d'una perplessità. Si deve ritenere, dunque, che ad esse si applichino le norme riferibili agli atti di indagine della polizia giudiziaria, almeno se sia questa a compierle. Ad enti pubblici non si potrà che richiedere di fornire contributi documentali o valutazioni specialistiche (si pensi allo staff medico o socio-assistenziale di un consultorio o di una comunità pubblica), da considerarsi alla stregua di consulenze tecniche. Quanto al ricorso ai servizi sociali, è plausibile che essi possano essere chiamati dal giudice a integrare gli accertamenti già svolti autonomamente, magari fornendo ulteriore documentazione in loro possesso (e si tratterà in tal caso di acquisizione di elementi documentali), oppure effettuando verifiche autonome; e in questa ipotesi, se si tratterà di valutazioni (ad esempio, sociologiche o psicologiche), i servizi di fatto svolgeranno un'attività di consulenza tecnica per il giudicante. Più delicata, semmai, è l'evenienza che i servizi raccolgano dichiarazioni da persone coinvolte o informate su fatti rilevanti; se è vero che in casi del genere sarebbe auspicabile che il giudice si avvallesse *ab initio* della polizia giudiziaria, la

⁷³ M. Montagna, *op. cit.*, 399 s. Ivi l'Autrice puntualizza che «non si tratta di una perizia criminologica, ma certamente le informazioni cui fa riferimento l'art. 464-bis comma 5 Cpp possono includere molte conoscenze tipiche di un accertamento psico-criminologico».

circostanza potrebbe vedersi applicata la clausola che, in materia di prova peritale, autorizza l'esperto a raccogliere dichiarazioni, purché di queste faccia uso solo ai fini dell'accertamento che gli compete (art. 228 co. 3 Cpp).

Le informazioni raccolte, secondo lo stesso art. 464-*bis* co. 5 Cpp, devono essere portate a conoscenza delle parti «tempestivamente», senza che però la legge precisi esattamente quando e come. È ragionevole pensare che i relativi risultati debbano essere depositati presso la cancelleria del giudice e che alle parti si dia avviso del deposito perché possano prenderne visione ed estrarne copia; del resto, ove tanto non fosse consentito, si avrebbe ragione di dubitare della legittimità della clausola dal punto di vista del diritto di difesa. Lo stesso è a dirsi quanto al termine per provvedere, che dovrebbe essere tale da consentire alle parti di avere contezza dei risultati in modo da poter effettivamente regolare le proprie argomentazioni e strategie di conseguenza; ove così non fosse, di nuovo, si dovrebbe quanto meno dubitare della conformità del disposto agli artt. 24 co. 2 e 111 co. 3 Cost. Resta però il fatto che la soglia cronologica per provvedere non è indicata e che è arduo rintracciare appigli per definirla, nella trama normativa; l'unica possibilità sembra essere offerta indirettamente dall'art. 127 Cpp, punto di riferimento della disciplina per lo svolgimento dell'udienza camerale destinata al dibattito e alla decisione in punto di messa alla prova. Dal momento che gli avvisi di udienza devono essere mandati con almeno dieci giorni di anticipo e le parti fino a cinque giorni prima dell'udienza possono presentare memorie (quindi, dovrebbero aver avuto il tempo, a quel punto, di consultare gli atti e argomentare consapevolmente le proprie difese), si può pensare che la tempestività debba coincidere con il termine per gli avvisi, ossia almeno dieci giorni prima dello svolgimento dell'udienza in camera di consiglio. Nell'ipotesi in cui, peraltro, l'udienza camerale sia quella per la decisione sulla prova nel corso delle indagini preliminari, si potrebbe prendere a riferimento l'art. 447 Cpp, che disciplina l'analoga udienza per il patteggiamento e adottare come termine quello dei tre giorni prima dell'udienza stabilito per il deposito del fascicolo. Simile operazione presenterebbe solo un inconveniente: un termine così breve, riferito ad atti dai contenuti potenzialmente complessi e delicati, potrebbe esporsi a censure di illegittimità *ex art.* 111 co. 3 Cost., imponendo alla difesa ritmi troppo concitati per la predisposizione adeguata delle proprie strategie

Una volta incardinato il rito incidentale sull'ammissione della prova, a seconda delle fasi mediante la richiesta o mediante il binomio richiesta-consenso del p.m., la decisione sul punto deve essere assunta dal giudice precedente in contraddittorio tra le parti e con la persona offesa, che evidentemente dovrebbe, se non già costituita come parte processuale, essere messa in condizioni di partecipare⁷⁴ ricevendo apposito avviso per l'udienza. Quest'ultima dovrebbe essere coincidente con quella in corso, se l'istanza è stata presentata in udienza preliminare o

⁷⁴ M. Montagna, *op. cit.*, 395.

in limine a quella dibattimentale, prima della dichiarazione di apertura *ex art.* 492 Cpp. In caso contrario, ossia quando la richiesta si collochi dopo il decreto di giudizio immediato, sia inserita nell'opposizione a decreto penale di condanna o sia avanzata nel corso delle indagini preliminari, dovrà essere fissata un'apposita udienza in camera di consiglio, di cui va dato avviso tanto alle parti quanto all'offeso e la disciplina della quale va rintracciata per rinvio espresso nell'art. 127 Cpp, ovviamente salvo quanto stabilito dalle norme speciali sulla messa alla prova (art. 464 *quater* co. 1 Cpp).

La decisione viene assunta tenendo conto sia degli atti processuali disponibili nella fase in cui l'udienza si tiene e a seconda del tipo di rito in cui il sub procedimento ammissivo si colloca, sia delle integrazioni svolte dai servizi sociali, nonché delle eventuali informazioni ulteriori raccolte *ex officio* dal giudice. A ciò si aggiungono memorie e argomentazioni delle parti, nonché, quanto alla difesa, alle risultanze della propria attività di investigazione, che potrebbe essere spesa direttamente presso il giudice a beneficio del proprio assistito, si tratti dell'imputato o dell'offeso. È su questi materiali che il giudice è chiamato a vagliare nel merito i numerosi profili affidati al suo giudizio, dalla sussistenza di presupposti per un proscioglimento immediato *ex art.* 129 Cpp, sino al vaglio di idoneità del programma e alla prognosi di recidiva in capo all'imputato. Preliminarmente, anzi, dovrà verificare che vi siano i presupposti formali per l'ammissibilità della richiesta, come il rispetto dei termini, l'esistenza di un progetto di prova, l'assenza delle preclusioni soggettive previste dal codice penale, l'assenza di precedenti messe alla prova di cui l'imputato abbia fruito e il rispetto della cornice edittale entro cui il *probation* è ammesso. A tal fine, anzi, si può ritenere che il giudice, come *dominus* della qualificazione giuridica del fatto, possa modificare l'addebito e, quindi, respingere per questo un'istanza che in base alla più benevola ricostruzione del p.m. risultava ammissibile⁷⁵.

Salva l'ipotesi in cui il giudice faccia applicazione dell'art. 129 Cpp, in cui pronuncia sentenza di non luogo a procedere o di proscioglimento, a seconda della fase in cui la decisione si colloca⁷⁶, il provvedimento che decide sulla messa alla prova assume le forme dell'ordinanza. In caso di ammissione, il provvedimento disporrà la sospensione del processo, fissando il termine di durata della medesima, e l'affidamento dell'imputato ai servizi sociali per lo svolgimento del programma concordato con l'imputato e approvato dal giudice.

⁷⁵ R. Orlandi, *op. cit.*, 750. L'Autore ricorda anche la possibilità dell'ipotesi inversa, ossia quella di un addebito che precludesse l'operatività della messa alla prova nella formulazione originaria e che, a seguito di contestazione di fatto diverso o diversa qualificazione giuridica, risulti successivamente aperto a questo esito alternativo. In tal caso, fatto salvo un intervento da Consulta sul punto, si ritiene necessario un intervento specifico del legislatore per assicurare all'imputato la rimessione in termini per proporre richiesta di messa alla prova (R. Orlandi, *op. cit.*, 751).

⁷⁶ In fase di indagini si tratterebbe di un provvedimento di archiviazione secondo Gius. Amato, *op. cit.*, 90, peraltro sul presupposto che il consenso del p.m. non implicasse esercizio dell'azione penale.

La durata della messa alla prova è fissata dalla legge solo nel massimo⁷⁷, ovvero due anni quando si proceda per reati per cui è prevista una pena detentiva, sola o congiunta o alternativa a pena pecuniaria, e un anno quando si proceda per reati per cui è prevista la sola pena pecuniaria. Il periodo minimo di durata della prova non è previsto, ma è ricostruibile in base alla durata minima del lavoro di pubblica utilità, che è contenuto ineludibile della misura: se del lavoro è vero che non può farsi a meno e questo non può scendere al di sotto dei dieci giorni di prestazione, anche non continuativi, sarà questa, indicativamente, la soglia minima sulla quale attestarsi. Detti termini decorrono dalla sottoscrizione del verbale di inizio prova, ossia – è da ritenersi – dalla sottoscrizione ad opera dell'imputato di un apposito verbale che gli uffici di servizio sociale dovrebbero sottoporre al momento in cui di fatto l'esecuzione del progetto ha inizio⁷⁸. Che il termine di sospensione possa essere abbreviato è dato che, pur non sancito espressamente dal codice, è desumibile dalle disposizioni di attuazione, ove si prevede che i servizi sociali possano proporre (e, quindi, il giudice disporre) l'abbreviazione della prova (art. 141-ter co. 4 NAttCp). Al contrario, nulla si dice in ordine all'eventualità della proroga, che non è né esplicitamente contemplata, né ricavabile da altre disposizioni. Anzi, dal momento che è prevista per la specifica ipotesi del termine indicato dal giudice per eseguire prescrizioni ed obblighi di natura riparativa (art. 464-quinquies co. 1 Cpp), si deve intendere che il legislatore non abbia considerato tale evenienza nei soli casi in cui non intendeva ammetterla⁷⁹.

In caso di ordinanza reiettiva, i relativi esiti dipendono dalla fase e dal rito in cui si era incardinato il subprocedimento di ammissione. Ove la richiesta di prova sia stata presentata in corso di indagine, il giudice che la respinga trasmette gli atti al p.m. per l'esercizio dell'azione penale nelle forme ordinarie e la prosecuzione del processo. In caso, invece, di richiesta con opposizione a decreto penale, il giudice che la respinga darà corso all'opposizione emettendo decreto di giudizio immediato, mentre quando l'istanza segua la notifica del decreto di giudizio immediato, il fallimento della stessa verrà decretato trasmettendo gli atti al giudice competente per il giudizio.

Comunque, in caso di rigetto della richiesta si apre all'imputato la possibilità di attivare un controllo successivo ad opera di un secondo giudice: la richiesta, infatti, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, può essere "rinnovata" in caso di rigetto avvenuto nel corso delle indagini preliminari (art. 464-ter co. 4 Cpp) ovvero "riproposta" in ogni altro caso (art. 464 quater co. 9 Cpp). Le due norme ammettono entrambe lo stesso percorso, ossia la possibilità per l'imputato di chiedere a un nuovo giudicante di verificare la fondatezza

⁷⁷ Secondo M. Montagna, *op. cit.*, 407, andrebbe commisurata comunque alla gravità del reato e alle esigenze di svolgimento di un efficace progetto risocializzante.

⁷⁸ V. *infra*, in testo.

⁷⁹ La reputano non consentita P. Felicioni, *op. cit.*, 420 (che ritiene «congrua» la mancata previsione); M. Montagna, *op. cit.*, 408.

dell'istanza originariamente presentata e respinta dal collega della precedente fase⁸⁰. C'è da chiedersi, peraltro, se la variante terminologica utilizzata ne segnali una disciplina parzialmente differente. Ove, infatti, l'istanza sia stata presentata in corso di indagine, la rinnovazione potrebbe alludere alla possibilità di presentarla di nuovo con contenuti diversi, tenendo conto delle ragioni della precedente decisione negativa; in tal caso, infatti, il termine per presentarla *ab origine* non sarebbe spirato con la chiusura delle indagini (e quindi non vi è alcun rischio di aggiramento del medesimo) e le ragioni deflative dell'istituto consigliano di agevolare l'utilizzo fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento (o la chiusura dell'udienza preliminare). Nelle altre ipotesi, invece, il richiamo alla "riproposizione" dell'istanza sembra indicare che dovrebbe trattarsi della stessa richiesta, non modificata; la scelta si spiegherebbe, perché in caso di opposizione a decreto o di richiesta dopo il decreto di giudizio immediato, l'istanza di prova rigettata aveva già sfruttato l'ultimo termine utile per tale scelta e ammetterne modifiche successive varrebbe quanto una riapertura dei termini per presentarla, prestandosi così ad abusi e manovre dilatorie.

Altro è, poi, che accusa e difesa sfruttino le dinamiche di impugnazione per dolersi della decisione del giudice sull'ammissione del *probation*. L'ordinanza che decide sul punto, infatti, di qualunque segno sia⁸¹, è passibile di ricorso per cassazione, e quindi impugnabile per motivi di legittimità⁸² ad opera dell'imputato o del pubblico ministero. Indiretta la tutela offerta alla persona offesa che, come di consueto, potrà sollecitare la parte pubblica a presentare ricorso avverso l'ordinanza in punto di prova. Alla vittima, peraltro, è riconosciuta un'autonomia legittimazione al ricorso quando sia stato specificamente violato il suo diritto al contraddittorio, ossia quando non sia stata avvisata dell'udienza sulla messa alla prova o quando, pur avvisata ed essendovi comparsa, non sia stata sentita⁸³. All'impugnazione non è riconosciuto effetto sospensivo e si deve ritenere che, in caso di annullamento con rinvio, la Corte restituisca gli atti al giudice che ha emesso il provvedimento impugnato, che dovrà decidere nuovamente sull'istanza uniformandosi al *dictum* della Cassazione⁸⁴.

⁸⁰ Il problema è, dunque, come assicurare un vaglio successivo a titolo di controllo quando la richiesta sia stata presentata già all'inizio al giudice del dibattimento prima dell'apertura del giudizio, nei riti che siano privi dell'udienza preliminare, come il direttissimo o il rito a citazione diretta. M. Montagna, *op. cit.*, 410 propone di applicare a tale ipotesi la soluzione già sperimentata per il rito abbreviato, ossia un vaglio *a posteriori* affidato al giudice dibattimentale, ma all'esito della fase, o al giudice d'appello. Secondo R. Orlandi, *op. cit.*, 751, in tali casi unica soluzione resta il ricorso per cassazione.

⁸¹ A. Marandola, *op. cit.*, 683.

⁸² Restano escluse le doglianze sul merito, come l'idoneità del programma a scopi risocializzativi: così R. Orlandi, *op. cit.*, 752; v. anche A. Marandola, *op. cit.*, 683.

⁸³ Considerando la sua impossibilità di impedire la prova che sia stata disposta malgrado il suo contrario avviso, appare dunque del tutto «ragionevole» che al danneggiato, ai sensi dell'art. 464 *quater* co. 8 Cpp, non si applichi il disposto di cui all'art. 75 co. 3 Cpp (R. Orlandi, *op. cit.*, 753 s.).

⁸⁴ R. Orlandi, *op. cit.*, 752.

7. A seguito dell'ammissione della prova, ai servizi sociali spetta il compito di seguirne l'andamento. L'ordinanza che dispone la sospensione viene infatti trasmessa all'ufficio di esecuzione penale esterna competente, cui spetta la "presa in carico" dell'imputato (art. 464-*quinquies* co. 2 Cpp). L'inizio formale della prova è tracciato dal momento in cui l'ufficio redige il verbale di inizio del *probation*, che va sottoscritto dall'imputato e che, in difetto di riferimenti espressi, dovrebbe configurarsi in analogia a quello previsto dall'ordinamento penitenziario con riferimento all'affidamento in prova al servizio sociale, *ex* art. 47 Op. Da quel momento, l'adempimento delle prescrizioni, degli obblighi, delle attività di qualunque natura descritte dal progetto di prova è soggetto alla supervisione dei servizi sociali, cui spetta un compito di informativa costante a beneficio del giudice precedente.

L'ufficio di esecuzione penale esterna ha, infatti, il compito di provvedere alla redazione di relazioni periodiche durante la prova, per rendere conto del suo svolgimento, e di una relazione finale che ne riferisca l'andamento e ne dia una valutazione conclusiva. Le prime debbono avere cadenza almeno trimestrale, fatta salva la possibilità di stabilire nel provvedimento di ammissione ritmi più serrati, e riferiscono delle attività svolte e del comportamento dell'imputato. La relazione finale, invece, va presentata alla scadenza del periodo di prova e deve essere dettagliata, ossia non dovrebbe avere tenore generico, ma riferire specificamente sull'adempimento da parte dell'imputato dei singoli punti del programma di prova⁸⁵ (quanto ad *an* e *quomodo*) ed offrire infine al giudicante un parere tecnico sull'esito complessivo della stessa.

Ai servizi è altresì attribuito uno specifico potere di iniziativa in ordine al progetto di prova e ai suoi caratteri, ove nel corso del suo svolgimento si presentino specifici problemi che richiedano modifiche o aggiustamenti immediati, vuoi per garantirne il successo, vuoi per decretarne la fine. Con le relazioni periodiche, infatti, i servizi sociali possono proporre direttamente al giudice modifiche del programma di prova (ove singole prescrizioni, ad esempio, siano divenute impraticabili o si siano rivelate incongrue rispetto agli scopi del progetto), l'abbreviazione del medesimo (quando sia possibile affermare l'avvenuto successo del percorso trattamentale, sicché la prosecuzione dell'impegno dell'imputato si riveli inutile) o, al contrario, la revoca (quando sia l'irrimediabile fallimento della prova a poter essere affermato prima dello spirare del termine). Modifiche di questo stesso tipo possono essere disposte anche d'ufficio dal giudice, non foss'altro perché è implausibile che i poteri decisori del giudicante siano subordinati ad un'iniziativa non di parte, ma degli uffici di servizio sociale. In più, l'art. 464-*quinquies* co. 5 Cpp prevede espressamente che il giudice possa intervenire *ex officio* sui conno-

⁸⁵ Ciò non comporta necessariamente che la relazione finale non possa anche far riferimento, *per relationem*, ai rendiconti periodici, ma che non deve essere generica e che deve comunque mantenere un certo grado di autonomia, recando in ogni caso un giudizio complessivo dell'andamento del percorso di prova e del comportamento dell'imputato in tale contesto.

tati del programma di prova, modificandone le prescrizioni originarie (si deve ritenere, quanto al tipo di prescrizione o alle sue modalità esecutive), a condizione che le nuove prescrizioni mantengano congruità con le finalità della prova. Sul punto, è previsto solo che il giudice debba, prima di decidere, sentire l'imputato e il pubblico ministero. È su questa partecipazione "debole" delle parti alle determinazioni modificative del giudice, che si possono nutrire le maggiori perplessità. Mentre, infatti, che il progetto di prova sia flessibile è un dato positivo, giacché ammette realisticamente che un programma risocializzante, tarato sulle caratteristiche del singolo, sul tipo di reato, sulla vittima e sullo stesso contesto esistenziale dei protagonisti della vicenda penale, possa risentire del contesto medesimo ed essere quindi aperto ai cambiamenti, il fatto che in tale occasione impallidisca la natura negoziale della misura non convince. L'imputato, infatti, in questa congiuntura deve solo essere sentito, esprimendo, alla pari del p.m., solo un parere obbligatorio, ma non vincolante⁸⁶. Se tale scelta è comprensibile per la parte pubblica, a tutela solo del suo intervento nel procedimento e nelle decisioni che possano incidere sulle sue sorti, per l'imputato si tratta di una possibilità di basso profilo, visto che la misura è ontologicamente fondata sulla sua volontà di sottoporsi al programma, con un impegno che verte non genericamente sul progetto, ma sui suoi contenuti, che devono addirittura essere elaborati d'intesa tra imputato e servizi sociali e rispetto ai quali l'interessato si assume un impegno specifico. Che tanto rilevi, poi, anche laddove il giudice intervenga in prima battuta sul progetto al fine di poter ammettere la prova, implica che a tale metodologia negoziata non si possa venire meno in alcun occasione⁸⁷, pena – non foss'altro – l'irragionevolezza della disciplina. A rigore, infatti, ne va della plausibilità costituzionale *tout court* della norma, alla luce anche degli artt. 24, 27 e 111 Cost., giacché quel consenso che giustifica lo "scambio" tra le prestazioni cui l'imputato si sottopone e il beneficio che ottiene dall'ordinamento non basta che esista originariamente, ma deve permanere durante tutta la prova, sino al suo esito. Persino quanto al ruolo dell'offeso, si può dubitare della ragionevolezza della disciplina, giacché la vittima in questa occasione sembra non debba essere neppure consultata; una disparità di trattamento poco plausibile, se confrontata con l'obbligo di sentire l'offeso in sede di ammissione del programma e considerando il fatto che le modifiche decise in corso d'opera potrebbero teoricamente anche coinvolgerlo.

La disciplina in esame, infine, dedica regole specifiche ad alcune evenienze, rilevanti o quanto allo svolgimento delle prescrizioni conte-

⁸⁶ Le relative modifiche, dunque, potrebbero essere apportate dal giudice «anche contro la [sua] volontà» (R. Orlandi, *op. cit.*, 753).

⁸⁷ Secondo M. Montagna, *op. cit.*, 413, la possibilità di modifica senza il consenso dell'imputato sarebbe limitata alle prescrizioni di cui all'art. 464-*quinquies* co. 1 Cpp, che il giudice sarebbe legittimato ad imporre; ove invece si trattasse di prescrizioni di altra natura facenti parte del programma di trattamento, le dinamiche consensuali potrebbero essere recuperate.

nute nel progetto o quanto all'andamento della vicenda giudiziaria, temporaneamente "congelata".

La prima evenienza attiene alle prescrizioni od obblighi in cui si traducono le condotte riparative o risarcitorie. Ad esse sembra che debba essere dedicata una particolare attenzione, giacché l'art. 464-*quinquies* co. 1 Cpp impone al giudice di fissare un termine specifico per il relativo adempimento. Detto termine non sembra coincidente con quello fissato per la prova, ma sia ad esso "interno", stabilendo un confine cronologico ravvicinato entro il quale gli obblighi riparativi debbono essere osservati a beneficio della vittima. La logica sottesa alla norma è plausibile, nella misura in cui tiene conto dei tempi potenzialmente lunghi del *probation* e si preoccupa di imporre invece, a titolo di garanzia di efficienza e celerità della risposta alla domanda di giustizia della persona offesa o danneggiata, scadenze più brevi per le prestazioni che siano rivolte a suo vantaggio. Il termine, infatti, può essere prorogato solo una volta e per gravi motivi, sembra su richiesta dell'imputato e per decisione *de plano* del giudice procedente, visto che nessun contraddittorio sul punto è previsto e tale scelta è coerente con la rapidità impressa a questa componente del progetto. È, poi, solo con il consenso dell'offeso che il giudice può disporre il pagamento rateale delle somme dovute a titolo di risarcimento del danno, evidentemente sul rilievo che la vittima in tal caso non potrebbe essere costretta a subire il differimento del pagamento dovutole e nella medesima logica di accelerazione del ristoro; peraltro, in questo caso, invece, sembra che alla persona offesa si conceda troppo, dal momento che sarebbe ragionevole non condizionare a una sua manifestazione di volontà una scelta che potrebbe essere dovuta alle condizioni economiche dell'imputato e all'entità del risarcimento, e che un immotivato veto della vittima sarebbe così suscettibile di precludere.

La seconda evenienza riguarda l'eventualità che si renda necessario assumere prove durante lo svolgimento della prova, quando cioè il rito è sospeso e, quindi, non tollera in linea di principio lo svolgimento di attività processuali, neppure istruttorie⁸⁸. Sul modello degli artt. 70 co. 2 e 71 co. 4 Cpp, infatti, l'art. 464-*sexies* Cpp ammette la possibilità di assunzione di prove, ove siano non rinviabili ovvero possano condurre al proscioglimento dell'imputato. La *ratio* della clausola risiede innanzitutto nella protezione della funzione accertativa del processo, che verrebbe messa a repentaglio dalla perdita di conoscenze che il tempo potrebbe disperdere, a fronte della possibilità che la prova abbia esito negativo e che quindi il procedimento debba riattivarsi per giungere al suo esito fisiologico. Per altro verso, la norma si fonda sull'esigenza di tutelare il diritto di difesa e la presunzione di non colpevolezza (oltre a rispondere ad evidenti logiche di economia processuale), garantendo che, ogni qual volta vi sia ragione di ritenere che una nuova acquisizione probatoria possa condurre al proscioglimento immediato, debba procedersi ad acquisirla per chiudere il rito appena possibile. Sono rilevanti, a tal fine, innanzi-

⁸⁸ R. Orlandi, *op. cit.*, 753.

tutto, i contributi probatori che il decorso del tempo possa pregiudicare e quindi identificabili nel catalogo delle prove non rinviabili *ex art.* 392 co. 1 Cpp; inoltre, le prove a discarico che possano fondare un proscioglimento, ossia, si deve ritenere, che siano in grado di scardinare la premessa accertativa del *probation*, che implica non vi fossero elementi per prosciogliere immediatamente l'imputato *ex art.* 129 Cpp. In analogia con quanto stabilito per l'incidente probatorio, le forme di assunzione dovrebbero essere quelle dibattimentali in ogni caso (quindi, si direbbe, anche quando il rito sia stato sospeso prima della fase dibattimentale e anche per le prove rinviabili)⁸⁹ e a richiederle dovrebbe comunque essere una parte, non risultando previsto alcun potere officioso del giudice, da escludersi quindi in forza dell'art. 190 Cpp. Una scelta plausibile solo in parte, quest'ultima, giacché consente anche alla parte pubblica e non solo alla difesa di attivarsi per chiedere prove rinviabili, ma a discarico, malgrado le incognite del caso e la conseguente possibilità che la parte pubblica ne abusi: si pensi all'ipotesi in cui il risultato probatorio richiesto dall'accusa risulti "inopinatamente" sfavorevole, restando comunque definitivamente acquisito al bagaglio probatorio. Non a caso, per l'ipotesi gemella dell'art. 70 Cpp, la richiesta di prove a discarico può venire solo dalla difesa e non si vede alcun fondamento ragionevole per una disparità di trattamento, nel caso del *probation*.

8. La messa alla prova può giungere alla chiusura fisiologicamente, allo spirare del termine fissato dal giudice nell'ordinanza sospensiva, oppure concludersi anticipatamente, per esito positivo raggiunto già *in itinere* (è il caso, già visto, dell'abbreviazione) oppure, al contrario, per il suo precoce fallimento.

È questo il caso della revoca, che costituisce la vicenda di maggior rilievo del percorso di prova, implicandone la verifica anticipata dell'esito negativo, in base ai presupposti indicati tassativamente⁹⁰ dall'art. 168-*quater* Cp: la grave o reiterata trasgressione alle prescrizioni del programma di prova; il rifiuto di prestare il lavoro di pubblica utilità; la commissione di un ulteriore illecito penale (delitto non colposo o reato della stessa indole di quello per cui si procede)⁹¹. In presenza di ognuna di queste circostanze, il giudice sembra abbia l'obbligo e non la mera facoltà di procedere alla revoca⁹², stante la perentorietà del disposto nor-

⁸⁹ Ma ad assumerle dovrebbe essere comunque il giudice procedente, ossia quello che ha disposto la sospensione del processo: cfr. R. Orlandi, *op. cit.*, 753.

⁹⁰ Cfr. P. Felicioni, *op. cit.*, 430; nonché F. Fiorentin, *Revoca discrezionale per chi viola il programma*, in *GD* 2014 (21), 83, ove si sottolinea che le condotte rilevino solo in quanto siano colpevoli e possano essere sia omissive, che commissive.

⁹¹ Il grado di certezza che si dovrebbe avere sull'ulteriore illecito commesso non è precisato dalla legge. Secondo F. Fiorentin, *Revoca*, cit., 85, non sarebbe sufficiente la notizia di reato, mentre dovrebbero esserci almeno elementi gravi e concordanti sull'attribuibilità del fatto ulteriore all'imputato o questi dovrebbe essere stato colto in flagranza; concorda P. Felicioni, *op. cit.*, 431 s.

⁹² *Contra* F. Fiorentin, *Revoca*, cit., 84, secondo il quale è opportuno lasciare al giudicante un certo margine di discrezionalità, verificando la reale necessità della re-

mativo, secondo il quale la prova «è revocata», non appena si concreti una delle condizioni ivi indicate (art. 168-*quater* co. 1 Cp).

La revoca è disposta dal giudice «anche d'ufficio», quindi sia di iniziativa propria, sia su sollecitazione di parte; anzi, le disposizioni attuative ammettono che un'indicazione in tal senso possa venire anche dagli uffici di esecuzione penale esterna che seguono l'andamento della prova. Si tratta di scelta ragionevole, del resto, se si considera che alcuni presupposti della revoca, come la trasgressione ai punti qualificanti del programma, la reiterata violazione degli impegni presi (anche se non cruciali) o il rifiuto ingiustificato di svolgere la prestazione lavorativa, saranno normalmente rilevati *in primis* dai servizi sociali che hanno preso in carico l'imputato.

Il provvedimento di revoca assume le forme dell'ordinanza e va adottato all'esito di uno specifico contraddittorio: al giudice, in presenza della rilevata possibile esistenza di un presupposto per la revoca spetta innanzitutto la fissazione di un'apposita udienza camerale (sembra, qualunque sia la fase in cui il rito è stato sospeso), di cui deve dare avviso tanto alle parti, quanto alla persona offesa almeno dieci giorni prima (art. 464-*octies* co. 2 Cpp). Ogni contraddittorio degno di questo nome, peraltro, non può che essere contraddittorio "informato", e sul punto la norma è singolarmente taciturna. Gli elementi sui quali il giudice dovrà decidere, infatti, non sono di per sé a disposizione delle parti, trattandosi in linea di principio di documentazione sull'andamento della prova o, magari, di atti di altri procedimenti, nell'ipotesi in cui il presupposto sia costituito dalla commissione di un ulteriore illecito penale. Né è chiaro quale sia la documentazione dei servizi sociali che questi devono mettere a disposizione del giudice per questa evenienza, poiché l'art. 141-*ter* NAttCpp prevede, al quarto comma, che i servizi sociali debbano trasmettere al giudicante una relazione dettagliata «alla scadenza del periodo di prova», quindi si direbbe non prima, e il co. 6 stabilisce che le relazioni periodiche e quella finale debbano essere depositate almeno dieci giorni prima dell'udienza prevista dall'art. 464 *septies* Cpp, cioè quella per la valutazione finale e non per la revoca della prova. La lacuna è tuttavia colmabile per via interpretativa, mediante la lettura estensiva e l'applicazione analogica proprio della disposizione di attuazione. Innanzitutto, il concetto di relazione "finale" e quello di "scadenza" del periodo di prova possono essere letti in modo da ricomprendervi non solo i casi di conclusione fisiologica del periodo di prova, ma anche le ipotesi di conclusione anticipata; anzi, se si considera che i servizi sociali potrebbero sollecitare la revoca con una delle proprie relazioni, va da sé che questa costituisca naturalmente la relazione finale

voca tenendo conto, ad esempio, della natura e dei motivi delle trasgressioni. L'esigenza di flessibilità, peraltro, non pare attenga al dovere del giudice di attivarsi, quanto ai margini elastici dei presupposti della revoca: basti pensare ai concetti di "gravità" delle trasgressioni o alle soglie di "reiterazione" rilevanti per la decisione e che la legge non predetermina, che ammettono comunque spazi valutativi ampi per il giudice decidente.

della misura e vada gestita di conseguenza. Il co. 6 della norma attuativa, poi, può applicarsi per analogia non solo all'udienza finale sugli esiti *ex art. 464-septies* Cpp, ma anche all'omologa udienza finale sul vaglio anticipato dell'esito negativo che si instaura per la revoca *ex art. 464-octies* Cpp, rispetto alla quale il deposito delle relazioni con almeno dieci giorni di anticipo condivide la *ratio* di assicurare il contributo dialettico consapevole, almeno, delle parti.

Il provvedimento che decide sulla revoca è ricorribile per cassazione per violazione di legge. Solo dal momento in cui l'ordinanza diviene definitiva, peraltro, il procedimento penale riprende il suo corso e cessa l'esecuzione del programma di prova; è solo dallo spirare dei termini per impugnare o dalla dichiarazione di inammissibilità o rigetto dell'eventuale ricorso⁹³, dunque, che vengono meno gli impegni del progetto cui l'imputato è vincolato, i quali invece, nel frattempo, si direbbe non possano essere disattesi.

In assenza di vicende estintive precoci o di abbreviazioni, il progetto di prova perviene alla conclusione nel momento in cui spira il termine originariamente stabilito dal giudice nell'ordinanza sospensiva ed è allora che si dovrà effettuare la valutazione complessiva del percorso "trattamentale" svolto, per sancire il successo o il fallimento del *probation*. I parametri per la valutazione dell'esito del *probation* sono indicati all'art. 464-septies co. 1 Cpp, in cui è evidente lo sforzo di definizione in termini oggettivi dei criteri cui deve ispirarsi il vaglio giudiziale. A garanzia del principio di legalità, infatti, sono stati banditi parametri che potessero prestarsi ad abusi soggettivistici ed imprevedibili disparità di trattamento, per agganciare la decisione del giudice a fatti obiettivi, come il rispetto delle prescrizioni stabilite nel programma e il comportamento dell'imputato nel corso della prova⁹⁴. Il primo aspetto attiene semplicemente all'adempimento o meno dei singoli punti del programma di *probation*, mentre il secondo apre comunque a una valutazione flessibile, che consenta al giudicante di tener conto della condotta complessiva dell'imputato, permettendogli così, ad esempio, di soprassedere su inadempimenti parziali o su prescrizioni meno qualificanti ovvero su inottemperanze non dovute a difetto di diligenza da parte dell'imputato, spostando l'attenzione sugli adempimenti cruciali e sulla condotta del protagonista valutata globalmente. In tal modo, ad esempio, sarebbe ragionevole considerare comunque il successo di una messa alla prova in cui l'attività di volontariato sia stata eseguita male o solo

⁹³ P. Felicioni, *op. cit.*, 429.

⁹⁴ Ciò non toglie che vi sia chi ritiene imprescindibile una valutazione dell'imputato in termini più complessi: così, sembra, P. Felicioni, *op. cit.*, 423 s., secondo cui il giudice dovrebbe comunque effettuare una prognosi di non recidiva e, a tal fine, compiere un giudizio oggettivo e soggettivo, motivando specificamente su entrambi i profili. Secondo l'Autrice, anzi, si dovrebbe far ricorso «in via sistematica» all'art. 464-bis co. 5 Cpp, per consentire al giudice di integrare le proprie conoscenze a tal fine: una prospettiva, questa, che non persuade, dal momento che sembra implicare l'applicazione analogica di una norma che assegna al giudice poteri istruttori d'ufficio ed è quindi eccezionale.

parzialmente, a fronte della sottoposizione scrupolosa ad un programma di disintossicazione da una dipendenza, oppure che il risarcimento del danno sia stato effettuato diligentemente, ma in maniera parziale, a fronte delle condizioni economiche dell'imputato; per contro, sarebbe arduo ammettere il successo della prova ove il lavoro di pubblica utilità non sia stato svolto (posto che il rifiuto di prestarlo è anche causa di revoca), considerato il ruolo cruciale di questa prescrizione nella prova in genere. Certo, non potrebbero ridondare a sfavore dell'imputato inadempimenti o insuccessi che non gli siano addebitabili: è il caso della perdita del lavoro per indisponibilità sopraggiunta dell'ente, che non sia stato sostituito per inerzia dei servizi o impossibilità oggettiva, oppure di una mediazione che, malgrado il coinvolgimento convinto dell'imputato, non abbia sortito effetti o sia stata interrotta per indisponibilità della vittima.

La decisione è assunta in un'apposita udienza per la valutazione, di cui deve essere dato avviso alle parti e alla persona offesa. A tal fine, il giudice dovrà acquisire la relazione finale dei servizi sociali, stando all'art. 464-*septies* co. 1, ma è dalle disposizioni attuative che, come già rammentato, si desume che vadano depositate in cancelleria e messe a disposizione delle parti almeno dieci giorni prima dell'udienza di verifica tanto le relazioni periodiche dei servizi sociali, quanto quella finale (art. 141-*ter* co. 6 NATtCp).

In caso di esito positivo, l'effetto si concreta nell'estinzione del reato per cui si procede e la decisione finale assume la forma della sentenza di non luogo a procedere o di non doversi procedere, a seconda della fase in cui è pronunciata⁹⁵.

In caso di esito negativo, invece, il panorama si complica. Innanzitutto, la sospensione viene meno e quindi il procedimento riprende il suo corso (art. 464-*septies*, co. 2 Cpp), ma nulla si dice su quanto possa avvenire nel prosieguo. La ripresa si collocherà esattamente nel momento in cui la sospensione era stata originariamente adottata, sicché, in caso di sospensione avvenuta in corso di indagine, sarà di nuovo il p.m. a riassumere il controllo della fase; peraltro, avendo questi a suo tempo esercitato l'azione penale formulando l'imputazione ed essendo questa irretrattabile, sembra non gli resti altro da fare che esercitare l'azione in forma diversa e far proseguire il processo⁹⁶. Ove la sospensione

⁹⁵ Nel silenzio della legge, si deve ritenere che la decisione che dichiara il reato estinto sia appellabile ai sensi dell'art. 593 co. 2 Cpp e, quindi, sia ad opera del p.m. (che potrebbe contestare la valutazione positiva della prova), sia dell'imputato (che potrebbe rivendicare l'applicabilità dell'art. 129 Cpp): così R. Orlandi, *op. cit.*, 754, che precisa come, in tal caso, il giudice d'appello applichi l'art. 604 co. 6 Cpp, se del caso annullando l'estinzione del reato e decidendo nel merito. L'Autore rammenta anche che è possibile il ricorso in cassazione, peraltro negli angusti limiti delle censure di legittimità e quindi per *errores in iudicando* (si pensi all'erronea qualificazione giuridica del fatto) o *in procedendo* (come per l'omesso avviso di udienza all'offeso) ovvero per vizio di motivazione.

⁹⁶ Secondo R. Orlandi, *op. cit.*, 752 e 755, a seguito dell'esito negativo l'imputato potrebbe comunque optare per un altro rito di matrice consensuale (abbreviato, patteggiamento ed oblazione), solo che termini e forme della relativa richiesta fossero ri-

fosse stata disposta in udienza, si pone innanzitutto il problema delle sorti dei materiali conoscitivi che siano stati raccolti e formati durante la prova. La prima stesura del testo normativo approvata alla Camera, infatti, recava una specifica ipotesi di inutilizzabilità nel prosieguo del rito delle informazioni comunque raccolte in seno al *probation*, ma questa clausola è sparita (evidentemente, non a caso) dal testo definitivo. Si dovrebbe desumerne che i materiali formati con le inchieste sociali, le informazioni raccolte dai servizi sociali o dalla p.g., le stesse dichiarazioni raccolte nell'ambito del percorso di mediazione, sarebbero passibili di uso o di recupero nel processo riattivato a seguito di revoca o esito negativo della prova, secondo le forme degli atti di indagine o di prova cui sono affini (di regola, dichiarazioni o consulenze tecniche, peraltro normalmente assunte senza alcun contraddittorio e dunque assimilabili agli atti di indagine, anche se commissionate dal giudice)⁹⁷. Di certo, si tratta di un problema di non poco momento, solo che si consideri il rischio che, ad esempio, le dichiarazioni rese nel corso degli incontri con il mediatore siano recuperabili mediante testimonianze *de relato*: è evidente, quanto meno, che questo sarebbe un forte disincentivo per l'imputato ad accettare la mediazione⁹⁸ e a compierla con spontaneità, e sarebbe altresì irragionevole, a fronte del fatto che nella mediazione prevista per il rito penale di pace la regola dell'inutilizzabilità nel processo dei relativi risultati è espressamente sancita (art. 29 co. 4 d.lgs. 274/2000).

Una volta riattivato il rito in fase di udienza, tutti gli esiti tipici sono ancora possibili, inclusa l'emissione di sentenza di non luogo a procedere o di proscioglimento; vero è che la sospensione comportava una decisione allo stato degli atti sulla responsabilità, ma si trattava di accertamento provvisorio (atti istruttori successivi possono modificare il quadro probatorio), privo di contributi dialetticamente formati e fondato su una regola di giudizio attenuata come quella *ex art. 129 Cpp*. Nulla vieta, quindi, che possa nel prosieguo essere ribaltato, specialmente quando la ripresa avvenga nella fase dibattimentale⁹⁹, destinata a

spettati. *Contra* P. Felicioni, *op. cit.*, 427, che ritiene che la messa alla prova resti comunque incompatibile con la scelta di altre forme di rito alternativo.

⁹⁷ Secondo P. Felicioni, *op. cit.*, 428, le valutazioni contenute nelle relazioni dei servizi sociali sarebbero comunque inutilizzabili; quanto agli altri elementi, si prospetta l'alternativa di considerare estensibile per analogia il limite d'uso *ex art. 228 co. 3 Cpp*, ovvero di considerare tutti gli elementi raccolti alla stregua di prove documentali.

⁹⁸ Sarebbe fattore disincentivante in generale rispetto alla richiesta di *probation*, per R. Bartoli, *op. cit.*, 671.

⁹⁹ Qui il problema specifico è però se possa assumere la decisione, in dibattimento, lo stesso giudice-persona fisica che ha disposto la prova e che dunque sia pregiudicato dall'aver effettuato un accertamento preliminare, per quanto in termini attenuati, sulla colpevolezza. Tecnicamente, non si tratta di un'ipotesi di incompatibilità funzionale, non essendo il caso ricompreso tra le ipotesi di cui all'art. 34 Cpp. Tuttavia, essendo fattispecie affine alle molte che la Consulta ha via via aggiunto alla norma codicistica mediante sentenze additive, è ragionevole e auspicabile attendersi che ciò accada anche in questo caso, sempre che non sia il legislatore ad intervenire per primo (R. Orlandi, *op. cit.*, 756).

produrre elementi di prova qualitativamente e quantitativamente diversi da quelli preliminari. È facile, peraltro, che la prosecuzione del rito confermi l'assunto originario e si traduca in una sentenza di condanna, confermando in positivo la verifica sulla colpevolezza. In tal caso, comunque, la pena determinata di conseguenza dovrà essere computata tenendo conto del periodo di prova svolto, secondo il criterio di ragguaglio di cui all'art. 657-*bis* Cpp¹⁰⁰.

Di certo, a seguito del fallimento della prova, all'imputato non è data una seconda *chance* di avvalersi della misura: dopo l'insuccesso, infatti, sia in termini di revoca che di esito negativo sancito allo spirare naturale del termine di sospensione, un'ulteriore richiesta di messa alla prova sarebbe inammissibile *ex art. 464-novies* Cpp, che ne vieta a chiare lettere la riproposizione. Una preclusione soggettiva rigida, dunque, che, in sintonia con quanto stabilito in generale dall'art. 168-*bis* co. 4 Cp, sottolinea come il *probation* costituisca per l'imputato una possibilità preziosa, ma unica¹⁰¹. C'è da augurarsi che confini così ristretti non fisanco col decretare la sterilità pratica di uno strumento che, invece, sarebbe in grado di offrire al sistema un significativo contributo, in termini di efficacia e razionalizzazione.

¹⁰⁰ R. Orlandi, *op. cit.*, 757, osserva come, dopo la condanna, il reo possa comunque accedere alle misure alternative ai sensi dell'art. 656 co. 5 e 6 Cpp, "schiavando" così la carcerazione: saranno praticabili, oltre all'affidamento in prova al servizio sociale (improbabile dopo il fallimento del *probation* processuale), detenzione domiciliare e semilibertà.

¹⁰¹ A questo va verisimilmente collegato l'art. 6 l. 67/2014, che prevede l'iscrizione al casellario giudiziale delle ordinanze sospensive, introducendo un'apposita lett. *i bis*) all'art. 3 co. 1 del testo unico delle disposizioni in materia di casellario giudiziale (d.P.R. 14.11.2002 n. 313).

Art. 7

Disposizioni in materia di pianta organica degli uffici locali di esecuzione penale esterna del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia

1. Qualora, in relazione alle esigenze di attuazione del presente capo, si renda necessario procedere all'adeguamento numerico e professionale della pianta organica degli uffici di esecuzione penale esterna del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria del Ministero della giustizia, il Ministro della giustizia riferisce tempestivamente alle competenti Commissioni parlamentari in merito alle modalità con cui si provvederà al predetto adeguamento, previo stanziamento delle occorrenti risorse finanziarie da effettuare con apposito provvedimento legislativo.
2. Entro il 31 maggio di ciascun anno, il Ministro della giustizia riferisce alle competenti Commissioni parlamentari in merito all'attuazione delle disposizioni in materia di messa alla prova.

Art. 8

Regolamento del Ministro della giustizia per disciplinare le convenzioni in materia di lavoro di pubblica utilità conseguente alla messa alla prova dell'imputato

1. Ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Ministro della giustizia, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, adotta un regolamento allo scopo di disciplinare le convenzioni che il Ministero della giustizia o, su delega di quest'ultimo, il presidente del tribunale, può stipulare con gli enti o le organizzazioni di cui al terzo comma dell'articolo 168-bis del codice penale, introdotto dall'articolo 3, comma, della presente legge. I testi delle convenzioni sono pubblicati nel sito internet del Ministero della giustizia e raggruppati per distretto di corte di appello.
- Omissis, v. supra, sub artt. 4, 5, 6.

CAPO III

Sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili

Art. 9

Modifiche al codice di procedura penale in materia di udienza preliminare

1. Al comma 1 dell'articolo 419 del codice di procedura penale, le parole: «non comparendo sarà giudicato in contumacia» sono sostituite dalle seguenti: «, qualora non compaia, si applicheranno le disposizioni di cui agli articoli 420-bis, 420-ter, 420-quater e 420-quinquies».

2. L'articolo 420-bis del codice di procedura penale è sostituito dal seguente:

«Art. 420-bis (Assenza dell'imputato). – 1. Se l'imputato, libero o detenuto, non è presente all'udienza e, anche se impedito, ha espressamente rinunciato ad assistervi, il giudice procede in sua assenza.

2. Salvo quanto previsto dall'articolo 420-ter, il giudice procede altresì in assenza dell'imputato che nel corso del procedimento abbia dichiarato o eletto domicilio ovvero sia stato arrestato, fermato o sottoposto a misura cautelare ovvero abbia nominato un difensore di fiducia, nonché nel caso in cui l'imputato assente abbia ricevuto personalmente la notificazione dell'avviso dell'udienza ovvero risulti comunque con certezza che lo stesso è a conoscenza del procedimento o si è volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo.

3. Nei casi di cui ai commi 1 e 2, l'imputato è rappresentato dal difensore. È altresì rappresentato dal difensore ed è considerato presente l'imputato che, dopo essere comparso, si allontana dall'aula

di udienza o che, presente ad una udienza, non compare ad udienze successive.

4. L'ordinanza che dispone di procedere in assenza dell'imputato è revocata anche d'ufficio se, prima della decisione, l'imputato compare. Se l'imputato fornisce la prova che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo, il giudice rinvia l'udienza e l'imputato può chiedere l'acquisizione di atti e documenti ai sensi dell'articolo 421, comma 3. Nel corso del giudizio di primo grado, l'imputato ha diritto di formulare richiesta di prove ai sensi dell'articolo 493. Ferma restando in ogni caso la validità degli atti regolarmente com-

piuti in precedenza, l'imputato può altresì chiedere la rinnovazione di prove già assunte. Nello stesso modo si procede se l'imputato dimostra che versava nell'assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento e che la prova dell'impedimento è pervenuta con ritardo senza sua colpa.

5. Il giudice revoca altresì l'ordinanza e procede a norma dell'articolo 420-quater se risulta che il procedimento, per l'assenza dell'imputato, doveva essere sospeso ai sensi delle disposizioni di tale articolo».

3. L'articolo 420-quater del codice di procedura penale è sostituito dal seguente:

«Art. 420-quater (Sospensione del processo per assenza dell'imputato). – 1. Fuori dei casi previsti dagli articoli 420-bis e 420-ter e fuori delle ipotesi di nullità della notificazione, se l'imputato non è presente il giudice rinvia l'udienza e dispone che l'avviso sia notificato all'imputato personalmente ad opera della polizia giudiziaria.

2. Quando la notificazione ai sensi del comma 1 non risulta possibile, e sempre che non debba essere pronunciata sentenza a norma dell'articolo 129, il giudice dispone con ordinanza la sospensione del processo nei confronti dell'imputato assente. Si applica l'articolo 18, comma 1, lettera b). Non si applica l'articolo 75, comma 3.

3. Durante la sospensione del processo, il giudice, con le modalità stabilite per il dibattimento, acquisisce, a richiesta di parte, le prove non rinviabili».

4. L'articolo 420-quinquies del codice di procedura penale è sostituito dal seguente:

«Art. 420-quinquies (Nuove ricerche dell'imputato e revoca della sospensione del processo). – 1. Alla scadenza di un anno dalla pronuncia dell'ordinanza di cui al comma 2 del-

l'articolo 420-quater, o anche prima quando ne ravvisi l'esigenza, il giudice dispone nuove ricerche dell'imputato per la notifica dell'avviso. Analogamente provvede a ogni successiva scadenza annuale, qualora il procedimento non abbia ripreso il suo corso.

2. *Il giudice revoca l'ordinanza di sospensione del processo:*

a) *se le ricerche di cui al comma 1 hanno avuto esito positivo;*

b) *se l'imputato ha nel frattempo nominato un difensore di fiducia;*

c) *in ogni altro caso in cui vi sia la prova certa che l'imputato è a co-*

noscenza del procedimento avviato nei suoi confronti;

d) *se deve essere pronunciata sentenza a norma dell'articolo 129.*

3. *Con l'ordinanza di revoca della sospensione del processo, il giudice fissa la data per la nuova udienza, disponendo che l'avviso sia notificato all'imputato e al suo difensore, alle altre parti private e alla persona offesa, nonché comunicato al pubblico ministero.*

4. *All'udienza di cui al comma 3 l'imputato può formulare richiesta ai sensi degli articoli 438 e 444».*

Il “tramonto” della contumacia e l'affermazione di un'assenza “multiforme”

Commento di ANNALISA MANGIARACINA

SOMMARIO: 1. L'abolizione della contumacia: “cronaca di una morte annunciata”. – 1.2. Un nuovo “avvertimento” per l'imputato dal contenuto “criptico”. – 1.3. Le “dimenticanze” normative. – 2. Verso una rivisitazione delle categorie giuridiche: l'assenza “in senso stretto”. – 2.1. L'assenza “presunta”. – 2.2. L'accertamento dell'assenza. – 2.3. La “quasi presenza”. – 2.4. La rappresentanza processuale dell'“assente”. – 2.5. L'instabilità dell'ordinanza dichiarativa dell'assenza. – 3. I profili di incostituzionalità della disciplina sull'irreperibile. – 3.1. Gli accertamenti preliminari. – 3.2. Il potere di proscioglimento tra udienza preliminare e giudizio. – 3.3. La sospensione nei confronti delle altre parti processuali. – 3.4. La “conservazione” delle prove.

1. La legge 28.4.2014 n. 67 ha segnato una svolta epocale nel vigente assetto processuale: per la prima volta dall'entrata in vigore del nuovo codice di rito¹ si è intervenuti in modo radicale sull'istituto della contumacia, appena toccato dalla riforma sul giudice “unico”² e rimasto

¹ La normativa sulla contumacia contenuta nell'originario assetto codicistico era stata anticipata dalla l. 23.1.1989 n. 22 di modifica del codice di procedura penale del 1930, in conseguenza della condanna resa dalla Corte europea nella sentenza 12.2.1985, *Colozza c. Italia*. Per un ampio commento v. A. Melchionda, *L. 23.11.1989 n. 22 (G.U. 30.1.1989 n. 24) - Nuova disciplina della contumacia*, in *LP 1989*, 323 ss.

² Sulle modifiche apportate dalla l. 16.12.1999 n. 479 v., tra i tanti, L. Filippi, *La contumacia, l'assenza e l'allontanamento dell'imputato e l'impedimento del difensore nell'udienza preliminare*, in *Le recenti modifiche al codice di procedura penale. Commento alla legge 16 dicembre 1999, n. 479 (c.d. legge Carotti)*, vol. I, *Le innovazioni in tema di indagini e di udienza preliminare*, a cura di L. Kalb, Milano 2000, 325 ss.; P. Moscarini, *Udienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione (quasi) completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di F. Peroni, Padova 2000, 287 ss.

indenne anche dopo l'innesto nella Carta costituzionale dei principi sul "giusto" processo. Una riforma che, tuttavia, anche per l'originaria mancanza di una disciplina transitoria³, è apparsa subito contrassegnata da "luci" e "ombre".

Con il d.l. 21.2.2005 n. 17, convertito in l. 22.4.2005 n. 60⁴, Governo e Parlamento, sotto la spinta propulsiva della giurisprudenza europea⁵, nel riformulare il co. 2 dell'art. 175 Cpp, si erano limitati ad intervenire (sia pure parzialmente, come dimostrato dal mancato coordinamento dell'art. 603 co. 4 Cpp) sul fronte dei rimedi restitutori⁶, garantendo all'imputato contumace, se rimasto all'oscuro del processo, il diritto «incondizionato» – perché sottratto alla previgente *probatio diabolica* – alla restituzione nel termine per impugnare la decisione conclusiva del giudizio.

La novella, pur con i correttivi apportati dalla giurisprudenza costituzionale⁷ e alcune fughe in avanti dei giudici di legittimità⁸, inclini ad un'interpretazione della normativa nazionale convenzionalmente orientata⁹, continuava tuttavia a presentare numerosi punti critici. L'im-

³ Le norme transitorie sono state infatti inserite dal Parlamento con la l. 11.8.2014 n. 118. Per un commento v. *infra*, S. Quattrococo, *sub art.* 15-bis, 669; P. Tonini, C. Conti, *Aggiornamento alla legge 11 agosto 2014, n. 118, in Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di C. Conti, A. Marandola, G. Varraso, aggiornamento on line, Torino, 2014.

⁴ Numerosi i contributi al riguardo; v., tra i tanti, M. Cassano, E. Calvanese, *Giudizio in contumacia e restituzione nel termine*, Milano 2008; G. Garuti, *Nuove norme sulla restituzione nel termine per l'impugnazione di sentenze contumaciali e decreti di condanna*, in DPP 2005, 684 ss.; P. Moscarini, *Il giudizio in absentia nell'ottica delle giurisdizioni internazionali ed in una recente legge italiana*, in RIDPP 2005, 573 ss.; D. Negri, *Art. 1 D.L. 18.2.2005 n. 17*, in LP 2005, 260 ss.; A. Tamietti, *Restituzione in termini e articolo 175 c.p.p. Roma si adegua alla sentenza Sejdovic*, in D&G 2005, n. 12, 98 ss.

⁵ Dapprima C. eur., sent. 18.5.2004, *Somogyi c. Italia*, in CP 2004, 3797 ss., con nota di A. Tamietti, *Iniquità della procedura contumaciale ed equa riparazione sotto forma di restituito in integrum: un passo verso un obbligo giuridico degli Stati membri alla celebrazione di un nuovo processo?*; successivamente C. eur., 10.11.2004, *Sejdovic c. Italia*. Quest'ultima, usando il modulo della sentenza "pilota", aveva censurato l'Italia per la mancanza «di un meccanismo volto a mettere in opera il diritto delle persone condannate in contumacia – che non siano state informate in maniera effettiva delle pendenze a loro carico e che non abbiano rinunciato in maniera non equivoca al loro diritto di comparire – ad ottenere ulteriormente che una giurisdizione statuisca di nuovo, dopo averle sentite, nel rispetto delle esigenze di cui all'art. 6 della Convenzione, sul merito delle accuse». La sentenza è stata poi confermata da C. eur., GC 1.3.2006, *Sejdovic c. Italia*, in D&G 2006, n. 18, 71 ss., con il commento di F. Izzo, *Contumacia, così l'Italia corre ai ripari*.

⁶ La riforma aveva inciso, sia pure parzialmente, anche sul sistema delle notificazioni mediante l'introduzione del co. 8-bis nel corpo dell'art. 157 Cpp.

⁷ Il riferimento è a C. cost., sent. 30.11.2009 n. 317, in GCos 2009, 4747, con il commento di G. Ubertis, *Sistema multilivello dei diritti fondamentali e prospettiva abolizionista del processo contumaciale*, che aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 175 co. 2 Cpp nella parte in cui non consentiva la restituzione nel termine per proporre impugnazione del contumace incolpevole, quando analoga impugnazione fosse stata in precedenza proposta dal difensore dello stesso imputato.

⁸ Cass. 8.2.2011, Safzafi, in AP 2011, n. 2, commentata da E.M. Catalano, *La resistibile affermazione delle garanzie europee in tema di giusto processo in absentia*.

⁹ Anche sul versante dell'art. 603 Cpp. v. Cass. 1.12.2010, D.A., in GI 2011, 2149, con il commento di F. Centorame, *Contumace "inconsapevole" e restituito in integrum*

putato restituito nel termine per impugnare la sentenza contumaciale, anche nella ipotesi di concessa rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, subordinata ad una sequela di oneri a suo carico, non avrebbe avuto diritto ad accedere a eventuali riti speciali (quali il giudizio abbreviato e l'applicazione della pena su richiesta). Inoltre avrebbe subito il pregiudizio derivante dalle possibili acquisizioni probatorie concordate in primo grado tra accusa e difesa; in sostanza il contumace "incolpevole", per non avere avuto conoscenza effettiva del processo, finiva col perdere un grado di giudizio di merito che, soltanto l'utilizzo di un meccanismo di regressione al giudizio di primo grado, analogo a quello contemplato dall'art. 39 del d.lgs. 28.8.2000 n. 274, avrebbe potuto evitare. Di più la normativa lasciava sprovvisto di tutela colui che fosse stato dichiarato contumace in appello, stante la impossibilità di fare valere questa situazione a mezzo di ricorso per cassazione, generatore di un annullamento con rinvio¹⁰.

In un rinnovato contesto costituzionale nel quale il contraddittorio in senso oggettivo costituisce connotato indefettibile della giurisdizione, e le disposizioni contenute nella Convenzione europea assumono il rango di "norme interposte", profili di incompatibilità con la Carta costituzionale, nonché con le fonti convenzionali, erano rintracciabili anche sul fronte "preventivo", relativamente ai presupposti per l'ordinanza dichiarativa della contumacia¹¹, figura giuridica alla quale si è spesso sovrapposta quella dell'irreperibile e del latitante¹². Se la prima, infatti, è integrata dal riscontro da parte del giudice «di una situazione di incertezza sull'intenzione dell'imputato di non partecipare al giudizio, poiché non può escludersi né che egli non abbia avuto conoscenza della citazione né che sussista una sua impossibilità a comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento»¹³, la seconda,

del processo, secondo cui «la circostanza che [l'imputato] fosse edotto della misura cautelare, che sta alla base della dichiarata latitanza, non è incompatibile con la mancata incolpevole conoscenza del decreto di citazione a giudizio che costituisce una delle ipotesi annoverate dall'art. 603 comma 4 c.p.p. che attribuiscono al contumace il diritto alla rinnovazione del dibattimento». In conseguenza, i giudici di legittimità hanno censurato la Corte che aveva fatto discendere, in modo automatico, dalla corretta declaratoria della latitanza, la inibizione ad esercitare in appello le facoltà probatorie che l'imputato avrebbe potuto esercitare in primo grado.

¹⁰ In questi termini G. Ubertis, *Contumaci, doppia restituzione in termine*, in Id., *Argomenti di procedura penale*, II, Milano 2006, 216; Id., *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazione dell'equità processuale*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo, R.E. Kostoris, Torino 2008, 109 ss.

¹¹ Per una efficace sintesi G. Ubertis, *Come rendere giusto il processo senza imputato*, in *LP* 2004, 608.

¹² Su queste categorie v. P. Pittaro, *Irreperibilità, latitanza e contumacia: una normativa da ripensare alla luce di una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *LP* 1985, 713 ss.; più di recente G. Colaiacovo, *Appunti in tema di latitanza e irreperibilità*, in *CP* 2014, 995 ss. Il distinguo tra l'istituto dell'irreperibilità e quello della latitanza è sottolineato in Cass., S.U., 27.3.20014, n. 18822, Auram, in *CEDCass*, m. 258792.

¹³ Così G. Ubertis, *Il dibattimento senza imputato nella prospettiva internazionale*, in *DPP* 1998, 767.

viceversa, riferita ad una obiettiva mancanza di conoscenza dei luoghi ove sia possibile notificare l'atto¹⁴, è caratterizzata dalla certezza (o probabilità) della mancata conoscenza del processo a proprio carico. Se, pertanto, il contraddittorio può dirsi "imperfetto" dove manca il contumace, nella seconda ipotesi in cui il soggetto non ha avuto conoscenza dell'atto di citazione a giudizio – perché irreperibile o latitante – il contraddittorio è "inesistente"¹⁵. In definitiva, le presunzioni legate al farraginoso sistema delle notifiche, ben lontane dal realizzare quella conoscenza effettiva che potrebbe conseguire soltanto dalla notificazione a mani proprie – calate in un sistema che legittimava la dichiarazione di contumacia a fronte sì di un giudizio anche di semplice probabilità sulla mancata conoscenza del processo da parte dell'imputato (art. 420-*bis* Cpp *ante* riforma), ma rimesso alla libera e discrezionale valutazione del giudice di merito¹⁶ – finivano per sbilanciare troppo in avanti il sistema, verso un (necessario) recupero *a posteriori* del diritto di difesa. Le conseguenze apparivano evidenti: celebrazione di processi "inutili" non solo per coloro che in ragione dei meccanismi legali di conoscenza fossero rimasti all'oscuro del processo sino alla sentenza conclusiva, ma anche di quegli imputati, più scaltri e privi di scrupoli, che avrebbero tentato di valorizzare tutti gli strumenti a loro disposizione per dilatare la durata del processo¹⁷.

Così, a distanza di nove anni dalla richiamata riforma di tipo "emergenziale", il Parlamento, con la l. 67/2014, si è spinto oltre rispetto a quanto fatto nel 2005 espungendo la "contumacia" dal nostro sistema processuale, sostituita con l'istituto, ora dell'assenza (art. 420-*bis* Cpp), ora della sospensione del procedimento per assenza dell'imputato (art. 420-*quater* Cpp)¹⁸. In verità, al termine «assenza», contemplato nella rubrica di quest'ultima disposizione, sarebbe stato preferibile il termine «irreperibilità», anche per distinguere la situazione qui disciplinata dalle ipotesi di assenza dell'imputato dal processo confluite, in maniera eterogenea, nel nuovo testo dell'art. 420-*bis* Cpp.

¹⁴ R. Vanni, *Irreperibilità*, in *ED*, XXII, 1972, 903 ss.

¹⁵ Per tale rilievo G. Lattanzi, *Spunti critici sulla disciplina del processo contumaciale*, in *LP* 2004, 598.

¹⁶ Inoltre, a tenore dell'art. 420-*bis* co. 1 Cpp, la rinnovazione della citazione, nei casi di mancata conoscenza, era subordinata ad una duplice condizione: a) che l'inconsapevolezza non fosse dovuta a colpa dell'imputato; b) che la notifica non si fosse perfezionata mediante consegna al difensore a norma degli artt. 159 (notificazione in caso di irreperibilità), 161 co. 4 (impossibilità di eseguire la notificazione presso il domicilio eletto) e 169 Cpp (notificazione all'imputato all'estero). Denunciava, tra gli altri, queste insufficienze P. Moscarini, *Autodifesa, processo in absentia e consegna del condannato*, in *DPP* 2007, 406.

¹⁷ Per queste considerazioni P. Spagnolo, *Consumazione del diritto all'impugnazione e diritto all'autodifesa del contumace*, in *LP* 2010, 43.

¹⁸ Camera dei Deputati, XVII legislatura, Documentazione per l'esame dei progetti di legge. Delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili, A.C. 331-927-B, Schede di lettura n. 7/2, 5.2.2014, 47.

1.2. Il primo segnale di questa virata verso la conformazione del codice di rito al modello di processo equo delineato dall'art. 6 Cedu e recepito dall'art. 111 Cost. è ravvisabile nel riformulato co. 1 dell'art. 419 Cpp ove sono disciplinati gli atti introduttivi dell'udienza preliminare, primo segmento processuale nel quale rileva, a seguito della riforma operata con l. 16.12.1999 n. 479, l'eventuale presenza o assenza dell'imputato al suo processo: nell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare notificato all'imputato per ordine del giudice scompare l'avvertimento¹⁹ che in caso di mancata comparizione potrà essere giudicato in contumacia. In un contesto processuale che ammetteva la celebrazione del giudizio contumaciale, caratterizzato da importanti e significative "deviazioni" sul piano della difesa personale, rispetto a quello che si celebra alla presenza dell'imputato, occorre rendere quest'ultimo edotto sulle conseguenze legate alla sua scelta di non partecipare al processo, tutte racchiuse nella parola "contumacia", di per sé evocativa di contenuti negativi che, però, non trovavano piena rispondenza nel significato normativo del termine²⁰. Il ruolo di questo avvertimento era valorizzato da quella giurisprudenza che lo aveva considerato alla stregua di un requisito strutturale dell'atto, previsto a pena di nullità, proprio perché, «diretto ad assicurare un contraddittorio effettivo», e «rispondente ad un'esigenza di chiarezza del procedimento nella tutela dei valori di partecipazione e in definitiva di autodifesa»²¹.

In conseguenza della modifica normativa, l'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, notificato all'imputato unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio, con l'indicazione degli elementi temporali (giorno e ora) e spaziali (ubicazione dell'ufficio giudiziario avanti al quale deve comparire) dell'udienza, reca un nuovo "avvertimento": se l'imputato non compare si applicheranno le disposizioni di cui agli artt. 420-bis, 420-ter, 420-quater e 420-quinquies. Ebbene, piuttosto che cogliere l'occasione per «migliorare la qualità del messaggio»²² informativo, il legi-

¹⁹ Questa previsione, con riguardo all'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, era stata introdotta con l'art. 2-quinquies d.l. 7.4.2000 n. 82, al fine di realizzare una piena simmetria con il decreto che dispone il giudizio. Sulla nozione di avvertimento cfr. V. Garofoli, *Gli avvertimenti processuali come strumento di tutela*, Milano 1983, 1 ss.

²⁰ Per questa messa a fuoco F. Caprioli, "Giusto processo" e rito degli irreperibili, in *LP* 2004, 586. Sulla contumacia come espressione del diritto di autodifesa nella sua accezione negativa v. le pagine di G. Pansini, *La contumacia nel diritto processuale penale*, Napoli 1963, 49 s.; A. Presutti, *Autodifesa giudiziaria*, in *ED*, I Agg., 1997, 238 s.

²¹ Così, sia pure con riguardo al decreto che dispone il giudizio *ex art.* 429 co. 1 lett. f Cpp, Cass. 25.1.2011, n. 4415, T, in *CEDCass*, m. 248977; *contra* Cass. 19.4.2011, n. 17760, De Pasquale ed altri, *ivi* m. 250254, secondo cui si tratterebbe di un avvertimento ulteriore ai requisiti di luogo, giorno e ora della comparizione, i quali attonano alla citazione, che come tale non può ritenersi compreso nella comminatoria di nullità in caso di mancanza; Cass. 14.2.2005, n. 14569, Arziliere ed altro, in *CEDCass*, m. 231776. In dottrina, per l'esclusione della nullità, nonostante la *littera legis*, R. Dotta, *sub art.* 429 Cpp, in *Commento Chiavario*, IV, Torino 1990, 699; A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, Milano 2007, 439.

²² Per questa sottolineatura rispetto alla pregressa formulazione normativa v. D. Negri, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Torino 2014, 212.

slatore ha contribuito a rendere più incerti i risvolti legati alla mancata partecipazione al processo: ciò in quanto i richiamati articoli di legge disciplinano istituti particolarmente complessi ed eterogenei, tutti ricondotti sotto la comune categoria dell'assenza. La menzione di specifiche disposizioni di legge importa, quindi, che l'imputato non potrà prescindere dall'apporto tecnico del proprio difensore – mentre l'onere informativo in questione dovrebbe essere tutto a carico dell'autorità giudiziaria – per comprendere quali scenari si delineano in conseguenza della sua scelta di non comparire. Sarebbe forse stato più opportuno porre l'accento sul diritto dell'imputato di partecipazione al processo di merito, diritto «di capitale importanza», «sia in ragione del suo diritto ad essere ascoltato, sia al fine di verificare l'accuratezza delle dichiarazioni rese a suo carico e compararle con quelle della vittima – i cui interessi devono essere protetti – e dei testimoni»²³. Così strutturato l'avvertimento, al di là del mancato coordinamento con le altre norme relative alla *vocatio in iudicium*²⁴, foriero di possibili incertezze sul piano operativo, rischia di tradursi in una garanzia solo apparente, tanto più se dovesse riproporsi quell'indirizzo giurisprudenziale che sottraeva l'avvertimento previsto per il contumace alla comminatoria di nullità in caso di mancanza²⁵.

1.3. Il termine contumacia, tuttavia, probabilmente a causa di una scarsa attenzione da parte del legislatore, non è scomparso del tutto dal sistema. La prima e più significativa "svista" è rintracciabile nel corpo dell'art. 429 co. 1 lett. *f* Cpp: nel decreto che dispone il giudizio, atto conclusivo dell'udienza preliminare, continua a permanere il suddetto avvertimento. Se si considera che i due atti sono tra loro speculari emerge il paradosso. Ugualmente figura nel decreto di citazione a giudizio *ex art.* 552 co. 1 lett. *d* Cpp, e in altre norme che contengono un espresso rinvio all'art. 429 co. 1 Cpp, come quelle in tema di decreto di giudizio immediato (*ex art.* 456 co. 1 Cpp), di giudizio direttissimo (*ex art.* 450 co. 3 Cpp) e di citazione a seguito di opposizione a decreto penale di condanna (art. 464 co. 1 Cpp)²⁶. Inoltre, è rimasta inalterata la norma che prevede la notifica del decreto che dispone il giudizio all'imputato «contumace, nonché all'imputato e alla persona offesa comunque

²³ Cfr., *ex plurimis*, C. eur., 24.3.2005, *Stoichkov c. Bulgaria*, § 55; C. eur., 23.11.1993, *Poitrinol c. Francia*, § 35.

²⁴ V. *infra* § 1.

²⁵ V. *supra sub* nota 21.

²⁶ Esclude, correttamente, una qualsivoglia patologia processuale ove sia inserito il riferimento alla contumacia in uno di questi atti G.L. Fanuli, *Legge 28.4.2014 n. 67. Problemi interpretativi ed applicativi delle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*, Relazione tenuta per la formazione dei magistrati togati presso il Palazzo di Giustizia di Ancona, 19.6.2014, 31, il quale con una "forzatura", suggerisce di mutare l'avviso con quello recepito nel co. 1 dell'art. 419 Cpp. Nel distretto giudiziario di Palermo in un decreto di citazione a giudizio a seguito di opposizione a decreto penale di condanna compare, invece, l'avvertimento all'imputato che non comparendo sarà giudicato "in assenza".

non presenti alla lettura del provvedimento» (art. 429 co. 4 Cpp e 133 co. 1 NattCpp). *Nulla quaestio* con riguardo a quelle situazioni processuali alle quali si continuerà ad applicare la precedente disciplina contumaciale; quanto alle nuove, pur volendo riferire all'assente il richiamo al contumace²⁷, si pone il dubbio se il decreto in oggetto debba essere notificato a tutte le figure di imputato assente dall'udienza preliminare enunciate nel nuovo testo dell'art. 420-*bis* Cpp. Un tale diritto, infatti, non sembra debba riconoscersi all'imputato "quasi presente" di cui al co. 3²⁸.

Il legislatore ha poi omesso di intervenire sugli artt. 20, 20-*bis*, 27 e 39 del d.lgs. 274/2000, relativi al procedimento avanti al giudice di pace, con la conseguenza che gli atti finalizzati alla citazione in giudizio dell'imputato continueranno a contenere l'avvertimento di cui si è detto, prescritto a pena di nullità. Analogamente l'art. 41 del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, continua a prevedere la dichiarazione di contumacia per l'ente che non si costituisce nel processo. Pur con le prevedibili difficoltà sul piano pratico, il rinvio, in quanto applicabili, alle norme del Cpp, operato dall'art. 2 del d.lgs. 274/2000 e dall'art. 34 del d.lgs. 231/2001, dovrebbe valere, con qualche forzatura, ad estendere la nuova disciplina anche a questi procedimenti²⁹. La "postuma" normativa transitoria avrebbe potuto costituire un'occasione per risolvere queste incongruenze.

2. Nel composito quadro della l. 28.4.2014 n. 67, l'art. 420-*bis* Cpp è la prima norma ad avere subito una completa riformulazione. Con essa si afferma, sin dalla fase dell'udienza preliminare, la complessa figura processuale dell'assente, soggetto dai molteplici volti, dietro al quale, a tratti, sembra celarsi il "vecchio" contumace. L'utilizzo del termine "assenza" conferma la volontà del legislatore, in linea con la propria tradizione giuridica, di rimettere all'imputato la facoltà di esercitare

²⁷ Così S. Quattrocchio, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona*, in www.penalecontemporaneo.it, 30.4.2014, 5, nt. 8.

²⁸ V. *infra sub* § 2.4. Secondo P. Tonini, C. Conti, *Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole"*, in *DPP* 2014, 519, nt. 27, il decreto deve essere notificato sia al vecchio contumace, sia al nuovo assente nell'udienza preliminare.

²⁹ È, però, da evidenziare che l'art. 43 co. 4 del d.lgs. 231/2001 contiene una disciplina "anticipatoria" rispetto a quella introdotta dal nuovo art. 420-*quater* Cpp: nell'ipotesi in cui non sia possibile procedere alla prima notifica all'ente sulla scorta delle disposizioni di legge, per la difficoltà, ad esempio, di rintracciare il legale rappresentante, dovranno effettuarsi nuove ricerche. Ove, però, queste ricerche non conducano ad un risultato utile, è previsto che il giudice, su richiesta del pubblico ministero, sospenda il procedimento nei confronti della persona giuridica. La specificità di questa norma, più garantista rispetto a quella dettata dal codice di rito per l'imputato irreperibile *ex art.* 159 Cpp (non prevedendo l'emissione del decreto di irreperibilità e la conseguente notifica al difensore), richiederà agli interpreti di coordinarla con la disciplina contenuta nel nuovo art. 420-*quater* Cpp. In dottrina, a favore della sopravvivenza della contumacia nel processo penale amministrativo v. M. Bontempelli, *La contumacia dell'ente e il processo "in assenza"*, in *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di D. Vigoni, Torino 2014, 257 ss. Sui profili di attrito con la legislazione attuativa della disciplina comunitaria v. S. Marcolini, *I presupposti del giudizio in assenza*, *ivi*, 165 ss.

il diritto di difesa personale anche in forma negativa, mediante la non comparizione in giudizio³⁰, senza che da questa scelta possano derivare conseguenze negative. Sono state così respinte le suggestioni di quanti³¹, favorevoli all'eliminazione del giudizio in contumacia a garanzia dell'integrità del contraddittorio, ritenevano di contro di dovere assicurare la presenza dell'imputato al processo anche mediante l'impiego di mezzi coercitivi³².

L'opzione normativa è conforme agli insegnamenti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e a quanto affermato nelle comunicazioni provenienti dal Comitato dei diritti umani³³, ancorché queste ultime rivestano sul piano giuridico valenza per lo più "simbolica". Il diritto dell'imputato di essere presente al proprio processo penale, avente ad oggetto l'accertamento "nel merito"³⁴ della responsabilità, riconosciuto in forma implicita nell'art. 6 §§ 1 e 3 della Cedu e in modo esplicito nell'art. 14 n. 3 lett. d del Pidcp, può infatti essere oggetto di rinuncia, sia espressa sia tacita³⁵, da parte del suo titolare. Tuttavia, questa rinuncia, per essere effettiva, deve essere "inequivoca"³⁶ e assistita da un

³⁰ Sull'evoluzione del giudizio contumaciale in Italia v., per tutti, P. Moscarini, *La contumacia dell'imputato*, Milano 1997, 7 ss.

³¹ G. Frigo, *L'onere probatorio sulla mancata notifica inceppa la restituzione automatica dei termini*, in *GD* 2005 (9), 71; Gior. Lattanzi, *Spunti critici sulla disciplina del processo contumaciale*, in *LP* 2004, 600, suggeriva di «stabilire per l'imputato l'obbligo, assistito da misure coercitive, di partecipare al giudizio, eventualmente con la facoltà, nei processi per reati minori di rinunciare, alla partecipazione con il consenso del giudice»; P. Moscarini, *Il giudizio in absentia nell'ottica delle giurisdizioni internazionali e in una recente legge italiana*, cit., 588 ss., per il quale una tale soluzione non avrebbe contrastato con la Cedu. In termini problematici E. Marzaduri, *Sulla necessità di una riforma del giudizio in contumacia*, in *LP* 2004, 615, anche per le refluenze sul diritto al silenzio dell'imputato; sull'impraticabilità costituzionale di questa soluzione v. D. Negri, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, cit., 116 ss.

³² Unica forma di coazione per l'imputato oggi soltanto assente è prevista dall'art. 490 Cpp, per la fase del giudizio, quando la sua presenza sia necessaria per l'assunzione di una prova diversa dall'esame. Nella fase delle indagini preliminari l'accompagnamento coattivo è previsto dall'art. 376 Cpp con riguardo ad atti di interrogatorio o confronto, dall'art. 399 Cpp qualora la presenza dell'indagato sia necessaria per compiere un atto da assumere nelle forme dell'incidente probatorio, dall'art. 210 co. 2 Cpp per l'esame di persone imputate in procedimento connesso.

³³ Comitato dir. Umani Onu, parere 27.7.1999, *Ali Malaki c. Italia*, in *CP* 2000, 2487.

³⁴ Sul diverso ruolo che ha la partecipazione dell'imputato ai giudizi di impugnazione cfr., volendo, A. Mangiaracina, *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, Torino 2010, 30 ss.

³⁵ Così, *ex plurimis*, C. eur., 30.11.2000, *Kwiatkowska c. Italia*.

³⁶ Cfr., *ex plurimis*, C. eur., 8.2.2007, *Kollcaku c. Italia*, § 52; C. eur., GC, 25.11.1997, *Zana c. Turchia*, § 70: «the waiver must be established in an unequivocal manner»; C. eur., 12.2.1985, *Colozza c. Italia*, § 28, ove le autorità italiane avevano dedotto l'esistenza di una rinuncia a comparire, dalla qualità di latitante attribuita all'imputato; ma, secondo la Corte «tale presunzione non costituiva elemento sufficiente. Dall'esame dei fatti non risulta che il ricorrente abbia avuto notizia dell'apertura di un procedimento contro di lui; si riteneva semplicemente che egli dovesse essere al corrente delle notificazioni depositate nella cancelleria del giudice istruttore e poi del tribunale».

nucleo minimo di garanzie commisurate alla importanza che riveste il diritto rinunciato³⁷; inoltre, non deve porsi in contrasto con altro interesse pubblico dotato di rilievo³⁸. Sicché, prima di potere affermare che il soggetto abbia rinunciato al suo diritto, attraverso la condotta dallo stesso tenuta, deve essere dimostrato che abbia potuto prevedere le conseguenze della propria scelta abdicativa³⁹: il che presuppone che sia stato adempiuto, da parte della competente autorità del singolo Stato, l'obbligo di contestazione dell'accusa in uno alla comunicazione della data e del luogo in cui l'imputato dovrà comparire. Tenuto conto, poi, del rilievo che assume la garanzia della partecipazione dell'imputato al processo, nell'ottica dell'esigenza di *fairness* processuale, incombe sulle autorità nazionali l'onere di verificare, «al di là di ogni ragionevole dubbio», che l'interessato abbia avuto conoscenza sia dell'imputazione, sia della data fissata per la celebrazione dell'udienza⁴⁰; principi, questi, che, peraltro, devono trovare applicazione anche nell'ambito dei procedimenti c.d. semplificati, ancorché l'imputato abbia già rinunciato a un certo numero di garanzie.

In sintesi, pur essendo rimessa ai singoli Stati contraenti «una grande libertà nella scelta dei mezzi propri a permettere ai loro sistemi giudiziari di rispondere alle esigenze dell'art. 6» Cedu⁴¹ e pur ammesso che una procedura nazionale che si svolge in assenza dell'imputato non è incompatibile con la medesima disposizione pattizia, qualora manchi la prova che l'imputato ha rinunciato alla sua facoltà di comparire e di difendersi – situazione che si realizza proprio nell'ambito di quegli ordinamenti che ammettono il giudizio contumaciale – occorre procedere ad una sorta di “compensazione” sul versante dei rimedi restitutori, per reintegrare lo *status quo ante*. Altrimenti, come affermato nelle pronunce contro l'Italia, «vi è un diniego di giustizia», se l'individuo non possa ottenere che la giurisdizione statuisca di nuovo, dopo averlo sentito, sul merito dell'accusa in fatto e in diritto⁴².

Così tratteggiata la giurisprudenza europea, rimane da verificare se e in che modo il legislatore italiano, nell'opera di demolizione della contumacia e di rivitalizzazione dell'assenza, si sia realmente ispirato ai principi di derivazione europea.

³⁷ C. eur., 23.5.2006, *Kounov c. Bulgaria*, § 43; C. eur., 24.3.2005, *Stoichkov c. Bulgaria*, § 55; C. eur., 23.11.2003, *Poitrimol c. France*, § 31.

³⁸ C. eur., 10.11.2004, *Sejdovic c. Italia*, § 31; C. eur., sent. 21.2.1990, *Hakansson e Sturesson c. Svezia*, § 66.

³⁹ V. C. eur., 9.9.2003, *Jones c. Regno Unito*.

⁴⁰ C. eur., 18.5.2004, *Somogyi c. Italia*, § 72; C. eur., sent. 12.2.1985, *Colozza c. Italia*, § 32.

⁴¹ C. eur., GC. 1.3.2006, *Sejdovic c. Italia*, § 83.

⁴² Da ultimo C. eur., 18.5.2004, *Somogyi c. Italia*, § 66. Questo sistema “combinato” è recepito anche nella Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, 27.11.2013, COM(2013) 821 final, artt. 8 e 9. Rispetto al diritto dell'imputato di presenziare al proprio processo (art. 8) alcuni Stati hanno però rappresentato l'esigenza di consentire delle deroghe quando, ad esempio, l'imputato disturbi lo svolgimento del processo.

Il co. 1 del riformulato art. 420-*bis* Cpp ci pone al cospetto di una situazione, mutuata dal pregresso co. 1 dell'art. 420-*quinquies* Cpp, che potremmo definire di assenza "in senso stretto"⁴³, piena espressione del diritto di difesa, che si realizza quando l'imputato, sia libero o detenuto, ancorché versi in una situazione di legittimo impedimento a comparire, rinunci "espressamente"⁴⁴ ad assistere all'udienza. La rinuncia è, infatti, una condizione che postula una vera e propria scelta intenzionale dell'imputato e che nella specie presuppone, stante l'uso del termine "udienza", un'effettiva conoscenza della citazione a giudizio, primo atto del processo che risponde ai rigorosi requisiti di «forma» e di «sostanza» delineati dalla giurisprudenza europea⁴⁵. La circostanza che il legislatore abbia utilizzato l'avverbio "espressamente" induce a ritenere inapplicabile quell'indirizzo giurisprudenziale che, relativamente all'art. 420-*quinquies* co. 1 Cpp – a tenore del quale l'imputato chiedeva o consentiva che si procedesse in sua assenza – attribuiva rilievo alla rinuncia anche se manifestata "per fatti concludenti". Ciò significa che, nell'ipotesi di imputato detenuto, il rifiuto di essere condotto in udienza⁴⁶ o di sottostare agli adempimenti necessari ai fini della traduzione⁴⁷ non potranno più essere considerati equivalenti al rifiuto di comparire.

L'indicata soluzione interpretativa finisce così per riconoscere alla normativa interna uno *standard* di garanzia più elevato rispetto a quello ricavabile dall'art. 6 Cedu; nelle pronunce della Corte europea, come si è accennato, è infatti costante l'affermazione secondo cui la rinuncia da parte dell'imputato all'esercizio dei diritti contemplati nell'art. 6 Cedu e, tra questi, a quello di presenziare al proprio processo, può essere manifestata anche in forma tacita⁴⁸. Il rischio è che i giudici di merito, disattendendo il dato letterale e accedendo ad un'interpretazione della norma pur conforme alla giurisprudenza europea, finiscano per "depotenziare" la garanzia introdotta dal legislatore.

L'applicazione di questa norma alla fase del giudizio, cui manca sovente la "concentrazione" che di regola caratterizza l'udienza preliminare, lascia aperto un interrogativo che già poneva la pregressa formulazione dell'art. 420 co. 1-*quinquies* Cpp: è, infatti, da domandarsi, se la

⁴³ Il distinguo tra assenza "in senso stretto" e assenza "in senso lato" è richiamato da G. Ubertis, *Regole minime del giudizio senza imputato*, in DPP 1996, 1311.

⁴⁴ Esprime perplessità sul fatto che la rinuncia, «riguardante una prerogativa difensiva personalissima, non sia stata assoggettata dalla nuova legge ad una qualche "solennità di forme"»: P. Moscarini, *Una riforma da tempo necessaria: l'abolizione della contumacia penale e la sospensione del processo contro l'imputato irreperibile*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di C. Conti, A. Marandola, G. Varraso, Torino 2014, 248.

⁴⁵ V., *ex plurimis*, C. eur., 18.5.2004, *Somogyi c. Italia*, § 75.

⁴⁶ Cass. 9.7.2003, Limuti, in *CEDCass*, m. 226394.

⁴⁷ Cass. 30.9.2003, Arone e altri, in *CEDCass*, m. 228677. V., però, Cass. 26.4.2002, Felici, in *CEDCass*, m. 222633, secondo cui l'imputato detenuto che non voglia partecipare al dibattimento, deve «necessariamente esprimere in maniera esplicita il suo rifiuto», altrimenti il giudice ha l'obbligo di ordinarne la traduzione, sia nel caso in cui sia detenuto per altro sia nel caso in cui sia detenuto per il processo in corso.

⁴⁸ C. eur., 30.11.2000, *Kwiatkowska c. Italia*.

rinuncia debba essere manifestata con riferimento ad ogni singola udienza o se, diversamente, produca i suoi effetti anche per le udienze successive, fissate a seguito di rinvio ad udienza fissa⁴⁹. Se la nozione processuale di udienza va riferita alla durata giornaliera dell'attività svolta alla presenza delle parti nel singolo procedimento e non può farsi coincidere con quella di dibattimento (la quale corrisponde a tutta la fase processuale attraverso cui ha luogo il giudizio), ove il giudizio non si esaurisca nell'udienza "rinunciata", bisognerebbe verificare di volta in volta le intenzioni della parte. Questa posizione rischia però di appesantire eccessivamente gli adempimenti gravanti sull'autorità giudiziaria in sede di costituzione delle parti e non appare giustificabile in un contesto nel quale, come si è detto, la rinuncia deve essere espressa; sicché, all'atto della manifestazione di volontà da parte dell'imputato di non partecipare, bisognerebbe puntualizzarne anche gli effetti.

Nessun dubbio che l'imputato possa, in qualunque momento, revocare la manifestazione di volontà con la quale aveva consentito che il processo fosse celebrato in sua assenza, chiedendo di presenziare all'udienza: tuttavia, la sua partecipazione "postuma" non può valere a consentire il recupero di meccanismi di tutela del diritto di difesa previsti per le altre situazioni di assenza disciplinate dal successivo co. 2.

Nell'ambito della categoria dell'assenza "in senso stretto" possiamo collocare anche l'ipotesi, disciplinata dal co. 2, dell'imputato che abbia ricevuto personalmente la notificazione dell'avviso dell'udienza, trattandosi della forma di comunicazione – nella specie riferita ad un'imputazione dotata di tendenziale stabilità – che offre le «maggiori garanzie di effettiva conoscenza» dell'atto⁵⁰. In un contesto proteso a valorizzare l'impegno preventivo dell'autorità ad assicurare l'apprensione del messaggio da parte del destinatario, si è correttamente esclusa la possibilità di equipararvi la notifica a mani di persona convivente, così da tutelare l'imputato dal rischio di una condotta «negligente»⁵¹ da parte del soggetto al quale l'atto sia stato consegnato. Permane il dubbio che alla notifica eseguita a mani proprie possa essere equiparata quella effettuata a mezzo posta⁵², purché ricevuta personalmente dall'imputato.

⁴⁹ Cass. 25.2.2009, n. 15042, in *CEDCass*, m. 243269; Cass. 6.10.2004, Nardi, in *GD* 2004 (49), 93.

⁵⁰ Così V. Cavallari, *Le notificazioni nel processo penale*, Milano 1959, 184. V., però, P. Guidi, *La restituzione nel termine per proporre impugnazione a sentenza contumaciale od opposizione a decreto penale di condanna*, in *ANPP* 1996, 835, il quale esprime dubbi, anche nei riguardi di tale modalità, a garantire l'effettiva conoscenza quando il destinatario non sia in grado di leggere o comprendere quanto legge; G. Garuti, *Nuove norme sulla restituzione nel termine per l'impugnazione di sentenze contumaciali e decreti di condanna*, cit., 688.

⁵¹ R. Vanni, voce *Irreperibilità*, cit., 903.

⁵² In termini favorevoli P. Silvestri, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, Relazione del C.S.M. n. III/07/2014, 5.5.2014, 42. Nella Relazione al Progetto di riforma del codice di procedura penale elaborato dalla Commissione presieduta dal Prof. G. Riccio, 27.7.2006, volta a valorizzare la conoscenza personale dell'atto di citazione a giudizio si legge: «non è sufficiente il semplice avviso di deposito con lettera raccomandata, che assicura la mera conoscenza legale dell'atto».

Diversamente dalla precedente ipotesi di rinuncia a comparire, la clausola di salvezza dell'art. 420-ter Cpp impone però che il giudice, prima di procedere in assenza, accerti l'insussistenza di una situazione di impossibilità di comparizione per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento. Sul tema, sono note le censure nei confronti del co. 2 dell'art. 420-ter Cpp là dove prevede che la valutazione probabilistica compiuta dal giudice sull'impossibilità di comparire per caso fortuito o forza maggiore non possa formare oggetto di discussione successiva né motivo di impugnazione⁵³. Il mantenimento della norma nella sua originaria formulazione non può che riflettersi sugli oneri probatori – nel senso di un loro affievolimento – a carico dell'assente tardivamente comparso, perché in precedenza impossibilitato a comparire, che intenda esercitare il diritto alla prova⁵⁴.

2.1. Il banco di prova per verificare se effettivamente il legislatore della riforma abbia voltato le spalle alla contumacia è costituito dalla lettura delle ulteriori disposizioni del co. 2 del nuovo art. 420-bis Cpp nelle quali sono enucleate alcune situazioni che, stando alla Relazione di discussione sulle linee generali del testo unificato delle proposte di legge⁵⁵, integrano una «conoscenza presunta dell'udienza per conoscenza certa del procedimento» e legittimano la celebrazione del giudizio nell'assenza dell'imputato. In un contesto che ha omesso di intervenire sulla complessa materia delle notificazioni, il richiamo ad una presunzione di conoscenza dell'atto che realizza la *vocatio in iudicium* non può che destare in sé preoccupazione: la sola condizione che consente di porre il principale protagonista del processo nelle condizioni di scegliere consapevolmente come esercitare il proprio diritto di difesa – se, cioè, in forma positiva (presenza) o negativa (assenza) – anche secondo gli insegnamenti della giurisprudenza europea, è invero la conoscenza effettiva della citazione a giudizio, nella quale il fatto ascritto è indicato in forma “chiara” e “precisa”⁵⁶.

L'incipit della norma, a fronte dell'assenza dell'imputato, fa salvo, anzitutto, l'art. 420-ter Cpp: ciò significa che il giudice dovrà verificare che la mancata comparizione in udienza non sia imputabile al caso fortuito, alla forza maggiore o ad un legittimo impedimento. Questo richiamo “minimalista”, unitamente alla considerazione che il successivo art. 420-quater co. 1 Cpp impone al giudice di verificare che la notificazione non sia affetta da nullità, ha posto l'interrogativo se si debba anche accertare che l'imputato, al quale l'atto non sia stato notificato a mani proprie, abbia ricevuto regolare notifica dell'avviso di fissazione

⁵³ Cfr., per tutti, G. Ubertis, *Regole minime del giudizio senza imputato*, cit., 1313.

⁵⁴ V. *infra* § 2.5.

⁵⁵ Camera dei Deputati, XVII legislatura, Testo integrale della Relazione del Deputato Donatella Ferranti in sede di discussione sulle linee generali del testo unificato delle proposte di legge nn. 331-927-A, seduta n. 39, 24.6.2013, 121.

⁵⁶ Al riguardo v. l'attenta analisi di D. Negri, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, cit., 142 ss.

dell'udienza⁵⁷. Se si considera, seguendo la scansione normativa del codice, che il primo atto da compiersi è quello che attiene alla regolare costituzione delle parti, governato dall'art. 420 Cpp (non oggetto di modifiche), non può escludersi l'obbligo per il giudice di disporre la rinnovazione delle notificazioni di cui abbia rilevato la nullità, condizione di integrità del rapporto processuale; tanto più nel caso di specie ove la conoscenza dell'udienza finisce poi per essere indotta da elementi che presentano più di un profilo critico.

Esauriti detti accertamenti preliminari con esito negativo, il legislatore, per verificare la conoscenza, prevede un complesso congegno: anzitutto, pone l'accento su alcuni atti tipici di quel segmento processuale, talvolta abbastanza lungo, qualificato come "procedimento" – termine qui utilizzato in senso "atecnico" – che va dall'iscrizione della *notitia criminis* nell'apposito registro fino alla notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari *ex art. 415-bis* Cpp. La specificazione degli atti del "procedimento" dai quali potere inferire la conoscenza certa del processo, sia pure con i rilievi critici che verranno di qui a breve esaminati, dovrebbe avere il pregio di evitare i rischi connessi ad un'interpretazione rigida e formalistica di questa nozione, come testimoniato dalla giurisprudenza elaborata con riguardo alla disciplina sulla restituzione in termini per il contumace⁵⁸. Se questo poteva essere l'obiettivo del legislatore, ancorché di esso non vi sia traccia nei lavori preparatori, lo stesso può dirsi vanificato dalla disposizione di "chiusura" con la quale si consente al giudice di apprezzare altre situazioni, non specificate, idonee ad integrare la conoscenza del procedimento (o la sottrazione alla conoscenza): su questo versante, com'è agevole intuire, si gioca la reale partita sull'idoneità della riforma a ricondurre il sistema entro i principi di equità processuale.

Procedendo con ordine, tre sono, in particolare, gli indici normativi tipicizzati della conoscenza, come si è detto, del procedimento: a) la dichiarazione o elezione di domicilio; b) la sottoposizione ad arresto, fermo o misura cautelare; c) la nomina di un difensore di fiducia. Su questi elementi occorre concentrare l'attenzione e, in particolare, sulla loro idoneità ad assicurare in concreto il diritto di informazione che sta alla base della "libertà di scelta". Il primo è dato dalla circostanza che nel corso del procedimento, *ex art. 161* Cpp, l'imputato abbia dichiarato o eletto il domicilio ai fini delle notificazioni: com'è noto questa dichiarazione viene ricevuta dall'autorità procedente nel primo atto delle indagini preliminari compiuto con l'intervento del soggetto interessato, il che significa che può essere anche avvenuta a distanza di un apprezzabile

⁵⁷ In senso affermativo P. Silvestri, *op. cit.*, 48. Considerato che la disciplina sulle notificazioni è rimasta immutata il rischio è di non sospendere il processo comunque sia stato notificato l'atto all'imputato: v. R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Ipotesi tipizzate per la celebrazione del rito*, in *GD* 2014 (21), 97.

⁵⁸ V. App. Venezia, 30.5.2005, in *CP* 2006, 1113 ss., con il commento critico di P. Spagnolo, *In tema di restituzione nel termine per il contumace*, che aveva attribuito rilievo, al fine di escludere la restituzione nel termine *ex art. 175* co. 2 Cpp, alla conoscenza di tutti gli atti interruttivi della prescrizione.

lasso temporale rispetto al momento dell'emissione dell'atto di citazione a giudizio e con riguardo ad una condotta talvolta neppure delineata⁵⁹. In conseguenza, si pone a carico della parte un onere di diligenza sull'evoluzione del procedimento penale instaurato a suo carico⁶⁰, stante la pluralità di esiti che potrebbe avere, anche mantenendo i contatti con il soggetto domiciliatario⁶¹.

Un ulteriore elemento è costituito dalla sottoposizione dell'imputato alle misure precautelari dell'arresto o del fermo o, ancora, ad una misura cautelare che, in difetto di specificazione, potrebbe essere di natura coercitiva, interdittiva o reale⁶². La necessità di accedere ad un'interpretazione restrittiva delle ipotesi prefigurate dalla norma, induce ad escludere dalla sua area applicativa la sottoposizione alla nuova misura precautelare dell'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare *ex art. 384-bis Cpp*: situazione che, tuttavia, potrebbe essere recuperata dalla disposizione di chiusura. Se l'obiettivo della norma è quello di attestarsi su una conoscenza certa del procedimento in capo all'imputato, appare problematica, come è stato già evidenziato dalla dottrina⁶³, l'ipotesi di arresto in flagranza di reato cui non sia seguita la convalida da parte del giudice per le indagini preliminari. Il mancato riconoscimento della legittimità della misura precautelare, infatti, potrebbe trarre in inganno la persona sul suo assoggettamento ad un procedimento penale. Minori dubbi solleva l'ipotesi in cui l'indagato sia stato sottoposto ad una misura cautelare coercitiva o interdittiva: l'obbligo per l'autorità giudiziaria di procedere all'interrogatorio, nel corso del quale il soggetto riceverà la contestazione in forma chiara e precisa dei fatti che gli si ascrivono, seppure ancora caratterizzati da una loro "provvisorietà", vale infatti a rendere il soggetto edotto della consistenza delle accuse nei suoi confronti, pur suscettibili di futuri sviluppi. In proposito si deve precisare che l'onere di diligenza, richiesto ancora una volta alla parte, non può che riguardare l'evoluzione del procedimento nel quale è stata disposta la misura cautelare⁶⁴: se questo venga, all'esito delle indagini preliminari, riunito dal pubblico ministero ad altro nell'ambito del quale non sia stata applicata alcuna misura cautelare, la sola condizione perché

⁵⁹ In termini critici v. *Proposte emendative su disegno di legge C331 Ferranti ed altri in tema di detenzione domiciliare, sospensione del processo con messa alla prova e a carico degli irreperibili*, redatte dal Centro Studi Giuridici e sociali "Aldo Marongiu", 2013, 8, in www.camerepenali.it.

⁶⁰ P. Silvestri, *op. cit.*, 44.

⁶¹ Per un'ipotesi di domiciliatario che aveva dimenticato di comunicare all'imputato la notifica dell'estratto contumaciale della sentenza v. Cass. 12.11.2009, n. 9940, *Loi*, in *CEDCass*, m. 246225. nella specie è stata concessa la restituzione nel termine per impugnare.

⁶² Per questa puntualizzazione S. Quattrocolo, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona*, cit., 2; *contra* S. Marcolini, *I presupposti del giudizio in assenza*, cit., 154, per il quale ragioni letterali ostano all'inclusione delle misure reali.

⁶³ P. Moscarini, *Una riforma da tempo necessaria*, cit., 250.

⁶⁴ La problematica in questione è ampiamente analizzata da P. Silvestri, *op. cit.*, 45 s.

possa procedersi in assenza è che rispetto alle imputazioni che non hanno comportato la cautela personale si integri un'altra delle situazioni prefigurate dal legislatore (elezione di domicilio o nomina del difensore di fiducia).

L'ultimo dei menzionati indici – legato alla nomina del difensore di fiducia – si iscrive nella politica di valorizzazione del rapporto fiduciario tra l'imputato e il suo difensore inaugurata con l'introduzione del co. 8-*bis* dell'art. 157 Cpp⁶⁵ ad opera dell'art. 2 del d.l. 21.2.2005 n. 17, in tema di notificazione all'imputato non detenuto. In quella sede, si è previsto che, una volta avvenuta la prima notifica secondo la rigida sequenza di atti regolamentata dall'art. 157 Cpp, le successive saranno effettuate al difensore di fiducia se nominato. Questo meccanismo è stato, però, temperato da due deroghe: una di carattere generale, contemplata nell'*incipit* di cui al co. 1 dell'art. 157 Cpp che attiene alla avvenuta elezione o dichiarazione di domicilio da parte dell'imputato; una di carattere speciale, che si sostanzia nella dichiarazione, immediatamente resa all'autorità procedente da parte del difensore, di rifiutare la notifica dell'atto.

Orbene, la nomina di un difensore di fiducia potrà essere considerata elemento idoneo a ritenere provata la conoscenza della pendenza del procedimento nell'ambito del quale è stata effettuata, a meno che non risulti che il difensore abbia comunicato al giudice l'avvenuta interruzione di ogni rapporto con il proprio assistito⁶⁶. Ciò in quanto la difesa fiduciaria, diversamente da quella d'ufficio, fisiologicamente si caratterizza per la costanza del "contatto informato" tra difensore ed assistito, sicché essa, in assenza di rigorosa prova contraria, costituisce "fatto" idoneo a comprovare una mutua informazione in atto. Anche in questa ipotesi, nella sostanza, si impone a carico dell'imputato l'onere di contattare il proprio difensore e di vigilare sull'espletamento del mandato difensivo: se, quindi, l'eventuale disinteresse non può dare luogo a forza maggiore⁶⁷, il rischio è quello di non potere accedere ai meccanismi di recupero previsti dal successivo co. 4. Qualora poi l'elezione di domicilio sia stata fatta presso il difensore di fiducia, ne esce ancora di più rafforzata la presunzione di conoscenza in capo al destinatario di tutti gli atti notificati, in virtù del dovere deontologico che grava sul di-

⁶⁵ Per un commento v. S. Quattrocchio, *Art. 2 D.L. 18.2.2005 n. 17, conv., con modif.*, in *L. 22.4.2005 n. 60*, in *LP 2005*, 292 ss.

⁶⁶ Cass. 16.1.2014, Najimi, in *CEDCass*, m. 258775; Cass. 2.12.2009, Condello, *ivi*, m. 245343: «quando il rapporto di difesa fiduciaria sorge in un procedimento che ha già individuato il fatto, o i fatti, oggetto di imputazione anche solo provvisoria, rispetto al quale o ai quali interviene poi la sentenza che passa in giudicato, in assenza di un'esplicita comunicazione al giudice procedente dell'avvenuta interruzione di ogni rapporto con l'assistito – interruzione irreversibile che abbia inciso nel procedimento al punto da attribuire ad autonoma e discrezionale scelta del difensore nell'inconsapevolezza dell'assistito ogni successiva iniziativa procedimentale – deve ritenersi acquisita la prova che il condannato ha avuto conoscenza dell'evoluzione del procedimento in termini tali da attribuire alla sua volontà specifica l'assenza dal processo: ciò salvo specifica, puntuale e rigorosa prova contraria da parte degli interessati».

⁶⁷ Cfr. Cass. 9.5.2013, Meo, in *CEDCass*, m. 255952.

fensores, il quale, in presenza di un qualche dubbio sulla possibilità di contattare il proprio assistito, dovrà rifiutare la notifica dell'atto⁶⁸.

Al di là dei menzionati indici, già in sé densi di problematiche sul piano applicativo, il co. 2 dell'art. 420-*bis* Cpp prevede una sorta di "clausola di salvezza" che consente il recupero di atti procedurali diversi da quelli tipizzati: il giudice può infatti procedere in assenza qualora «risulti comunque con certezza che lo stesso è a conoscenza del procedimento o si è volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo». Il primo nodo interpretativo attiene alla nozione di procedimento che, in questa sede, sembra doversi intendere in senso proprio e, quindi, riferito all'intera sequenza procedimentale, seppure, considerato il momento in cui si procede alla dichiarazione di assenza, nella specie comprende oltre la fase delle indagini preliminari, quella immediatamente successiva alla richiesta di rinvio a giudizio. Il rischio connesso alla mancanza di specificazione da parte del legislatore è quello di potere ritenere integrata la conoscenza del procedimento e, quindi, procedere in assenza, qualora l'atto delle indagini preliminari o la stessa citazione a giudizio siano stati notificati al familiare convivente o al portiere o, ancora, per compiuta giacenza⁶⁹. In tal modo si assisterebbe al recupero di quei congegni presuntivi che fondano il sistema delle notificazioni, rimasti – come si è detto – immutati, che privilegiano la conoscenza «legale» rispetto a quella «reale»: il percorso a formazione progressiva per la notificazione degli atti all'imputato non detenuto, di cui all'art. 157 Cpp, esprime infatti la consapevolezza della crescente distanza che si crea tra il fatto giuridico della conoscenza legale e la probabilità del realizzarsi di una conoscenza effettiva man mano che si attenua il rapporto che lega la persona del destinatario dell'atto a quella del destinatario della consegna⁷⁰. Sicché, la valorizzazione di forme di conoscenza legate alla notifica per posta a mezzo giacenza di atti come l'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, finirà per svuotare di significato la riforma.

Ancora incertezze pone la nomina di un difensore di ufficio che sia stata comunicata all'indagato *ex art.* 28 NAttCpp: non può essere considerato privo di rilievo che il legislatore, nel tipicizzare le situazioni idonee ad integrare la conoscenza del procedimento, vi abbia incluso soltanto la nomina fiduciaria. Il legame con il difensore d'ufficio, infatti, non vale a garantire la certezza di un canale comunicativo con l'assistito

⁶⁸ Cass. 8.2.2007, Benjamin Joy, in *DPP* 2008, 491, con il commento di C. Pagnano, *L'impugnazione delle sentenze contumaciali e l'esigenza di evitare manovre dilatorie*.

⁶⁹ Secondo P. Picozzi, *Relazione sul processo in absentia*, Formazione decentrata del distretto del Lazio, 2014, 4, se può ritenersi sicura una notificazione a mezzo posta o al portiere in cui la cartolina postale di ricezione è stata poi sottoscritta dall'imputato, sarebbe invece meritevole di approfondimenti una notifica a mezzo di convivente, mentre sarebbe necessaria una nuova notificazione a mezzo polizia giudiziaria nel caso di notifica avvenuta per compiuta giacenza.

⁷⁰ L. Suraci, *Le "nuove" notificazioni ci portano indietro. E il giusto processo resta ancora lontano*, in *DG* 2005, n. 23, 93.

che invece può trarsi, sia pure con prudenza, dalla nomina fiduciaria. A tal fine, recependo i principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di restituzione in termini, si dovrebbe escludere che le notificazioni al difensore di ufficio siano di per sé idonee a dimostrare l'effettiva conoscenza del procedimento da parte dell'imputato, a meno che non vi siano elementi dai quali poter desumere che il difensore sia riuscito a rintracciare l'imputato e ad instaurare con il medesimo un effettivo rapporto professionale⁷¹.

Resta infine da analizzare l'ultima e più complessa situazione da "concretizzare": la sottrazione volontaria da parte dell'imputato alla conoscenza del procedimento o ad atti del medesimo⁷² (co. 2) che presuppone in capo al soggetto una conoscenza "sufficiente" delle accuse mosse a suo carico. Questa evenienza è contemplata anche dalla giurisprudenza europea⁷³ nell'ipotesi dell'imputato che dichiari pubblicamente o per iscritto di non desiderare di dare seguito agli interpellati di cui ha avuto conoscenza attraverso fonti diverse dalle autorità o che sia riuscito a sfuggire ad un tentativo d'arresto. Seguendo questa impostazione, nel perimetro applicativo della norma potrebbe farsi rientrare la dichiarazione di latitanza che potrebbe essere intervenuta durante la fase delle indagini preliminari (art. 296 Cpp), purché però il giudice accerti, sulla base del verbale di vane ricerche, la sussistenza di elementi che facciano ritenere la conoscenza in capo al soggetto del provvedimento cautelare⁷⁴ e la sua intenzione di sottrarsi volontariamente ad esso⁷⁵. E, ancora, il rifiuto di eleggere domicilio ai fini delle notificazioni ovvero l'omessa comunicazione all'autorità giudiziaria procedente delle variazioni di domicilio in precedenza eletto, trattandosi di condotta fi-

⁷¹ Cass. 8.2.2011, Safzafi, in *AP* 2011, n. 2. Secondo P. Silvestri, *op. cit.*, 47, nel caso in cui l'avviso di fissazione dell'udienza sia notificato ma non ricevuto personalmente dall'imputato e questi faccia pervenire all'autorità giudiziaria, prima della celebrazione dell'udienza, un atto di revoca del precedente difensore, ovvero una qualsiasi richiesta, anche cautelare, o comunque una dichiarazione in cui si faccia riferimento anche alla data della udienza, potrebbe ritenersi integrata la conoscenza del processo.

⁷² La locuzione "atti del procedimento" compariva anche nel testo dell'art. 175 co. 2 Cpp *ante* riforma del 2005. Ne evidenziava la natura generica e indeterminata G. Garuti, *La restituzione nel termine*, Padova, 2000, 126 s.

⁷³ C. eur., GC 1.3.2006, *Sejdovic c. Italia*, § 99: «La Corte non può pertanto escludere che alcuni fatti accertati possano dimostrare che l'imputato sa che una procedura penale è diretta contro di lui e conosce la natura e i motivi dell'accusa e che non ha l'intenzione di prendere parte al processo o intende sottrarsi alle azioni giudiziarie a suo carico»; C. eur., 21.6.2007, *Kollcaku c. Italia*, § 51; C. eur., 4.12.2001, *Iavarrazzo c. Italia*.

⁷⁴ Nel senso che ai fini della dichiarazione di latitanza non si richiede necessariamente la conoscenza dell'interessato in ordine alla avvenuta emissione a suo carico del provvedimento restrittivo della libertà personale, essendo semplicemente sufficiente che egli sappia che un ordine o un mandato può essere emesso nei suoi confronti, v. Cass. 13.11.2013, Elezaj, in *CEDCass*, m. 257279.

⁷⁵ Sul punto v. S. Quattrocolo, voce *Contumacia* (*dir. proc. pen.*), in *ED*, Annali, vol. II, t. I, 2008, 142; C. Papagno, *Contumacia e processo equo*, Milano 2010, 186. Di recente Cass., S.U., 27.3.2014, n. 18822, Auram, cit., ha posto l'accento sull'eshaustività delle ricerche al fine di porre il giudice nelle condizioni di accertare la volontarietà del ricercato di sottrarsi all'esecuzione della misura.

nalizzata a impedire il rintraccio dell'imputato e che l'ha posto nella condizione di non avere conoscenza degli atti processuali⁷⁶. In queste ultime ipotesi appare, però, necessaria una verifica ad ampio raggio che tenga conto dello specifico patrimonio di conoscenze del soggetto in relazione all'indagine a suo carico.

2.2. Alla difficoltà pratica di enucleare le situazioni idonee a ritenere provata la conoscenza del procedimento si accompagna l'assoluto silenzio da parte del legislatore sulle modalità attraverso le quali giungere al loro accertamento. Se è certo che la verifica degli indici tipizzati dal legislatore deve essere effettuata rifuggendo da automatismi, «con le ordinarie cautele del ragionamento indiziario»⁷⁷, è però dubbio se possa innestarsi un contraddittorio tra le parti al riguardo. Nel precedente sistema la contumacia era infatti dichiarata dal giudice con ordinanza, all'esito di un procedimento "incidentale" nel quale vi era spazio per la realizzazione di una forma di contraddittorio tra le parti che dovevano essere sentite (art. 420-*quater* co. 1 Cpp); diverso è invece il tenore letterale dell'art. 420-*bis* Cpp che, nell'utilizzare l'indicativo «procede», sembra escludere che l'assenza debba essere formalmente dichiarata⁷⁸. Questa esegesi non appare però convincente ove si proceda ad un'interpretazione di sistema: il successivo co. 4, nel disciplinare i rimedi "restitutori" in favore dell'assente "incolpevole", tratta della revoca dell'ordinanza che dispone procedersi in assenza dell'imputato. Da questa disposizione si trae che l'assenza postula, al pari della vecchia contumacia, un provvedimento formale che assume, nella specie, la forma tipica degli atti emessi nel contraddittorio tra le parti: l'ordinanza. E questo contributo dialettico appare utile soprattutto per la verifica delle situazioni di assenza presuntive codificate dal legislatore al co. 2, anche in considerazione degli oneri probatori connessi all'attivazione dei rimedi restitutori.

⁷⁶ In questi termini, rispetto alla tematica della restituzione in termini, Cass. 21.6.2006, Bellopede, in *CEDCass*, m. 235975. Quanto all'ipotesi in cui l'imputato abbia fornito false generalità, si è affermato che non è preclusiva alla restituzione in termini «la condotta fraudolenta del soggetto che tenti di sottrarsi alle indagini a suo carico sulla base della considerazione che in tal modo egli mostrerebbe di essersi posto volontariamente nelle condizioni di non avere conoscenza del procedimento ciò nonostante instaurato e del suo successivo esito». Ciò in quanto l'istituto novellato evoca situazioni che non sono riferibili a una fase meramente preprocessuale come quella delle indagini di polizia o preliminari: Cass. 29.11.2006, Karabache, in *CEDCass*, m. 235338; Cass. 5.6.2007, Sheget, *ivi* m. 237279; *contra* Cass. 21.2.2006, Dioum, *ivi* m. 233514, nella quale si è affermato che la declinazione di false generalità, in quanto comportamento fraudolento, vale ad escludere la restituzione in termini, essendosi la parte volutamente posta nelle condizioni di non avere conoscenza effettiva della sentenza; Cass. 20.5.1996, n. 2410, *ivi* m. 205140, relativa a soggetto fallito che si era allontanato dalla residenza senza l'autorizzazione del giudice delegato. Analogo ragionamento dovrebbe farsi per le ipotesi in cui sia stato indicato un domicilio fittizio. Alcune situazioni riconducibili alla "clausola di chiusura" sono esemplificate da S. Marcolini, *op. cit.*, 160, il quale richiama, tra le altre, l'ipotesi di una intercettazione dalla quale emerge la decisione del soggetto, dopo il fatto commesso, di darsi alla fuga.

⁷⁷ Così P. Tonini, C. Conti, *Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole"*, cit., 514.

⁷⁸ Di questo avviso P. Picozzi, *op. cit.*, 3; G.L. Fanuli, *op. cit.*, 34.

Quanto, invece, agli atti che potranno essere utilizzati dal giudice ai fini della verifica richiesta dalla legge, se nella fase dell'udienza preliminare il problema è attenuato dalla piena conoscenza che l'autorità giudiziaria ha del fascicolo relativo alle indagini, diversamente nel corso del giudizio non possono essere legittimate incursioni nel fascicolo del pubblico ministero. Qui si innesta un problema "operativo" del tutto trascurato. È, infatti, da evidenziare che nel nuovo assetto manca una norma analoga a quella contenuta nel pregresso art. 420-*quater* co. 7 Cpp, che prevedeva l'allegazione al decreto che dispone il giudizio dell'ordinanza dichiarativa della contumacia⁷⁹ (*rectius*: dell'assenza). Il giudice del dibattimento avrà, pertanto, cognizione del fatto che si è proceduto in assenza nel corso dell'udienza preliminare in ragione dell'avvenuta notifica del decreto che dispone il giudizio *ex art.* 429 co. 4 Cpp, ma non potrà sapere sulla base di quali "indici" è stata dichiarata l'assenza nella fase pregressa⁸⁰: salvo ritenere l'ultrattività della precedente disciplina. Se la nomina del difensore di fiducia è facilmente accertabile (dal decreto che dispone il giudizio o, se intervenuta dopo la chiusura delle indagini preliminari, dal fascicolo per il dibattimento), diversamente per quanto riguarda l'applicazione di una misura cautelare (o, addirittura, precautelare) che non sia più in corso di esecuzione. L'art. 432 Cpp, infatti, nell'indicare gli atti da trasmettere al giudice competente per il giudizio si limita a menzionare il provvedimento che abbia disposto «misure cautelari in corso di esecuzione»; chiaramente, qualora la misura cautelare sia in atto si impone l'obbligo ulteriore per il giudice di accertare che questa sia stata disposta in relazione alle imputazioni per le quali è processo. In tutte le altre ipotesi (elezione di domicilio) e, soprattutto, con riferimento alle situazioni non tipizzate, sarà onere del pubblico ministero esibire l'atto idoneo a ritenere provata la conoscenza del processo in capo all'imputato.

2.3. Da ultimo, il legislatore ha ricondotto sotto la disciplina dettata per l'assenza delle situazioni che più correttamente dovrebbero essere qualificate di "quasi presenza"⁸¹ dal momento che il giudice procede come se l'imputato, pur assente fisicamente, fosse, appunto per finzione, presente. Tale è la condizione dell'imputato che dopo essere comparso si sia allontanato dall'aula di udienza o che, presente ad un'udienza non compaia alle successive⁸². Nel caso dell'imputato che si sia allontanato,

⁷⁹ A. Scafati, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, in *CP* 2000, 2823, sottolineava l'opportunità di questa disposizione al fine di consentire al giudice del dibattimento di valutare l'operato del giudice dell'udienza preliminare e, eventualmente, sindacare la decisione adottata.

⁸⁰ Seppure in alcuni tribunali è prassi indicare nel decreto che dispone il giudizio lo *status* dell'imputato (presente, assente o, in precedenza, contumace) e l'eventuale elezione o dichiarazione di domicilio.

⁸¹ Così Gius. Sabatini, *Trattato dei procedimenti speciali e complementari nel processo penale*, Torino 1956, 200; G. Leone, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. II, Napoli 1961, 441.

⁸² Altra ipotesi di "finta presenza" si configura qualora l'imputato sia stato allontanato coattivamente, *ex art.* 475 co. 1 Cpp, dall'aula di udienza.

«palesando o no la sua volontà di rinunciare alla presenza» dopo essere comparso in udienza⁸³ ricorre la figura dell'assente «successivo», in precedenza disciplinata dall'art. 420-*quinquies* co. 2 Cpp. L'equiparazione con la posizione dell'assente, in questo caso, è l'effetto «di un fatto, di un comportamento volontario»⁸⁴. Da qui la necessità di un particolare rigore nel trattamento di questa situazione che di per sé si profila come neutra: in particolare, perché l'imputato possa essere considerato fittiziamente presente occorre accertare che il suo allontanamento non sia necessitato, vale a dire dovuto a forza maggiore, a caso fortuito o altro legittimo impedimento. Analoghe considerazioni possono farsi per l'imputato presente ad un'udienza che non compaia alle successive: anche in questa ipotesi occorrerebbe escludere che la comparizione all'udienza successiva non sia dovuta a circostanza allo stesso non imputabile.

2.4. Il denominatore comune alle diverse ipotesi di assenza sin qui tratteggiate e di “quasi presenza” sta nell'attribuzione al difensore di un potere di rappresentanza⁸⁵ dell'imputato che, tuttavia, non determina quella identità e pienezza di effetti che il rappresentato avrebbe ottenuto agendo di persona, non potendo il difensore porre in essere quelle attività che sono dalla legge riservate all'imputato. Si tratta, in via esemplificativa, delle dichiarazioni spontanee e dell'interrogatorio durante l'udienza preliminare (artt. 421 co. 2 secondo e terzo periodo e 422 co. 4 Cpp); dell'esame (art. 503 co. 1 Cpp) e delle dichiarazioni spontanee (art. 494 Cpp) durante il dibattimento; del consenso alla contestazione suppletiva di un fatto nuovo (art. 423 co. 2 e 518 co. 2 Cpp).

Il potere di rappresentanza, tuttavia, opera in modo differente a seconda che l'imputato sia assente *tout court* o “quasi presente” (art. 420-*bis* co. 3 Cpp). Nel caso di sospensione o rinvio ad udienza fissa del dibattimento, la notificazione dovrebbe essere disposta, ai sensi del co. 3 dell'art. 477 Cpp, soltanto nei confronti dell'imputato assente⁸⁶ e non anche di quello “quasi presente” o che sia stato coattivamente allontanato dall'aula di udienza *ex art.* 475 Cpp, per i quali sono da ritenersi sufficienti gli avvisi verbali in udienza. Stante il mantenimento della pregressa disciplina di cui all'art. 429 co. 4 Cpp, la rappresentanza del difensore non potrà operare con riguardo al decreto che dispone il giudizio, atto propulsivo della fase dibattimentale che, pertanto, dovrà essere notificato (oltre che al vecchio contumace) all'assente; analoga notifica non sembra di contro necessaria per l'assente considerato fittiziamente “presente” in udienza. Rispetto, invece, alle nuove contestazioni dibatti-

⁸³ Così A. Melchionda, sub *art.* 488 Cpp, in *Commentario Chiavario*, V, Torino 1991, 163.

⁸⁴ In questi termini A. Melchionda, *op. cit.*, 163.

⁸⁵ Sull'impossibilità di ricondurre la rappresentanza del contumace a quella volontaria o legale, di impronta civilistica, v. G. Pansini, *La contumacia nel diritto processuale penale*, Napoli 1963, 118. Sulla rappresentanza, in genere, v. R.E. Kostoris, *La rappresentanza dell'imputato*, Milano 1986.

⁸⁶ A meno che non prevalga la diversa interpretazione che attribuiva al difensore la piena rappresentanza anche nei riguardi dell'imputato regolarmente citato e non comparso: v. Cass. 24.3.2010, Romano, in *CEDCass*, m. 247689.

mentali *ex art. 520 Cpp*, la generica nozione di assenza qui utilizzata non può che essere intesa in senso ampio e, quindi, riferita anche alle situazioni di *ficta praesentia*: una diversa regolamentazione, al di là della considerazione che si porrebbe in contrasto con il dettato normativo, non avrebbe una sua ragion d'essere, tanto più che l'esigenza di garantire la contestazione si presenta alquanto pressante sia che la legge tragga la volontà di rinuncia a partecipare al giudizio da comportamenti concludenti – i quali configurano un situazione di finta presenza – sia che vi sia stata un'esplicita manifestazione di volontà dell'imputato e, quindi, un'assenza in senso stretto⁸⁷.

Un pieno recupero dei poteri di rappresentanza del difensore si realizza, invece, sul piano della conoscenza della sentenza dibattimentale, al fine dell'attivazione dei poteri di controllo da parte del giudice di grado superiore: ciò è conseguenza della modifica normativa che ha interessato gli artt. 548 co. 3 e 585 co. 1 lett. *d* Cpp⁸⁸ nella parte in cui prevedevano la notifica dell'avviso di deposito con l'estratto della sentenza dibattimentale in favore del "contumace" e la decorrenza del termine per impugnare da quel momento, adempimento non più richiesto all'autorità giudiziaria. *A fortiori* i poteri di rappresentanza opereranno sul fronte della conoscenza della sentenza di non luogo a procedere emessa all'esito dell'udienza preliminare, ove minore è l'interesse dell'imputato al controllo, peraltro di pura legittimità. Quanto, invece, alla sentenza che sia stata emessa all'esito del giudizio abbreviato, nell'ambito del quale l'imputato che abbia conferito procura speciale al proprio difensore e non sia comparso in giudizio dovrà essere considerato assente, la presenza di una specifica disposizione, quale è quella contenuta al co. 3 dell'art. 442 Cpp (da leggere unitamente all'art. 134 NattCpp)⁸⁹, genericamente riferita all'imputato «che non sia comparso», impone che l'estratto della sentenza sia notificato all'assente⁹⁰, con esclusione di un potere di rappresentanza in capo al difensore. Diversamente per la sentenza emessa all'esito del giudizio di applicazione di pena *ex art. 444 Cpp*: in assenza di una specifica disposizione, opererà la piena rappresentanza del difensore⁹¹.

2.5. L'ordinanza con la quale il giudice abbia dichiarato l'assenza dell'imputato ricade nel novero dei provvedimenti allo stato degli atti, de-

⁸⁷ Per queste considerazioni T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano 1996, 147, il quale richiamava rispettivamente gli artt. 488 co. 2 e 488 co. 1 Cpp, estendendovi anche l'art. 475 co. 2 Cpp; *contra* F. Cordero, *Procedura penale*, IX ed., Milano 2012, 932 s., per il quale, invece, la norma non dovrebbe applicarsi nei casi di allontanamento volontario, di imputato evaso e di allontanamento *ex art. 475 Cpp*.

⁸⁸ V. *infra*, il commento di F. Morelli, *sub art. 10, infra* 606 ss.

⁸⁹ Sulla *ratio* di questa disposizione v. Cass. 29.9.2005, n. 36860, in *CEDCass*, m. 232586.

⁹⁰ Cass. 27.5.2009, Carcagnolo, in *CEDCass*, m. 243972: affermava che la sentenza emessa a seguito di giudizio abbreviato doveva essere notificata all'imputato dichiarato contumace nel corso dell'intero procedimento (nella specie si era esclusa la notifica all'imputato presente al processo ma non comparso alla lettura del dispositivo).

⁹¹ Cass. 7.3.2008, Pizzo, in *CEDCass*, m. 240140.

stinati ad acquisire una loro “stabilità” soltanto con la pronuncia conclusiva del grado di giudizio. Il giudice, pertanto, può revocare⁹², anche d’ufficio, il provvedimento in ragione, anzitutto, della comparizione dell’imputato prima della deliberazione terminativa dell’udienza preliminare (o del giudizio). Per effetto di questa comparizione “tardiva” il giudice dell’udienza preliminare rinvia l’udienza e l’imputato potrà chiedere l’acquisizione di atti e documenti ai sensi dell’art. 421 co. 3 Cpp. Si tratta, in sostanza, degli atti raccolti nel corso dell’attività di investigazione difensiva; nel novero dei documenti vanno ricompresi oltre quelli *ex art.* 234 Cpp, anche i verbali di prove di altri procedimenti e le sentenze irrevocabili *ex artt.* 238 e 238-*bis* Cpp, nonché «i contenuti informativi riprodotti su carta o altro materiale idoneo alla rappresentazione»⁹³.

Nulla è detto, a differenza della pregressa disciplina contemplata nell’art. 420-*quater* co. 3 Cpp in tema di contumacia, sulla possibilità per l’imputato di rendere dichiarazioni spontanee e di essere sottoposto ad interrogatorio. Pur mancando un’espressa previsione normativa al riguardo, diversamente da quanto avviene per la fase del giudizio (nuovo art. 489 co. 1 Cpp)⁹⁴, non sembra possano configurarsi dubbi sulla possibilità di esercitare il diritto di difesa personale mediante le dichiarazioni spontanee, qualora la comparizione tardiva avvenga dopo che il pubblico ministero abbia esposto i risultati delle indagini⁹⁵ – ciò in virtù della regola generale di cui all’art. 421 co. 2 Cpp – purché si rispettino i consueti limiti dettati per il dibattimento: occorre, cioè, che queste siano pertinenti all’oggetto dell’imputazione contenuta nella richiesta di rinvio a giudizio e non intralcino l’eventuale discussione che abbia avuto inizio⁹⁶. Allo stesso modo deve ammettersi la possibilità per l’imputato tardivamente comparso di essere sottoposto ad interrogatorio, atto al quale si applicano le disposizioni dettate dagli artt. 64 e 65 Cpp, ovvero se l’imputato ne faccia richiesta, le forme dell’esame incrociato previste dagli artt. 498 e 499 Cpp; non va invero sottaciuto che la dichiarazione di assenza potrebbe essere stata pronunciata in presenza di una situazione di “conoscenza presunta dell’udienza per conoscenza certa del procedi-

⁹² Se l’omissione del provvedimento di revoca integra una mera irregolarità, l’inosservanza delle disposizioni «concernenti l’insussistenza, non rilevata, delle condizioni per procedere *in absentia* e di quelle relative ai diritti dell’imputato comparso e “rimesso in gioco”», integra una nullità di ordine generale, a regime intermedio: così R. Bricchetti, L. Pistorelli, *op. cit.*, 98.

⁹³ Così A. Scafati, *L’udienza preliminare. Profili di una disciplina in trasformazione*, Padova 1999, 66.

⁹⁴ V. il commento di F. Morelli, *sub art.10, infra* 608.

⁹⁵ Di questo avviso anche G. Di Paolo, *La revoca dell’ordinanza che dispone il giudizio in assenza*, in *Il giudizio in assenza dell’imputato*, cit., 197. Esclude che l’imputato possa chiedere di rendere dichiarazioni spontanee interrompendo la discussione delle parti nell’udienza preliminare E. Aprile, *Giudice unico e processo penale*, Milano 2000, 94, seppure nulla impedisce che dopo la discussione del suo difensore, possa chiedere di prendere la parola per ultimo.

⁹⁶ V. G. Garuti, *La nuova fisionomia dell’udienza preliminare*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico (l.16 dicembre 1999, n. 479)*, a cura di F. Peroni, Padova 2000, 381.

mento” che, come tale, richiede una riespansione del diritto di difesa personale nelle sue espressioni più genuine. L’esercizio di questi diritti, peraltro, in quanto connaturato ai principi generali del sistema, non può farsi soggiacere ad alcun onere probatorio in capo all’imputato.

È singolare notare come nel contesto dell’udienza preliminare sia stata inserita una disposizione, quella di cui al co. 4 dell’art. 420-*bis* Cpp, che disciplina gli effetti della comparizione “tardiva” dell’assente nel corso del giudizio di primo grado⁹⁷, da coordinare con quelle specifiche per il dibattimento contenute, invece, nell’art. 10 della nuova legge. In questa sede l’imputato potrà formulare richiesta di prova ai sensi dell’art. 493 Cpp⁹⁸. Il richiamo integrale al disposto normativo in questione e, in particolare, al co. 2, importa che la parte, ove abbia avuto conoscenza dell’atto introduttivo del giudizio oltre il termine di decadenza per la presentazione delle liste testimoniali fissato nell’art. 468 Cpp, potrà ottenere una sorta di restituzione nel termine per il deposito⁹⁹; va da sé che la mancata conoscenza dell’atto introduttivo del giudizio si traduce nella impossibilità di una tempestiva indicazione delle prove *ex art.* 468 Cpp.

Trovandoci al cospetto di un provvedimento qualificato come “revo-
ca”, rimangono pienamente validi gli atti compiuti fino al momento della comparizione¹⁰⁰, sebbene l’imputato potrà chiedere la rinnovazione di prove già assunte. La norma, come formulata, pone diversi problemi interpretativi: è da domandarsi, anzitutto, se possa trovare applicazione anche nella fase dell’udienza preliminare. Ebbene, la circostanza che sia collocata subito dopo il periodo che disciplina i poteri della parte “nel corso del giudizio di primo grado”, induce a circoscriverne l’applicazione solo a quest’ultima fase¹⁰¹, che, del resto, è la sede privilegiata per l’assunzione delle prove. Se questa è la corretta interpretazione, ciò significa, però, che il legislatore ha trascurato di considerare che anche nella fase dell’udienza preliminare (o, addirittura durante le indagini preliminari) può essersi proceduto, nell’assenza dell’imputato, all’assunzione di prove nelle forme dell’incidente probatorio o attraverso l’integrazione probatoria *ex art.* 422 Cpp, che l’imputato potrebbe avere interesse a rinnovare. Se l’avvenuta assunzione *ex officio* di prove non desta particolari preoccupazioni, in virtù della rilevanza funzionale di queste ultime ai fini della pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere – peraltro la norma in oggetto potrebbe essere recuperata in virtù

⁹⁷ Per questa sottolineatura v. S. Quattrococo, *Il contumace cede la scena processuale*, cit., 4.

⁹⁸ Sulla portata di questa disposizione v., di recente, I. Frioni, *Riflettendo sull’ammissione della prova*, in www.penalecontemporaneo.it, 6.10.2014.

⁹⁹ Secondo P. Silvestri, *op. cit.*, 52, «ove venga raggiunta la prova che effettivamente l’imputato sia stato in stato di ignoranza incolpevole fino oltre il decorso del termine per la presentazione delle liste, potrebbe chiedere ed ottenere l’ammissione delle prove dichiarative ai sensi dell’art. 493, comma secondo, cod. proc. pen.».

¹⁰⁰ Esprime perplessità su questa disposizione P. Moscarini, *Una riforma da tempo necessaria*, cit., 261.

¹⁰¹ Di questo avviso P. Silvestri, *op. cit.*, 52.

della sollecitazione dei poteri officiosi del giudice – non altrettanto può dirsi ove si sia proceduto all'assunzione di prove nelle forme dell'incidente probatorio. Tanto più che queste proiettano la loro rilevanza probatoria nella successiva fase del giudizio, sede preposta all'accertamento nel merito della responsabilità del soggetto.

Altro dubbio investe i parametri che il giudice dovrà adottare nell'ammettere la richiesta di rinnovazione. Così, se la comparizione avviene in una fase avanzata dell'istruttoria dibattimentale, può ammettersi la rinnovazione integrale di tutte le prove, con le relative conseguenze sul fronte della durata del processo e della relativa prescrizione che, in questo caso, continuerebbe a maturare? E, ancora, qualora si sia iniziata la fase di assunzione delle prove a discarico richieste dalla difesa, potrebbe l'imputato chiedere di essere sottoposto ad esame? Non va, infatti, trascurato che il riformato art. 489 Cpp, nel co. 1, legittima l'imputato contro il quale si è proceduto in assenza nel corso del giudizio, unicamente a rendere dichiarazioni spontanee, mentre nulla dice sulla possibilità di chiedere l'esame la cui valenza probatoria è del tutto diversa dal dialogo monocorde cui danno vita le dichiarazioni spontanee. La circostanza che il legislatore non abbia aggettivizzato la richiesta di rinnovazione – la pregressa formulazione dell'art. 420-*quater* co. 5 Cpp subordinava la rinnovazione ad una valutazione di rilevanza ai fini dell'emissione di uno dei provvedimenti conclusivi della fase dell'udienza preliminare, formula da adattare al successivo giudizio – sembra orientare verso un obbligo per il giudice di ammetterla, in qualunque momento del processo, anche laddove sia integrale, senza alcun filtro. Colmando una lacuna del precedente sistema, più volte denunciata, il legislatore consente poi all'imputato comparso in giudizio di potere recuperare il diritto di difesa *sub specie* di accesso ai riti alternativi propri dell'udienza preliminare: il giudizio abbreviato e l'applicazione della pena¹⁰². Non è, invece, dato comprendere se la mancata previsione della possibilità di accesso all'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova, introdotto dalla medesima legge e "antesignano" di una nuova tipologia di procedimenti speciali, sia conseguenza di un'espressa scelta normativa o, piuttosto, di un difetto di coordinamento¹⁰³.

Si deve rilevare, però, che la possibilità di esercitare il diritto di difesa, nei modi e nelle forme previsti dall'art. 420-*bis* co. 4 Cpp, è legata alla dimostrazione, in capo all'imputato stesso, che l'assenza è stata dovuta ad una «incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo»¹⁰⁴ o ad assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito,

¹⁰² V. nuovamente il commento di F. Morelli, *sub art.10, infra* 607 e ss.

¹⁰³ L'«incongruenza» è segnalata da G. Illuminati, *Giudizio*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso, V. Grevi, M. Bargas, VII ed., Cedam 2014, 831. In termini favorevoli all'applicazione della messa alla prova, nonostante il silenzio del legislatore, A. Diddi, *Novità in materia di impugnazioni e di restitutio in integrum*, in *Il giudizio in assenza dell'imputato*, cit., 227 (il quale, trattando della rescissione del giudicato, richiama l'art. 420-*bis* co. 4 Cpp).

¹⁰⁴ Sottolinea S. Quattrocchio, *Il contumace cede la scena processuale*, cit., 4, come questo scenario non possa applicarsi al soggetto che abbia ricevuto la notifica-

forza maggiore o altro legittimo impedimento, sempre che, in quest'ultimo caso, la prova dell'impedimento sia pervenuta con ritardo senza sua colpa. Ebbene, ci troviamo al cospetto di una sequela di oneri probatori in capo all'imputato – che, tuttavia, come si è detto non dovrebbero operare rispetto alle dichiarazioni spontanee¹⁰⁵ e all'interrogatorio ove se ne ammetta l'estensione in udienza preliminare – simili a quelli cui era soggetto il contumace tardivamente comparso.

L'istante, nel primo caso, se si accede ad una lettura delle norme aderente al dato letterale, visto l'uso del termine "processo", dovrà dare prova della esistenza di circostanze che rendano impossibile muovergli un rimprovero a titolo di negligenza o imprudenza per non avere avuto conoscenza dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare o del decreto di citazione per il giudizio, non potendosi proiettare l'onere probatorio verso la mancata conoscenza degli atti del "procedimento"¹⁰⁶; così, nell'ipotesi in cui la notifica dell'atto introduttivo del giudizio sia avvenuta nelle mani di familiari convivente, l'imputato dovrà dimostrare la negligenza di questo soggetto.

Quanto poi alla assoluta impossibilità di comparizione per caso fortuito o forza maggiore, qui l'onere probatorio è duplice, investendo anche l'assenza di colpa¹⁰⁷; ed è proprio su questo elemento che si inseriscono le maggiori perplessità. È ben noto come siano state interpretate le due espressioni, caratterizzate, la prima dalla imprevedibilità, la seconda dall'irresistibilità. In particolare, il caso fortuito è quell'evento impeditivo che non è stato né poteva essere previsto dall'imputato, intervenuto prima dell'inizio o dopo l'esaurimento dell'attività posta in essere dalla parte per il compimento dell'atto; mentre, la forza maggiore è da intendere come «quell'energia causale, umana o subumana, alla quale la parte non poté, nel caso concreto, assolutamente resistere e che rese vano ogni sforzo per il compimento dell'atto nel termine stabilito»¹⁰⁸. Il rischio correlato a questa previsione, in uno ai poteri di accertamento che spettano al giudice in sede di apprezzamento di queste circostanze, insuscettibile, come si è detto, di controllo, è di rendere l'onere probatorio invalicabile.

zioni mani proprie del decreto non potendo dimostrare poi l'ignoranza incolpevole dell'udienza.

¹⁰⁵ Analogamente per le dichiarazioni spontanee che posso essere rese in dibattimento ai sensi del co. 1 dell'art. 489 Cpp il quale, diversamente da quanto dispone il successivo co. 2 in tema di accesso ai riti speciali, non richiama il co. 4 dell'art. 420-bis Cpp.

¹⁰⁶ Nel senso che la norma si applica anche quando l'imputato, dopo avere eletto domicilio durante le indagini preliminari, compaia fornendo la prova di non avere avuto effettiva conoscenza dell'avviso di fissazione dell'udienza, F. Caprioli, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, cit., 665; dello stesso avviso G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, IX ed., Torino 2014, 417 s.

¹⁰⁷ Intesa come «qualsiasi negligenza, "trascuratezza", disattenzione, indifferenza», che possano avere cagionato la effettiva mancata conoscenza dell'atto: così A. Melchionda, *L. 23.11.1989 n. 22 (G.U. 30.1.1989 n. 24) - Nuova disciplina della contumacia*, cit., 323 ss.

¹⁰⁸ P. Moscarini, *Udienza preliminare e presenza dell'imputato: un'anticipazione (quasi) completa degli istituti di garanzia predibattimentale e dibattimentale*, cit., 309.

Per scongiurare l'apertura di un nuovo «contenzioso europeo»¹⁰⁹, a fronte dell'allegazione di circostanze che giustificano la mancata conoscenza dell'atto di *vocatio* o una situazione di impedimento a comparire, il giudice dovrebbe farsi carico di accertarne l'eventuale esistenza e, in presenza di un dubbio, "restituire" all'imputato il diritto di difendersi provando. Un'indicazione utile sul *modus operandi* può essere tratta dalla sentenza con la quale la Corte di Cassazione ha chiarito «presupposti, formalità, modalità applicative ed effetti decisori» dell'istituto della rescissione del giudicato, disciplinato dall'art. 625-ter c.p.p. Questo, infatti, al comma 1, prevede un omologo onere probatorio, seppure limitato alla incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo. Al riguardo i giudici di legittimità hanno affermato che, pur a fronte dell'onere di allegazione gravante sull'imputato, «deve escludersi che sia inibita alla Corte di Cassazione l'acquisizione (...) di documentazione integrativa, potendo essere necessario chiarire aspetti ambigui o colmare possibili lacune o verificare la rispondenza della documentazione esibita alla realtà processuale»¹¹⁰.

Da ultimo, una ulteriore ipotesi di revoca si ha qualora risulti che il procedimento doveva essere sospeso a norma dell'art. 420-*quater* Cpp¹¹¹: la perdurante validità degli atti processuali compiuti appare qui difficilmente compatibile con i principi enucleati dalla giurisprudenza europea.

3. In coerenza con la scelta normativa di consentire la celebrazione del giudizio in assenza soltanto laddove vi sia la prova che l'imputato abbia avuto effettiva conoscenza dell'accusa a suo carico – seppure, in alcune ipotesi indotta da una conoscenza presunta del “procedimento”¹¹² – il legislatore della riforma, a fronte dell'impossibilità di reperire l'accusato, ha introdotto un meccanismo di tipo inibitorio: quello della sospensione del processo, la cui applicazione, senza esclusioni correlate

¹⁰⁹ In questi termini S. Quattrocolo, *Il contumace cede la scena processuale*, cit., 14. Sui possibili profili di attrito con i principi affermati dalla Corte di Strasburgo v., anche, R. Bricchetti, L. Pistorelli, *op. cit.*, 98; P. Tonini, M. Ingenito, *La sospensione del processo contro l'irreperibile e la frattura legislativa tra vecchia contumacia e nuova assenza*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 185. Può richiamarsi C.eur. GC 1.3.2006, *Sejdovic c. Italia*, § 88: «non spetta all'imputato provare che non intendeva nascondersi alla giustizia, né che la sua assenza si spiegava con un caso di forza maggiore. Allo stesso tempo è ammissibile alle autorità nazionali valutare se le scuse fornite dall'imputato per giustificare la sua assenza fossero valide o se gli elementi versati nel fascicolo permettessero di concludere che la sua assenza era indipendente dalla sua volontà».

¹¹⁰ Cfr. Cass., S.U., 17.7.2014, n. 36848, Burba, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5.12.2004, con il commento di J. Della Torre, *Le Sezioni Unite sulla rescissione del giudicato: nonostante i primi chiarimenti l'istituto rimane problematico*.

¹¹¹ In chiave problematica G. Di Paolo, *La revoca dell'ordinanza che dispone il giudizio in assenza*, cit., 205, evidenzia come il legislatore non chiarisca a quando debba risalire la prova della sussistenza dei presupposti per la sospensione. Secondo l'A. questa deve intervenire dopo l'ordinanza dichiarativa dell'assenza.

¹¹² V. *supra sub* § 2.1.

alla tipologia di reato¹¹³, è stata limitata alla fase successiva all'esercizio dell'azione penale.

Con questo innesto, recependo nella sostanza le sollecitazioni provenienti da autorevoli studiosi del processo penale¹¹⁴ e delle correnti più sensibili della magistratura¹¹⁵, si mette la parola fine alla tormentata vicenda dell'imputato "irreperibile"¹¹⁶, seppure è da dire che il termine

¹¹³ Nella Relazione di riforma del codice di procedura penale redatta dalla Commissione presieduta dal Prof. G. Riccio si era adottata una soluzione diversa per i processi a carico di un latitante o di un irreperibile, purché, in questa seconda ipotesi, si trattasse di processo per reati riconducibili a fenomeni criminali complessi, quali quelli di criminalità organizzata o in materia di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico. Secondo, infatti, la Relazione illustrativa, la «gravità dei reati, insieme all'esistenza di una organizzazione criminale in grado di assicurare protezione all'imputato, inducono ugualmente a permettere la celebrazione del processo nei confronti di chi vi si sia deliberatamente sottratto». Sicché, sia nel caso di imputato latitante, che cioè si sia volontariamente sottratto all'esecuzione di una misura cautelare che limiti la sua libertà di locomozione (e dunque per i soli reati di una certa gravità, per i quali l'applicazione di misure cautelari è consentita) – «quando risulti la sua volontaria sottrazione al procedimento» (direttiva 70.1) – sia nel caso di imputato latitante o irreperibile per reati di criminalità organizzata di tipo mafioso e per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, il giudizio può ugualmente svolgersi in sua assenza (direttiva 70.2).

¹¹⁴ Tra i tanti v. M. Chiavario, *Una riforma inevitabile: ma basterà?*, in *LP* 2005, 259; Id., *Non è tutto oro quello che luccica nel nuovo processo* in absentia, in *DG* 2005, n. 19, 129; F. Caprioli, *"Giusto processo" e rito degli irreperibili*, cit., 593; D. Negri, *Art. 1 D.L. 18.2.2005 n. 17*, cit., 284 ss.; Gior. Lattanzi, *Spunti critici sulla disciplina del processo contumaciale*, cit., 600; G. Ubertis, *Sistema multilivello dei diritti fondamentali e prospettiva abolizionista del processo contumaciale*, cit., 1771 s., sollecitava atti di «chirurgia demolitiva».

¹¹⁵ V. la proposta di Magistratura indipendente ove si afferma: «La caratteristica qualificante del sistema accusatorio è costituita dalla formazione della prova nel contraddittorio delle parti, evidentemente incompatibile con il processo celebrato "in contumacia", ovvero sia non in presenza dell'imputato. È pertanto opportuno pensare ad un'ipotesi di sospensione dei processi nei confronti degli imputati contumaci perché irreperibili, ovvero sia coloro che non sono stati mai raggiunti sostanzialmente dalla notizia del processo nei loro confronti, sia pur notificata regolarmente con le procedure che ne assicurano oggi la conoscenza legale, perché tale processo realizza un contraddittorio insufficiente con il solo difensore d'ufficio dell'imputato. Sono moltissimi i processi celebrati nei confronti di irreperibili, molti dei quali (specie gli stranieri irregolarmente presenti sul nostro territorio) non sono mai raggiunti nemmeno in sede esecutiva, e quindi tale sospensione avrebbe il beneficio di risparmiare tempo evitando definitivamente un certo numero di processi inutili»; nonché F.P. Giordano, *Giustizia: le riforme necessarie. Il processo penale*, Relazione tenuta in occasione del Congresso nazionale di Magistratura Indipendente, Roma, 28.1.2005, il quale ribadisce l'intenzione di introdurre il meccanismo della sospensione nell'ipotesi di «imputati contumaci, perché irreperibili, ovvero sia coloro che non sono stati raggiunti sostanzialmente dalla notizia del processo nei loro confronti (...)». In giurisprudenza, di recente, Cass., S.U., 24.5.2012, Napolitano, in *CP* 2012, 4024 ss., con il commento di P. Silvestri, *La notifica del decreto di citazione a giudizio all'imputato, già dichiarato irreperibile in occasione della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini: l'intervento delle Sezioni Unite*.

¹¹⁶ Il problema riguarda anche gli imputati stranieri, occasionalmente presenti nel territorio dello Stato, che abbiano fatto elezione di domicilio in Italia ai sensi dell'art. 161 Cpp. Costoro, infatti, sono «dichiarati contumaci dopo la notifica "regolare" (sotto il profilo formale) ai sensi dell'art. 161 comma 1 c.p.p. mediante consegna al di-

comparire soltanto nel titolo della legge¹¹⁷, mentre nel testo ci si riferisce alla poliedrica figura dell'imputato "assente".

Va subito evidenziato che il nuovo istituto non è stato accompagnato da alcuna modifica della disciplina sulle notificazioni che rimane compendiata nell'art. 159 Cpp: questo prevede che, laddove non sia stato possibile eseguire le notificazioni all'imputato libero secondo il disposto di cui all'art. 157 Cpp¹¹⁸, occorrerà disporre una serie di ricerche, da eseguirsi cumulativamente e non già alternativamente come nel passato¹¹⁹, ed estese oltre che al luogo di nascita e a quello di ultima dimora, anche all'ultima residenza anagrafica, nonché al luogo di esercizio abituale dell'attività lavorativa e presso l'amministrazione carceraria centrale; qualora queste, comunque, non abbiano dato esito positivo, l'autorità giudiziaria, dopo avere emesso il decreto di irreperibilità e nominato un difensore d'ufficio all'imputato che ne sia privo, ordina che la notificazione sia eseguita mediante consegna di copia al difensore, sia esso di fiducia o d'ufficio. A tenore della pregressa formulazione dell'art. 420-bis co. 1 Cpp, qualora la notificazione si fosse "perfezionata" mediante consegna di copia al difensore a norma dell'art. 159 Cpp, il giudice non avrebbe dovuto neppure disporre la rinnovazione della citazione. In sostanza, l'esigenza di celebrare il processo "a tutti i costi" – mediante il ricorso ad un sistema imperniato su una presunzione "legale" di conoscenza dell'atto che, nell'ipotesi di notifica eseguita presso il difensore di ufficio nominato al momento dell'emissione del decreto di irreperibilità, si traduceva più correttamente in una presunzione di "ignoranza" dell'atto – si poneva in evidente contrasto con il principio secondo cui l'assenza dal processo avrebbe dovuto essere ricondotta ad una libera e consapevole scelta dell'imputato che, per essere tale, presuppone un'effettiva informazione dell'esistenza di un procedimento penale a proprio

fensore e ciò tanto laddove la notificazione nel domicilio dichiarato o eletto è divenuta impossibile quanto laddove la dichiarazione o l'elezione di domicilio manchino ovvero siano insufficienti o inidonee» (F. Lazzarone, *Processo in absentia: dall'Europa una spinta per la riforma?*, in *LP* 2004, 602). In questi casi, caratterizzati dalla mancanza di un legame tra lo straniero e il territorio, in cui la notifica sovente viene effettuata al difensore d'ufficio, appare, invero, difficile affermare che il sistema delle notificazioni realizzi una conoscenza anche solo presunta dell'atto funzionale alla *vocatio in iudicium*.

¹¹⁷ Per questa notazione S. Quattrocchio, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona*, cit., 9. Nel disegno di legge recante "Delega al Governo in materia di depenalizzazione, sospensione del procedimento con messa alla prova, pene detentive non carcerarie, nonché sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili" presentato il 29.2. 2012, si afferma che l'art. 4 contiene i principi e criteri direttivi di delega per la sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili, in attuazione del principio di effettiva conoscenza.

¹¹⁸ In argomento v. L. Grilli, *Le notificazioni penali*, Milano 1990, 239 ss.; M. Pacini, *Le notificazioni*, in A. Jazetti, M. Pacini, *La disciplina degli atti nel nuovo processo penale*, Milano 1993, 160 ss.

¹¹⁹ Cfr. Cass., 21.9.1993, De Simone, in *CP* 1995, 1310, ove si è affermato che nell'ipotesi di svolgimento incompleto delle ricerche, «l'emissione del decreto di irreperibilità e le conseguenti notificazioni eseguite mediante consegna al difensore – ove attengano alla *vocatio in jus* – integrano nullità assolute, insanabili e rilevabili in ogni stato e grado del procedimento».

carico e della relativa contestazione. Senza considerare, poi, le ricadute anche economiche, legate alla celebrazione di processi nei confronti di soggetti a carico dei quali verosimilmente l'eventuale pronuncia di condanna non sarebbe stata mai eseguita.

Su questo fronte, tuttavia, le più volte denunciate censure di illegittimità del sistema dettato per le notificazioni all'imputato irreperibile – per contrasto, dapprima con il testo dell'art. 24 co. 2 Cost. e, successivamente alla riforma costituzionale, anche con quello dell'art. 111 co. 3 Cost. là dove ha recepito il principio del contraddittorio come elemento centrale della giurisdizione – sono rimaste prive di riscontro.

In una prima occasione, la Corte costituzionale aveva dichiarato l'infondatezza della questione¹²⁰, rilevando come la previsione del rito degli irreperibili costituisse «parte integrante di una complessa scelta di sistema compiuta dal legislatore, incentrata sul duplice criterio del massimo di impegno preventivo per assicurare la conoscenza del processo e dell'adozione di strumenti riparatori e reintegrativi nei casi estremi in cui l'obiettivo non si sia potuto raggiungere preventivamente». L'organo costituzionale, a fronte della soluzione già allora proposta dal remittente, quella, cioè, della previsione di un meccanismo di sospensione del processo a carico degli irreperibili, con conseguente eliminazione di congegni riparatori e reintegrativi, osservava come questa non avrebbe potuto trovare adeguata soluzione in una pronuncia del giudice costituzionale al quale compete l'osservanza dei principi costituzionali, «ma rispettando, ove possibile, le scelte di sistema del legislatore anche quando il merito legislativo del quale tali scelte sono intessute possa apparire opinabile»¹²¹.

La questione di legittimità degli artt. 159, 160, 420-*quater* co. 1 e 484 Cpp veniva quindi riproposta nel rinnovato contesto costituzionale dell'art. 111 che ha recepito il principio del contraddittorio, prevalentemente, nella sua dimensione "oggettiva", quale «espressione del legittimo esercizio della giurisdizione penale»¹²². Questo richiede, anzitutto, quale punto di partenza per la sua realizzazione, la conoscenza, da parte dell'imputato, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico, funzionale a porlo nelle condizioni di esercitare in modo consapevole la scelta di essere o meno presente al proprio processo e di come in esso difendersi; conoscenza che manca in un soggetto, quale l'irreperibile, che risulta del tutto ignaro della citazione a giudizio contenente l'accusa. Anche in questo caso, tra le soluzioni astrattamente configurabili per tutelare il diritto dell'imputato di presenziare al processo – quella

¹²⁰ C. cost., sent. 10.12.1998, n. 399, in *GCos* 1998, 3454 ss.

¹²¹ Si osservava, inoltre, come nel caso in esame, avrebbero dovuto essere coinvolti «istituti del diritto penale sostanziale e del processo penale, quali la prescrizione dei reati e l'interruzione e la sospensione del processo, che andrebbero ripensati in un nuovo quadro sistematico nel quale la mancanza di un rito per gli irreperibili fosse divenuta elemento caratterizzante».

¹²² V. Trib. Pinerolo, 31.1.2006, D.V., in *CP* 2006, 2945 ss., con nota di S. Quattrocchio, *Rito degli irreperibili e principi del giusto processo: commento a ordinanza 31 gennaio 2006 Tribunale di Pinerolo*.

inibitoria o quella riparatoria, quest'ultima avallata dalla precedente pronuncia del Giudice delle leggi – soltanto la prima sarebbe risultata compatibile con «la nuova nozione costituzionale di processo e di giurisdizione penale»¹²³.

La Corte costituzionale¹²⁴, però, nel dichiarare ancora una volta l'infondatezza della questione sollevata, pur nella stringatezza dell'apparato motivazionale, mostrava di attribuire rilievo pregnante al principio del contraddittorio visto nella sua dimensione «soggettiva», come diritto al confronto con il proprio accusatore e all'acquisizione delle prove a discarico, là dove affermava che il rilevato profilo oggettivo del contraddittorio costituisce sempre «un aspetto del diritto di difesa»¹²⁵. In conclusione, si riteneva sufficiente il ricorso, ancora una volta, in linea con la precedente pronuncia sul tema, alle «misure ripristinatorie», sulla cui effettiva adeguatezza, però, la Corte non aveva ritenuto di dovere spendere neppure una parola.

3.1. Se unanime era il consenso degli interpreti sulla necessaria previsione di un meccanismo inibitorio a fronte delle situazioni di irreperibilità, dubbi vi erano sulle potenzialità applicative dello stesso: se, in sostanza, anticiparlo già alla fase della notifica (infruttuosa) dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari *ex art. 415-bis Cpp*¹²⁶, primo atto con il quale si conferisce all'indagato la possibilità di avere conoscenza piena della pendenza di un procedimento a suo carico e di esercitare il diritto di difendersi «provando» avanti all'ufficio del pubblico ministero, oppure postergarlo alla fase del processo. Il legislatore, come si è già notato, ha optato per questa seconda alternativa¹²⁷ che, certa-

¹²³ Così F. Caprioli, *Processo in contumacia e giusto processo*, testo della Relazione svolta in occasione del Convegno sul tema: «*Il processo penale in Italia: difetti, inefficienze, soluzioni*», Alba, 25.10.2003, 4 datt.

¹²⁴ C. cost., sent. 21.3.2007, n. 117, in *GCos* 2007, 1118 ss., con i commenti di L. Iafisco, *Il "giusto processo" all'imputato irripetibile all'esame della Corte costituzionale* e G. Varraso, *La Corte costituzionale "salva" il rito degli irripetibili*. Si esprime in termini fortemente critici nei riguardi della pronuncia, soprattutto se esaminata «sotto un triplice angolo visuale» che ha riguardo: a) alle attuali prospettive di riforma del giudizio contumaciale; b) alla giurisprudenza della Corte europea in tema di procedimenti *in absentia*; c) alla prassi internazionale, «sempre più orientata a formulare un giudizio di disvalore sui processi *in absentia*»: S. Negri, *Giudizio in absentia e garanzie processuali internazionali: note a margine della sentenza della Corte cost. n. 117/2007*, in *DPP* 2008, 669 ss.

¹²⁵ Esprime perplessità L. Iafisco, *op. cit.*, 1181, secondo il quale ove la Corte avesse portato a più estreme conseguenze le precedenti prese di posizione in tema di contraddittorio avrebbe dovuto affermare che la presenza dell'imputato al processo va valutata anche «nel suo significato euristico di presupposto d'un contraddittorio integrale», espressione, questa, che si deve a P. Moscarini, *La contumacia dell'imputato*, cit., 220 ss.

¹²⁶ Così F. Caprioli, «*Giusto processo*» e rito degli irripetibili, cit., 593; soluzione condivisa da L. Filippi, *Il processo in absentia*, in *Equo processo normativa italiana ed europea a confronto*, a cura dello stesso A., Padova 2006, 235.

¹²⁷ Scettici verso questa opzione, per il mancato risparmio di tempo e denaro, sono R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Così "scompare" il processo in contumacia*, in *GD* 2014(21)93.

mente, presenta il vantaggio di non dovere avviare un confronto «col principio di obbligatorietà dell'azione penale»¹²⁸, ma finisce per determinare un esercizio solo «apparente» dell'azione penale, preceduta da un dispiego di attività processuali inutili, perché destinate, successivamente, a subire una stasi.

L'attivazione del nuovo (e residuale) meccanismo sospensivo nella fase dell'udienza preliminare impone al giudice, a fronte di un imputato che non sia comparso, una serie di verifiche preliminari che rispondono alla *ratio* di evitare delle irreperibilità “mascherate” finalizzate a “lucrare” la prescrizione del reato. Verificata, anzitutto, l'insussistenza di una causa di nullità della notificazione che, se rilevata, imporrebbe la rinnovazione della notifica, il richiamo al nuovo disposto di cui all'art. 420-*bis* Cpp richiede l'esclusione di una situazione di “assenza” sia essa in senso stretto o c.d. presunta (elezione o dichiarazione di domicilio¹²⁹; sottoposizione a misure precautelari o cautelari; nomina di un difensore di fiducia; altre situazioni apprezzabili *ex officio* dal giudice) cui segue l'accertamento dell'inesistenza di una situazione di impossibilità di comparizione (*ex art. 420-ter* Cpp)¹³⁰. Conclusi questi accertamenti preliminari con esito negativo, l'autorità giudiziaria, facendosi parte “diligente”, disporrà il rinvio dell'udienza al fine di consentire la notificazione dell'atto introduttivo del giudizio a mani proprie dell'imputato¹³¹, strumento privilegiato ai fini di quella conoscenza effettiva del processo che costituisce condizione di regolarità del contraddittorio. A questo adempimento provvederà la polizia giudiziaria che, diversamente da quanto prefigurato nel progetto di riforma elaborato dalla Commissione Riccio, non potrà fare ricorso a forme di coazione personale.

La scelta di attribuire alla polizia giudiziaria il compito di notificare l'atto – in controtendenza rispetto alle riforme che hanno fortemente limitato la possibilità di impiegare la polizia giudiziaria in veste di organo di notificazione¹³² – appare nella specie giustificata, oltre che

¹²⁸ Sul tema v. le considerazioni di F. Caprioli, “*Giusto processo*” e rito degli irreperibili, cit., 593.

¹²⁹ Trib. Asti, 23.5.2014, accedendo ad una lettura “restrittiva” dell'espressione che abbia dichiarato o eletto domicilio nel corso del procedimento, in una situazione in cui «l'avviso dell'esercizio dell'azione penale sia notificato al solo difensore a fronte dell'irreperibilità nel domicilio dichiarato o in caso di una difesa ufficiosa priva di contatti con l'assistito», ha disposto la notificazione personale all'imputato a mezzo della polizia giudiziaria.

¹³⁰ Secondo S. Quattrococo, *La sospensione del processo nei confronti dell'imputato non comparso e la revoca della relativa ordinanza*, in *Il giudizio in assenza dell'imputato*, cit., 241, «tra gli “irreperibili originari” deve distinguersi un sottoinsieme di soggetti che, avendo proceduto alla nomina del difensore *ex art. 96 c.p.p.* non saranno interessati dalla sospensione. Stessa sorte riguarderà coloro che siano divenuti irreperibili dopo un iniziale, diverso, momento di contatto con il procedimento penale». Sulla categoria di irreperibili ai quali applicare il nuovo istituto v., anche, P. Silvestri, *op. cit.*, 50.

¹³¹ Nella giurisprudenza europea si pone l'accento su una «cura estrema a notificare l'accusa all'interessato»: C. eur., GC 1.3.2006, *Sejdovic c Italia*, § 89.

¹³² A seguito della modifica dell'art. 148 Cpp apportata dall'art. 17 del d.l. 27.7.2005 n. 144, la polizia giudiziaria rimane organo di notificazione, in alternativa

da esigenze di economia processuale, dalla disponibilità in capo a quest'organo di strumenti più efficaci, rispetto a quelli propri dell'ufficiale giudiziario, ai fini del reperimento dell'imputato. L'utilità di questa norma sembra apprezzabile nell'ambito dei giudizi a citazione diretta rispetto ai quali – stante la previsione di cui all'art. 160 Cpp – non è richiesta la rinnovazione delle ricerche già effettuate, con esito negativo, ai fini dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari *ex art. 415-bis* Cpp, prima della notifica del decreto di citazione che potrebbe essere avvenuta anche a distanza di un apprezzabile lasso di tempo; e ciò a meno che successivamente al detto avviso non sia stata compiuta ulteriore attività investigativa¹³³. Diversamente, nel caso di richiesta di rinvio a giudizio in cui è necessario un nuovo decreto di irreperibilità, dopo quello emesso per la notifica *ex art. 415-bis* Cpp: se sono già stati esperiti infruttuosamente i tentativi di notifica secondo le forme di cui all'art. 159 Cpp nei luoghi ivi indicati, il rischio concreto è quello di una mera reiterazione di atti già compiuti in precedenza dall'ufficiale giudiziario.

3.2. Prima di dare corso alla sospensione del processo, esigenze di tutela del diritto di difesa e della presunzione di innocenza¹³⁴ (nonché di economia processuale) impongono che il giudice verifichi l'insussistenza dei presupposti per pronunciare una sentenza *ex art. 129* Cpp¹³⁵. Instaurata l'udienza preliminare, pertanto, sulla scorta dell'imputazione formulata nella richiesta di rinvio a giudizio e degli atti depositati a sostegno della stessa, il decidente dovrà verificare, nel contraddittorio tra le parti, se sia possibile dichiarare la non punibilità dell'imputato. Stante l'ampia cognizione del giudice dell'udienza preliminare, pur con la preclusione di ulteriori approfondimenti del *thema decidendum* mediante il ricorso ai poteri istruttori conferitigli dall'art. 422 Cpp¹³⁶, in questa sede potrà esservi spazio per l'individuazione di una causa di non punibilità di rito (non procedibilità), estranea al merito della vicenda (prescrizione, amnistia) ovvero per la specifica evidenza probatoria di una ragione di merito. Più circoscritta risulterà invece l'applicazione del disposto in questione nella fase introduttiva del giudizio di primo grado,

all'ufficiale giudiziario, anche se la sua sfera di competenza rimane limitata all'ipotesi prevista dall'art. 151 Cpp. In argomento v. P. Cipolla, *La polizia giudiziaria come organo di notificazione di atti del procedimento penale, alla luce delle novità introdotte dall'art. 17 l. n. 155 del 2005*, in *CP* 2007, 97 ss., il quale rileva come la *ratio* della novità sia da rintracciare nell'esigenza di non distogliere gli organi di polizia «dalle istituzionali attività di prevenzione e repressione dei reati, in modo da garantire al meglio la sicurezza e la pacifica convivenza dei cittadini».

¹³³ Per questa tesi Cass., S.U., 24.5.2012, Napolitano, cit.

¹³⁴ Sui principi costituzionali coinvolti dall'art. 129 Cpp v. l'analisi di L. Scomparin, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Torino 2008, 415 ss.; sotto l'abrogato codice, in relazione all'art. 152 Cpp, v. G. Lozzi, *Favor rei e processo penale*, Milano 1968, 57 ss.

¹³⁵ Secondo A. De Caro, *Processo in absentia e sospensione. Una primissima lettura della legge n. 67 del 2014*, in *AP* 2014, n. 3, 22, la norma sarà di difficile applicazione al di fuori delle ipotesi di prescrizione, amnistia o improcedibilità.

¹³⁶ In questo senso Cass., S.U., 25.1.2005, De Rosa, in *CP* 2005, 1835 ss.

limitata, in conseguenza dell'impianto del sistema processuale, alla conoscenza dei soli atti che compongono il fascicolo per il dibattimento e ciò sempre che, durante la fase del predibattimento, non vi sia stato spazio per un proscioglimento anticipato *ex art.* 469 Cpp, purché pubblico ministero e imputato non si oppongano; consenso che nel caso dell'imputato non richiede la sua presenza, potendo essere manifestato dal difensore, ancorché privo di procura speciale¹³⁷.

3.3. Nel disciplinare gli effetti della sospensione nei riguardi delle altre parti processuali – coimputato e danneggiato dal reato – il legislatore si è rifatto al modello di genere di cui all'art. 70 Cpp. Così, nell'ipotesi di processo cumulativo sul piano soggettivo, alla pronuncia dell'ordinanza di sospensione consegue una successiva ordinanza motivata, inoppugnabile, con la quale il giudice dispone la separazione dei procedimenti¹³⁸ – secondo quanto previsto dall'art. 18 co. 1 lett. *b* Cpp – salvo che ritenga la riunione “assolutamente necessaria per l'accertamento dei fatti”.

La stasi processuale, insuscettibile di determinazione sul piano della durata, potrebbe avere delle ricadute anche nei confronti del soggetto danneggiato dal reato che vanta delle richieste di risarcimento del danno in conseguenza della commissione dell'illecito. A tal fine, il legislatore ha previsto l'inoperatività della disposizione di cui all'art. 75 co. 3 Cpp. Sicché, riaffermando il principio di autonomia che regola i rapporti tra giudizio penale e giudizio civile nel nostro sistema processuale¹³⁹, l'avvenuta costituzione di parte civile nel processo sospeso da parte del danneggiato non osta alla trasferibilità dell'azione di danno nella sua sede naturale, senza che il soggetto debba subire la sospensione del processo civile fino alla pronuncia della sentenza penale definitiva¹⁴⁰. Se, successivamente, il provvedimento di sospensione del processo penale dovesse essere revocato, rimane aperto l'interrogativo se il danneggiato possa reinserire nuovamente la domanda nel processo penale. Rispetto ad analoga questione postasi in relazione alla sospensione per incapacità dell'imputato¹⁴¹, si è data risposta negativa se nel frattempo sia stata pro-

¹³⁷ Cass. 19.3.2010, n. 24481, Corbi e altro, in *CED Cass*, m. 247846.

¹³⁸ Parla di separazione “relativamente” obbligatoria, essendo fatta salva una contraria decisione del giudice, contrassegnata da «una certa dose di discrezionalità», M.G. Aimonetto, *L'incapacità dell'imputato per infermità di mente*, Milano 1992, 178.

¹³⁹ Ciò avviene in tutti i casi in cui l'uscita dal processo penale del danneggiato è conseguenza di un «esodo necessitato»: v. *Relazione testo definitivo Cpp*, in *GU* 24.10.1988, n. 250, Suppl. ord. n. 2, 173; in dottrina v. E.M. Mancuso, *La parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. I, *Soggetti e atti*, Tomo I, *I soggetti*, a cura di G. Dean, Torino 2009, 567.

¹⁴⁰ Con riguardo all'analoga disciplina contenuta nell'art. 71 co. 6 Cpp ritiene sia «espressione ulteriore dell'autonomia del giudizio civile rispetto a quello penale, altrimenti derogata dall'art. 75, 3° comma c.p.p.», M. Montagna, *L'imputato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. I, *Soggetti e atti*, Tomo I, cit., 513.

¹⁴¹ Per queste considerazioni A. Ghiara, sub *art.* 75 Cpp, in *Commento Chiavario*, I, Torino 1989, 368 s.

nunciata in sede civile sentenza ancorché non passata in giudicato, precludendo, questa, ai sensi del co. 1 dell'art. 75 Cpp, il trasferimento dell'azione di danno nel processo penale. Prima di tale momento, invece, si dovrebbe ammettere la possibilità di reinserire la domanda risarcitoria nel processo penale¹⁴², purché ciò avvenga nel rispetto dei termini fissati dal codice di rito per la costituzione di parte civile.

Sul piano del diritto sostanziale, in virtù della specifica previsione inserita nel co. 1 n. 3 dell'art. 159 Cp, il provvedimento di sospensione del processo influisce sui meccanismi prescrizionali al pari di quanto avviene nelle ipotesi di incapacità dell'imputato; tuttavia, al fine di scongiurare l'affermazione di una nuova categoria di "eterno giudicabile"¹⁴³, il legislatore ha optato per una sospensione "a tempo" della prescrizione. È, però, legittimo avanzare più di un dubbio sulla reale efficacia di questa disposizione ove ci si soffermi a considerare le deroghe – di carattere sia soggettivo sia oggettivo – introdotte dal legislatore¹⁴⁴.

3.4. La sospensione del processo, in ragione della sua natura "transitoria", richiede delle cautele sul fronte probatorio in vista della possibile revoca del relativo provvedimento¹⁴⁵. La disciplina dello speciale procedimento probatorio, del tutto eventuale¹⁴⁶, che può innestarsi in questa fase, presenta delle varianti rispetto a quella dettata sia per la fattispecie tipica di sospensione del processo per incapacità dell'imputato *ex art. 70 ss. Cpp*¹⁴⁷, sia per quella di più recente conio, della messa alla prova *ex art. 464-sexies Cpp*. La variante più significativa attiene alla mancata previsione della possibilità per il giudice del merito di assumere le prove che possono portare al proscioglimento dell'imputato¹⁴⁸

¹⁴² V., però, la posizione di M.G. Aimonetto, *op. cit.*, 179.

¹⁴³ Sul tema v., da ultimo, C. cost., sent. 14.2.2013, n. 23, in *CP* 2013, 1823 ss., con il commento di L. Scomparin, *Prescrizione del reato e capacità di partecipare coscientemente al processo: nuovamente sub iudice la disciplina degli eterni giudicabili*. In quella sede il Giudice delle leggi aveva escluso la possibilità di adottare una sentenza manipolativa in ragione della pluralità di soluzioni legislative adottabili e, tra queste, aveva ricompreso la fissazione di un termine prescrizionale *ad hoc*. Su quest'ultima soluzione v. M. Chiavario, *Infermità mentale ed "eterni giudicabili": a proposito della sent. 23/2013 della Corte costituzionale*, in *LP* 2013, 348.

¹⁴⁴ Al riguardo v. le considerazioni di M. Venturoli, *sub art. 12, infra* ...

¹⁴⁵ Anche il sistema processuale tedesco nell'ipotesi di procedimenti iniziati a carico di un imputato assente, consente di procedere ad attività di assicurazione della prova in previsione della futura presenza avanti alla Corte. Sul punto v. M. Chiavario, *Una riforma inevitabile: ma basterà?*, cit., 259, il quale richiama, appunto, la disciplina prevista nel § 285 co. 1 StPO. A tenore del successivo § 286 co. 1 StPO, il difensore può agire per conto dell'imputato e i parenti di quest'ultimo possono essere ammessi a partecipare come rappresentanti anche senza procura. Nella letteratura tedesca in argomento cfr., tra gli altri, L. Meyer-Goßner, B. Schmitt, *sub art. 285 StPO*, in *Strafprozessordnung*, München 2014, 1257; C. Roxin, B. Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, München 2012, 512 (ma v. pure 337 e 357 ss.).

¹⁴⁶ Analoga definizione è stata utilizzata per il procedimento probatorio disciplinato dall'art. 467 Cpp da G. Bonetto, *sub art. 467 Cpp*, in *Commento Chiavario*, V, Torino 1991, 41.

¹⁴⁷ In argomento, tra i tanti, R.E. Kostoris, *sub artt. 70-73 Cpp*, in *Commento Chiavario*, I, Torino 1989, 346 ss.

che, nelle ipotesi accennate, è subordinata, rispettivamente, all'iniziativa del difensore dell'imputato e delle parti. Rimane ferma, invece, l'acquisizione, sempre su iniziativa di tutte le parti processuali (in linea con l'art. 464-*sexies* Cpp), essendo esclusa l'attivazione di poteri officiosi del giudice, delle prove "non rinviabili"; concetto "naturalistico" che implica l'esistenza di un pericolo di dispersione del materiale probatorio ove se ne ritardi l'assunzione. Immediato il richiamo, sia pure non integrale, al testo dell'art. 467 co. 1 Cpp, relativo agli atti urgenti che possono essere compiuti nella fase degli atti preliminari al dibattimento; il legislatore della riforma ha, infatti, omesso di riprodurre l'*incipit* "nei casi previsti dall'art. 392"¹⁴⁹. Ciò significa che, nell'ipotesi di sospensione del processo per assenza, il giudice, diversamente da quanto previsto dall'art. 467 Cpp, non deve compiere la duplice verifica sulla riconducibilità della prova richiesta all'elenco di cui all'art. 392 Cpp e sulla non rinviabilità della stessa¹⁵⁰. Ancorché il giudicante disponga di un più ampio margine di discrezionalità nell'ammissione delle prove – fermo restando i criteri di cui agli artt. 190 e 190-*bis* Cpp – rimangono escluse, come si è detto, quelle tendenti al proscioglimento dell'imputato che potranno essere ammesse soltanto se contestualmente caratterizzate dalla non rinviabilità. Questa carenza presenta profili di incongruenza con la successiva disciplina che regola le sorti dell'ordinanza di sospensione la cui revocabilità potrebbe essere disposta se deve essere pronunciata sentenza a norma dell'art. 129 Cpp (art. 420-*quinquies* co. 2 lett. *d* Cpp): di fatto si vanificano le potenzialità applicative del proscioglimento ex art. 129 Cpp limitandolo a ragioni di rito (morte dell'imputato, remissione di querela e, soprattutto, estinzione per intervenuta prescrizione).

Quanto alle forme da osservare per il compimento dell'attività istruttoria, questa, in linea con l'art. 467 Cpp, si svolge seguendo quelle del dibattimento. Ciò significa che in sede di udienza preliminare l'assunzione delle prove orali non sarà condotta dal giudice ai sensi dell'art. 422 co. 3 Cpp, ma si applicheranno le regole sull'esame incrociato proprie del giudizio e, inoltre, che l'acquisizione probatoria avverrà, anche in questa sede, in pubblica udienza, salvi i casi in cui non è consentito. Ancorché il legislatore abbia omesso di prevedere quale debba essere la sorte delle prove così acquisite, diversamente dal co. 3 dell'art. 467 Cpp che dispone per l'inserimento nel fascicolo per il dibattimento, il richiamo alle forme proprie del dibattimento sarebbe privo di senso se le prove assunte nell'udienza preliminare non fossero destinate a proiettare la loro efficacia nel giudizio. E proprio da questa considerazione discende un interrogativo nell'ipotesi in cui sia stata assunta una prova

¹⁴⁸ Sottolinea M. Montagna, *op. cit.*, 508, come «l'interesse per l'imputato a essere prosciolto appare prevalere sull'interesse a intervenire consapevolmente al processo».

¹⁴⁹ Per questa notazione P. Moscarini, *Una riforma da tempo necessaria: l'abolizione della contumacia penale e la sospensione del processo contro l'imputato irreperibile*, cit., 266.

¹⁵⁰ S. Recchione, sub art. 467 Cpp, in *Codice di procedura penale*, a cura di G. Canzio, G. Tranchina, Milano 2012, 4342 s.

non rinviabile – per il timore, ad esempio, della morte del potenziale teste – che poi tale non si riveli alla ripresa del processo sospeso. Il rischio, come segnalato da attenta dottrina¹⁵¹, è di consentire l'uso, anche a carico del soggetto, di dichiarazioni raccolte in un contesto nel quale l'assente non ha potuto fornire il proprio personale contributo. Da qui la proposta di prevedere un meccanismo di recupero successivo del contraddittorio, attraverso una nuova escussione delle persone già esaminate. Se così non fosse, il giudice potrebbe legittimamente porre a fondamento di una pronuncia di condanna anche le sole dichiarazioni rese dal teste durante la sospensione del processo e, quindi, nell'ambito di un contraddittorio soggettivamente "imperfetto", quando le stesse siano controbilanciate da forti garanzie procedurali¹⁵².

¹⁵¹ Per queste osservazioni P. Moscarini, *Una riforma da tempo necessaria*, cit., 269 s.

¹⁵² C. eur., GC 15.12.2011, *Al Khawaja e Tahery c. Regno Unito*. Per un commento v., tra i tanti, F. Zacché, *Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti* (working paper), in www.penalecontemporaneo.it, 17.1.2012.

La revoca del procedimento di sospensione: presupposti e cadenze

Commento di VALENTINA BONINI

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le nuove ricerche dell'imputato assente: tempi e modi. – 3. Intervenuta conoscenza del procedimento e revoca della sospensione. – 4. Dalla sospensione alla chiusura del processo attraverso l'epilogo proscioglitivo. – 5. Revoca della sospensione e ripresa dell'attività processuale: adempimenti.

1. L'art. 420-*quinquies* Cpp risulta completamente riscritto nei suoi contenuti dal provvedimento normativo in esame al fine di disciplinare le cadenze procedurali che vengono innescate dopo che sia stata pronunciata l'ordinanza che dispone la sospensione del processo nei confronti dell'imputato assente. L'evento sospensivo necessitava, invero, di una duplice regolamentazione: da una parte, il legislatore doveva farsi carico di prevedere lo svolgimento di attività processuale urgente anche in costanza di sospensione (a ciò è dedicata la disciplina contenuta nell'art. 420-*quater* ult. co. Cpp con riguardo alle emergenze probatorie); dall'altra parte, era necessario prevedere quando e attraverso quali modalità potesse essere rivisitata la decisione di sospendere il processo, ora determinandone la ripresa, ora determinandone, al contrario, l'epilogo definitivo.

E proprio a tale ultimo profilo è dedicata la disposizione che qui si commenta, la quale introduce, quindi, una disciplina del tutto nuova che non trova precedenti elementi di confronto normativo. Tale spiccata caratteristica di *novum* avrebbe consigliato una particolare cura nel confezionamento del prodotto normativo, cura che, invece, è decisamente mancata¹, determinando non poche difficoltà interpretative che dovranno essere superate da una prassi volenterosa e sensibile alle esigenze di tutela a cui si ispira l'istituto della sospensione del processo nei confronti dell'imputato assente. Così, dal punto di vista più strettamente operativo, nella misura in cui si disciplinano le nuove ricerche dell'imputato, la disposizione si appalesa confusa e lacunosa, non identificando i connotati essenziali dell'attività di ricerca sotto il profilo soggettivo ed oggettivo. Quanto, poi, al coordinamento con i presupposti generali della sospensione (che rappresentano un elemento speculare ai presupposti della revoca della sospensione), l'art. 420-*quinquies* Cpp presenta

¹ Critico in tal senso è F. Focardi, *Le nuove ricerche e la revoca della sospensione*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di C. Conti, A. Marandola, G. Varraso, Padova 2014, 273, il quale osserva che la norma *de qua* è stata «formulata in maniera approssimativa: talvolta superflua, talvolta carente, talvolta oscura».

più di una sbavatura, rievocando talune ipotesi specifiche già indicate nell'art. 420-*bis* Cpp (nomina del difensore di fiducia) e trascurandone altre; richiamando situazioni generali poste alla base della celebrazione del processo verso l'assente (la prova della conoscenza del procedimento) e dimenticandone altre (la volontaria sottrazione alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo).

Insomma, anche *in parte qua* il provvedimento normativo in esame svela una superficialità dei *conditores* che non pare giustificata dalla genesi, tutt'altro che frettolosa, della riforma in parola².

2. Il primo snodo fondamentale nei percorsi scanditi dal novellato art. 420-*quinquies* Cpp è rappresentato dalle ricerche dell'assente nei cui confronti sia stata pronunciata l'ordinanza di sospensione. Si tratta di un adempimento di primario rilievo ai fini della funzionalità e della tenuta complessiva della disciplina dettata per questa ipotesi di sospensione processuale: ciò nonostante, la regolamentazione con la quale si è chiamati a confrontarsi presenta più di una lacuna in merito ai soggetti deputati ad effettuare le ricerche, alle modalità delle stesse, agli incumbenti da eseguirsi in caso di esito positivo o negativo delle ricerche medesime.

Può osservarsi come l'unico dato sufficientemente esplorato dalla normativa sia quello temporale, il quale, perverso, assume un valore meramente indicativo. Il legislatore si è premurato di indicare al giudice l'opportunità di una verifica in ordine al permanere delle esigenze sottese all'ordinanza sospensiva del processo nel termine di un anno dalla sua pronuncia. È lo stesso art. 420-*quinquies* Cpp, però, a rendere flessibile il termine così individuato, il quale è suscettibile di essere abbreviato, con conseguente anticipazione dell'attività di ricerca dell'imputato, «quando [il giudice] ne ravvisi l'esigenza», ad esempio in ragione di segnalazioni utili pervenute dalla persona offesa o da altri soggetti, ovvero per quelle ipotesi di reato che, nonostante gli effetti sospensivi ora previsti nell'art. 159 Cp, vanno incontro a termini prescrizionali complessivamente più circoscritti. Del resto, non solo a seguito del buon esito delle ricerche *de quibus* può disporsi una ripresa del processo; il comma 2 dell'art. 420-*quinquies* Cpp enuncia, come vedremo, altre cause di revoca dell'ordinanza sospensiva che possono intervenire *ab externo* in qualsiasi momento, determinando, ogni volta che siano portate a conoscenza del giudice, l'obbligo di riprendere l'attività processuale.

Non può, pertanto, ipotizzarsi che il sistema assegni una durata predeterminata alla sospensione pronunciata nei confronti dell'imputato assente, essendo il termine di un anno di cui al primo comma dell'art. 420-

² In senso critico sul piano del confezionamento normativo v. D. Chinnici, *La sospensione del processo e il rito degli irreperibili tra novità e ambiguità*, in *AP on line* 2014, n. 3. Quanto al problematico percorso attraverso il quale si è dipanato il tema della contumacia e dei diritti partecipativi dell'imputato al proprio processo v., avuto riguardo alle sole tappe essenziali, la tavola rotonda in *LP* 2004, 580 ss.; G. Garuti, *Nuove norme sulla restituzione nel termine per l'impugnazione di sentenze contumaciali e decreti penali di condanna*, in *DPP*2005, 684 ss.; D. Negri, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Torino 2014, *passim*.

quinquies Cpp riferibile ad uno *spatium temporis* che interessa la sola attività di ricerca e che può essere ridotto senza incorrere in alcuna invalidità, posto che non pare potersi ritenere limitato un diritto difensivo dell'imputato, rilevante ai sensi dell'art. 178 Cpp, nella effettuazione anticipata delle ricerche. D'altro canto, anche il superamento del termine di un anno, con conseguente dilatazione degli effetti temporali della sospensione, non risulta sanzionato dalla disposizione in esame che è ben lontana dall'assegnare il carattere della perentorietà alla scadenza qui individuata: né un approccio così rigoroso sul piano temporale sarebbe giustificato alla luce della finalità attribuita all'istituto in esame, che è quella di recuperare i presupposti utili alla ripresa del processo³.

Da ultimo, e ancora con riguardo al dato temporale, nulla si dice in ordine alla durata delle ricerche ordinate dal giudice, le quali potrebbero essere posticipate nel loro concreto avvio o dilatarsi nella loro durata secondo cadenze non predeterminabili e in ragione di profili pratici, quali il complessivo carico di lavoro che grava sugli uffici che di quella attività debbono farsi esecutori. Da questo punto di vista non sarebbe stato superfluo prevedere l'assegnazione di un termine, seppure di natura squisitamente acceleratoria, individuato dallo stesso giudice nel provvedimento che dispone le ricerche dell'imputato, entro il quale darsi conto dell'attività svolta e dell'esito conseguito.

Ma, d'altro canto, nella disposizione in esame compaiono lacune ben più nocive ai fini di una efficace attività di ricerca volta a consentire l'instaurazione del processo già sospeso.

Sotto il profilo soggettivo, l'art. 420-*quinquies* co. 1, Cpp omette ogni riferimento all'organo deputato ad eseguire le nuove ricerche dell'imputato: il silenzio può in questo caso essere riempito attraverso una lettura in combinato disposto con l'art. 420-*quater* Cpp., nella parte in cui prevede che sia la polizia giudiziaria a dover notificare l'avviso con il quale il giudice rinvia l'udienza preliminare che si celebri nei confronti di un imputato assente, verso il quale non è maturata alcuna delle condizioni per procedere *ex art. 420-bis* Cpp. Infatti, l'impossibilità di procedere da parte della polizia giudiziaria a notificare «personalmente» l'avviso di cui all'art. 420-*quater* Cpp rappresenta il presupposto ultimo per la pronuncia dell'ordinanza di sospensione del processo, di cui si vuole sondare la rivedibilità proprio sulla base delle nuove ricerche disposte a distanza di un anno dalla stessa. Del resto, la dizione «nuove ricerche» impiegata nella rubrica e nel corpo dell'art. 420-*quinquies* Cpp pare idonea a collocare l'adempimento all'interno di una progressione procedimentale che consiglia di attribuire lo svolgimento delle ricerche all'organo che, all'interno di quella progressione, abbia già svolto attività similare⁴.

³ Osserva F. Focardi, *Le nuove ricerche*, cit., 275, che il termine in parola non è dilatorio e non è perentorio, anche se «in via astratta ma non teorica, l'imputato potrebbe avere un interesse a che le ricerche vengano effettuate alle scadenze di legge».

⁴ Individuano nella polizia giudiziaria l'organo deputato ad eseguire le ricerche *ex art. 420-quinquies* Cpp: R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Processo sospeso se l'imputato è irrintracciabile*, *GD* 2014 (21), 100.

Se la norma presenta contenuti elastici in ordine ai profili temporali e necessita di una lettura combinata per individuare l'organo a cui il giudice richiede lo svolgimento delle nuove ricerche, le lacune insite nella previsione di cui all'art. 420-*quinquies* co. 1 Cpp divengono problematiche allorché si volga lo sguardo ai contenuti del provvedimento di cui si discute, sia in ordine alla tipologia delle ricerche, sia in relazione agli adempimenti da porre in essere in caso di buon esito delle medesime.

Senza dubbio lo scopo della previsione è il rintraccio dell'imputato finalizzato alla revoca della sospensione del processo, giustificata dalla seppur tardiva presa di conoscenza del giudizio penale: deve osservarsi in proposito che l'art. 420-*quinquies* Cpp costruisce una sequenza scomposta e priva di efficacia al fine del raggiungimento di quello scopo.

Da un primo punto di vista non può sottacersi come l'assoluta laconicità normativa in merito all'*iter* attraverso il quale debbono dipanarsi le ricerche effettuate dalla polizia giudiziaria finisca per attribuire a quest'ultima una discrezionalità tanto ampia da rasentare l'arbitrio, cosicché non è peregrino ipotizzare che saranno gli elementi di carattere pratico e, talora, estemporaneo a imprimere una maggiore o minore efficacia all'azione volta al rintraccio dell'imputato (carico di lavoro dell'ufficio; rilevanza della tipologia criminosa oggetto dell'imputazione; concentrazione dell'azione su determinate tipologie di autori, ecc.). Non pare a tal fine sia utile e possibile rievocare la sequenza delineata dall'art. 159 Cpp⁵: non è possibile, in quanto questa – qui non espressamente richiamata – si cala all'interno di *itiner*a ontologicamente e funzionalmente diversi da quello di cui si discorre, volti come sono a consentire la prosecuzione del procedimento penale proprio in forza di uno scollamento tra conoscenza effettiva e conoscenza legale dell'atto; non è utile, perché, proprio in sede di tentativi di notifica dell'avviso di udienza di cui all'art. 420-*quater* Cpp, saranno stati compulsati anche i luoghi indicati nell'art. 159 Cpp in modo infruttuoso, il che rende verosimile (anche se non scontato) che replicare quella sequenza – seppure a distanza di tempo – conduca ad un medesimo esito. Insomma, le indicazioni prescritte con rigidità dalla normativa in tema di notifiche possono offrire utili spunti per la costruzione di un'ossatura di base dell'attività di ricerca volta al rintraccio dell'imputato, ma raramente potranno di per sé sole consentire il raggiungimento dello scopo, dovendo alle stesse affiancarsi una serie di adempimenti ulteriori, a partire da quelli collegati ad un efficiente sistema di scambio di dati tra le amministra-

⁵ In questo senso, invece, sembrano argomentare R. Bricchetti, L. Pistorelli, *op. cit.*, 100; osserva P. Moscarini, *Una riforma da tempo necessaria. L'abolizione della contumacia penale e la sospensione del processo contro l'imputato irreperibile*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 270, che «va rilevata la diversità fra quanto prescrive la disposizione *de qua* e la normativa dettata dal quarto comma dell'art. 160, co. 1 c.p.p., che impone omologhe attività preliminarmente ad ogni eventuale decreto d'irreperibilità [...]; quest'ultimo capoverso impone di esperire specificamente i luoghi "indicati nell'art. 159"; luoghi dei quali, invece, la clausola introdotta con la novella in commento non fa alcuna menzione»; nello stesso senso v. F. Focardi, *op. cit.*, 276.

zioni coinvolte nella prospettiva in certa misura suggerita dal novellato art. 143 NAttCpp⁶.

Ma il dato che più di tutti consente di evidenziare la superficialità con cui si è proceduto alla redazione della delicata regolamentazione contenuta nell'art. 420-*quinquies* Cpp, emerge allorché ci si interroghi in merito ai possibili epiloghi dell'attività di ricerca. Quanto al caso in cui le ricerche non abbiano portato al rintraccio dell'imputato, nulla si dice; non solo l'attività di ricerca è indeterminata nella durata e nelle modalità esecutive, ma di questi aspetti, così come della chiusura infruttuosa della stessa, la polizia giudiziaria non sembra tenuta a darne conto e comunicazione al giudice. Quest'ultimo, nel caso in cui non intervengano eventi che impongono *medio tempore* la revoca dell'ordinanza sospensiva, resterà ignaro delle scadenze e degli esiti delle ricerche, che saranno successivamente riavviate, dovendo il giudice provvedere «analogamente [...] ad ogni successiva scadenza annuale»⁷.

E pure quando le ricerche disposte dal giudice e con tanta fluidità contenutistica condotte dalla polizia giudiziaria abbiano dato esito positivo, portando al rintraccio dell'imputato, la previsione non individua gli adempimenti che a quel punto si è chiamati a porre in essere. La norma sul punto è al contempo silente e fuorviante, generando un serio rischio di vanificazione del risultato conseguito.

Difatti, l'art. 420-*quinquies* co. 1 Cpp prevede che il giudice disponga «nuove ricerche dell'imputato per la notifica dell'avviso», con ciò finalizzando l'attività ad un incombenza che risulta però del tutto indeterminato: qual è l'avviso a cui fa riferimento la norma? Se ripercorriamo brevemente l'*iter* che precede lo svolgimento delle ricerche, non si rinvencono elementi utili a risolvere l'interrogativo: l'ultimo «avviso» al quale si riferisce la disciplina relativa alla sospensione del processo per assenza dell'imputato è quello cui fa cenno l'art. 420-*quater* co. 1 Cpp che precede, però, la stessa ordinanza di sospensione, ed è relativo alla fissazione di un'udienza che sarà già superata al momento delle ricerche effettuate ai sensi dell'art. 420-*quinquies* Cpp⁸. Nessun ulteriore atto di

⁶ Nel senso della presenza di un collegamento funzionale tra le ipotesi di revoca della sospensione del processo e le comunicazioni previste ora in seno all'art. 143 NAttCpp v. F. Focardi, *op. cit.*, 276, nonché D. Chinnici, *La sospensione del processo e il rito degli irreperibili tra novità e ambiguità*, cit., 9.

⁷ *Contra*, v. R. Bricchetti, L. Pistorelli, *op. cit.*, 100 s., i quali ritengono qui operante (coerentemente con l'assunto raggiunto dagli stessi Autori in ordine alla estensione operativa a questa sede della disciplina contenuta nell'art. 159 Cpp in tema di decreto di irreperibilità) la disposizione dell'art. 61 NAttCpp.

⁸ Rileva l'incongruenza anche F. Focardi, *Le nuove ricerche*, cit., 283, che si interroga in ordine a quale «senso abbia notificare all'imputato l'avviso di una udienza ormai trascorsa», essendo palesemente inconferente rispetto alla più ridotta esigenza di rendergli nota l'esistenza di un processo a suo carico. Non pare, invero, che possa desumersi dal novellato art. 143-*bis* NAtt.Cpp la scelta del legislatore di rendere oggetto di notifica a seguito del rintraccio dell'imputato proprio l'ordinanza pronunciata ai sensi dell'art. 420-*quater* Cpp.; il senso della comunicazione alla p.g., ai fini dell'inserimento nel relativo Ced, dell'ordinanza con cui è stata dichiarata la sospensione e del decreto di fissazione dell'udienza preliminare o dibattimentale non pare essere quello di fornire alla stessa p.g. l'atto che deve essere notificato (che ben potrebbe e

cui darsi avviso è formato dal giudice, allorché disponga le nuove ricerche dell'imputato; solo a seguito del maturare di una causa di revoca dell'ordinanza di sospensione (quindi, nel caso qui in analisi, solo a seguito dell'esito positivo delle ricerche comunicato al giudice), viene fissata ai sensi dell'art. 420-*quinquies* co. 3 Cpp «la data per la nuova udienza, disponendo che l'avviso sia notificato all'imputato».

Posto che, nella sintassi del legislatore processuale penale, l'avviso notificato alla parte prelude al compimento di un atto al quale quella parte ha facoltà di presenziare, sfugge il significato della locuzione impiegata nel contesto della disciplina in esame, a meno che non si ipotizzi – e la legge non offre addentellati normativi in tal senso – che il giudice, allorché ordina il compimento delle ricerche dell'imputato assente, fissi un appuntamento giudiziario al quale sia chiamato a partecipare l'imputato, dovendone così notiziare lo stesso⁹. L'ipotesi, di per sé idonea ad attribuire un senso logico alla previsione e ad imprimerle un'efficacia di cui risulta altrimenti spuntata, impone però all'interprete uno sforzo creativo che non pare essergli concesso: da una parte risulta difficile individuare quale potrebbe essere l'incombente – diverso dalla fissazione dell'udienza – di cui dare avviso e dall'altra parte risulta contrastante con il dettato del comma 3 dello stesso art. 420-*quinquies* Cpp ipotizzare che il giudice fissi un'udienza prima ancora del rintraccio dell'imputato e contestualmente all'ordine di procedere ad effettuarne le ricerche.

Invero, non sarebbe stato privo di utilità concreta individuare un preciso appuntamento processuale rispetto al quale finalizzare, così delimitandole anche nel tempo, le ricerche dell'imputato assente, magari creando, in sede di formazione dei ruoli di udienza, uno spazio *ad hoc* per udienze fisse destinate alla ripresa dei processi sospesi ai sensi del-

dovrebbe essere piuttosto allegato al provvedimento con cui il giudice dispone le nuove ricerche), bensì quello di renderla edotta dello *status* dell'imputato, così da determinarne il rintraccio utile ai fini del procedimento, in tutti quei casi in cui, indipendentemente dalle nuove ricerche, la polizia giudiziaria proceda ad identificare tale soggetto in occasione del compimento di altre attività di sua spettanza.

⁹ L'avviso che viene notificato alla parte privata nella sistematica codicistica può essere relativo ad un'attività per la quale è riconosciuta una facoltà di partecipazione (senza pretesa di esaustività si può qui ricordare l'art. 127 co. 1 Cpp in tema di procedimento in camera di consiglio; art. 294, co. 4 Cpp in tema di c.d. interrogatorio di garanzia; art. 350 Cpp in tema di sommarie informazioni alla p.g.; art. 364 Cpp in tema di ispezione o confronti; art. 419 co. 1 Cpp in tema di udienza preliminare; art. 450 Cpp in tema di data dell'udienza di giudizio direttissimo; art. 456 Cpp in tema di data dell'udienza per il giudizio immediato; art. 467 Cpp in tema di accertamenti urgenti; art. 666, co. 3 Cpp in materia di procedimento di esecuzione) ovvero ha riguardo al deposito di atti, rispetto ai quali è maturata in capo alla medesima parte un diritto di conoscenza (ancora a mero titolo esemplificativo si indica l'art. 128 Cpp in ordine all'avviso di deposito dei provvedimenti del giudice; art. 293, co. 3 Cpp in tema di avviso di deposito dell'ordinanza cautelare; art. 366 Cpp in materia di avviso di deposito degli atti a cui il difensore aveva diritto di assistere; art. 415-*bis* Cpp che prevede l'avviso di chiusura delle indagini preliminari). In entrambe le accezioni, l'avviso è funzionale a consentire l'esercizio di facoltà specifiche (partecipative, di impugnazione, di sollecitazione di un controllo, di integrazione probatoria ecc.) della parte in relazione ad un atto del procedimento individuato nell'avviso medesimo, requisito che chiaramente difetta dall'«avviso» cui fa riferimento l'art. 420-*quinquies* co. 1 Cpp.

l'art. 420-*quater* Cpp: ma la cadenza dell'*iter* tracciato dal legislatore non è questa e resta, pertanto, sfuggente, per non dire misteriosa, la tipologia di avviso che la polizia giudiziaria dovrebbe notificare all'imputato rintracciato¹⁰.

Eppure, l'attività di ricerca non dovrebbe essere finalizzata al mero recupero di coordinate spaziali utili a individuare il luogo in cui è rintracciabile l'imputato¹¹; essa postula il conseguimento di un fine ulteriore, rappresentato dalla conoscenza in capo all'imputato del procedimento a suo carico. Tale conoscenza potrebbe ricadere sui contenuti più qualificanti le logiche coltivate dal legislatore, ossia la data di udienza, solo nell'ipotesi, qui ormai esclusa, che questa risulti fissata dal giudice contestualmente al provvedimento con cui dispone le ricerche. Verosimilmente, quindi, l'obiettivo che potrà raggiungersi a seguito del rintraccio dell'imputato, sarà quello di metterlo a conoscenza della celebrazione di un determinato procedimento a suo carico: tale obiettivo potrebbe essere raggiunto attraverso la notifica dell'ordinanza che ha disposto la sospensione del processo e/o del provvedimento con cui il giudice ha ordinato effettuarsi le nuove ricerche. Si tratta, però, di attività di informazione non previste dalla disciplina in esame, che si presenta lacunosa anche sotto questo profilo.

Di certo, la polizia giudiziaria che rintracci l'imputato nell'ambito delle ricerche effettuate ai sensi dell'art. 420-*quinquies* Cpp, potrà sfruttare l'occasione di questo "primo contatto", che sarà doverosamente volto anche all'identificazione del soggetto, per raccogliere la elezione o dichiarazione di domicilio *ex art.* 161 Cpp¹². In questa prospettiva, il rintraccio dell'imputato pare poter condurre ad esiti rassicuranti circa la proficua ripresa del processo, anche se non può non osservarsi come limitare a questo solo atto lo sviluppo positivo delle ricerche finisca per

¹⁰ Ritiene che il giudice fissi l'udienza solo dopo l'esito positivo delle ricerche, contestualmente all'ordinanza di revoca, anche S. Quattrococo, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile abbandona*, *DPCont* 2014, n.10. Raggiunge conclusioni interpretative diverse F. Focardi, *op. cit.*, 284, il quale ritiene che «si può ipotizzare che il giudice, fin dalla prima ordinanza con cui dichiara la sospensione del processo (*ex art.* 420-*quater* c.p.p.), fissi subito anche una nuova udienza, che giusto il disposto dell'art. 420-*quinquies* c.p.p. dovrà tenersi alla scadenza di un anno o anche prima (o, trattandosi di un termine ordinatorio, anche dopo)». La soluzione, di certo assai funzionale, finisce però per svuotare di significato la previsione contenuta nel terzo comma dell'art. 420-*quinquies* Cpp, nella parte in cui prevede che il giudice fissi la data per la nuova udienza «[c]on l'ordinanza di revoca della sospensione del processo» e non prima.

¹¹ Osserva F. Focardi, *op. cit.*, 282, che «[p]are del tutto illogico ritenere che le nuove ricerche siano fini a sé stesse e che la polizia giudiziaria, nel caso in cui rintracci l'imputato, si limiti a comunicare al giudice "Tho trovato"». Diversamente argomentano R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Processo sospeso*, cit., 100, i quali ritengono operante anche qui (oltre che in sede di ricerche disposte *ex art.* 159 Cpp) l'art. 61 NAttCpp, sulla cui base la polizia giudiziaria è tenuta a redigere relazione destinata all'autorità richiedente «indicando i luoghi in cui le ricerche sono state svolte, gli ufficiali e gli agenti che le hanno eseguite, i nomi dei familiari dell'imputato reperiti e le notizie dagli stessi fornite circa il luogo in cui il loro congiunto si trova».

¹² In questo senso v. anche F. Focardi, *op. cit.*, 282.

tradire il significato più profondo della riforma, che è quello di far prevalere l'esigenza di una conoscenza effettiva del processo, rispetto a meccanismi che, come accade spesso per le ipotesi contemplate nell'art. 161 Cpp, assicurano la sola conoscenza legale degli atti.

3. L'esito positivo delle ricerche non rappresenta l'unica causa di revoca dell'ordinanza sospensiva; il comma 2 dell'art. 420-*quinquies* Cpp prevede che il processo possa riprendere anche al maturare di altre condizioni, talune fondate sul recupero di un profilo di conoscenza del procedimento in capo all'imputato (lett. *b e c*), altre, invece, che giustificano la chiusura della parentesi sospensiva al solo fine di decretare la definizione del giudizio penale (lett. *d*).

Il legislatore del 2014 ha attribuito rilievo, ai fini di una ripresa dell'attività processuale, non solo ad un rintraccio dell'imputato ottenuto attraverso la doverosa attivazione dell'autorità procedente, ma anche a situazioni che, riconducibili ad un comportamento dello stesso imputato, lascino ritenere che è stato raggiunto l'obiettivo di una conoscenza del procedimento. Anche qui, come già nel novellato art. 420-*bis* Cpp, ove sono declinate le circostanze che consentono di ricondurre l'assenza dell'imputato ad una consapevole e libera scelta abdicativa del proprio diritto a presenziare, la tecnica normativa si articola in una parziale tipizzazione dei casi che impongono la revoca, seguita dal richiamo a circostanze di carattere più generale.

Le due previsioni, del resto, si fondano su una logica in buona parte identica: individuare i casi in cui l'assenza dell'imputato non possa essere ricondotta ad un *deficit* di conoscenza del procedimento a suo carico, così essendo consentito proseguire o riprendere l'attività processuale¹³. Proprio per questo motivo ben avrebbe potuto il legislatore recuperare, attraverso la tecnica del rinvio o del richiamo espresso, il complesso delle ipotesi delineate all'interno dell'art. 420-*bis* co. 2 Cpp, come fondante non solo la prosecuzione del processo in assenza, ma anche la ripresa del processo stesso già sospeso ai sensi dell'art. 420-*quater* Cpp. Ed invece si è operata una selezione, probabilmente non troppo meditata, tra i casi copiosamente elencati all'interno dell'art. 420-*bis* Cpp, qui ridotti a due sole ipotesi: l'intervento di una nomina fiduciaria e il sopravvenire della «prova certa che l'imputato è a conoscenza del procedimento avviato nei suoi confronti».

L'infelice scollamento tra le due previsioni non pare suscitare particolari problemi, quantomeno con riferimento alle ipotesi più rigorosamente tipizzate dall'art. 420-*bis* Cpp: non compaiono tra le cause di revoca dell'ordinanza sospensiva espressamente indicate dall'art. 420-*quinquies* Cpp la dichiarazione od elezione di domicilio, l'intervenuta limitazione della libertà personale a titolo cautelare o precautelare, oltre

¹³ Cfr. D. Chinnici, *op. cit.*, 5 ss.; A. De Caro, *Processo in absentia e sospensione. Una primissima lettura della legge n. 67 del 2014*, in *AP on line* 2014 (3); S. Quattrocchio, *op. cit.*, 3 ss.; P. Silvestri, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, in *Relazione N. III/07/2014* uff. mass. C. Cass., 41 ss.

alla notifica a mani proprie dell'avviso d'udienza, che invece, in sede di verifica *ex art. 420-bis* Cpp, sono annoverate tra le situazioni che consentono di ritenere raggiunta una conoscenza del procedimento sufficiente ai fini della sua prosecuzione in assenza dell'imputato. Si tratta, però, di ipotesi che possono venire tutte ricondotte all'interno della più lata dizione coltivata dall'*art. 420-quinquies* co. 2, lett. *c* Cpp o che, verosimilmente, possono aver dispiegato un effetto positivo in sede di svolgimento delle nuove ricerche disposte ai sensi della previsione in commento¹⁴. Non v'è dubbio, infatti, che l'elezione o indicazione di domicilio, al pari del sacrificio della libertà personale imposto nell'ambito del procedimento di cui si discorre comportino una diretta conoscenza della pendenza giudiziaria in capo all'imputato: anzi, posto che qui tali eventi si realizzano in costanza di sospensione, generando l'effetto di una immediata ripresa del processo, non sembra che si vada incontro a quei profili problematici ipotizzati con riguardo alla sequenza posta alla base dell'*art. 420-bis* Cpp: lì i fatti e gli atti sintomatici della conoscenza del procedimento possono collocarsi temporalmente in epoca assai lontana dalla celebrazione dell'udienza¹⁵, finendo per produrre una conoscenza di carattere meramente formale, ma sostanzialmente disgiunta da una piena consapevolezza degli sviluppi procedimentali. Invece, nell'ipotesi di revoca della sospensione fondata sull'intervenuta elezione o dichiarazione di domicilio ovvero sulla esecuzione di misure limitative della libertà personale, la sequenza che lega l'elemento sintomatico con il provvedimento di revoca si presenta in termini temporali così ravvicinati da assicurare il raggiungimento in capo all'imputato di una conoscenza effettiva del procedimento¹⁶.

Meno rassicuranti paiono le conclusioni che possono trarsi allorché si proceda a confrontare la causa di revoca della sospensione elencata *sub* lett. *c* dell'*art. 420-quinquies* Cpp con l'omologa circostanza fondante la decisione di procedere in assenza ai sensi dell'*art. 420-bis* Cpp: mentre la revoca della sospensione può essere decretata al solo ricorrere di una «prova certa che l'imputato è a conoscenza del procedimento avviato nei suoi confronti», l'ordinanza che dispone di procedersi in assenza *ex art. 420-bis* Cpp può fondarsi, oltre che su tale circostanza,

¹⁴ Con eccezione, nella prospettiva qui coltivata in ordine alle attività compiute dalla polizia giudiziaria in caso di esito positivo delle nuove ricerche, della notifica a mani proprie dell'avviso di udienza, posto che si ritiene tale incumbente possa essere realizzato solo a seguito della pronuncia dell'ordinanza di revoca *ex art. 420-quinquies* co. 3 Cpp.

¹⁵ In senso critico v. R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Ipotesi tipizzate per la celebrazione del rito*, *GD* 2014, (21), 97, che osservano come «la presunzione "legale" sulla volontarietà dell'assenza appare alquanto fragile, attesa la dubbia valenza sintomatica che la mera conoscenza del procedimento assume in tal senso se non filtrata attraverso l'accertamento nel concreto da parte del giudice»; A. De Caro, *op. cit.*, 16. P. Tonini, C. Conti, *Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole"*, in *DPP* 2014, 513, i quali coltivano «forti dubbi rispetto alla effettiva "sintomaticità" nel caso concreto dei fatti espressamente previsti».

¹⁶ In questo senso, con riguardo all'ipotesi di intervenuta dichiarazione od elezione di domicilio, conclude anche F. Focardi, *op. cit.*, 279, nt. 9.

anche sulla certezza che l'imputato «si è volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo».

Una lettura combinata delle due previsioni, quindi, pare imporre una soluzione interpretativa per certi versi paradossali: laddove il giudice, attraverso fonti delle più varie (ricerche effettuate dalla polizia giudiziaria, risultanze di altre indagini in corso, ecc.), acquisisca elementi tali che fanno ritenere acclarata la “fuga” dell'imputato dalla conoscenza del processo, non sarebbe possibile comunque ordinarne la ripresa. Certo, non v'è dubbio che il legislatore, allorché ha richiamato tale ipotesi in sede di redazione dell'art. 420-*bis* Cpp, facesse per lo più riferimento a comportamenti dell'imputato che elettivamente si collocano in una fase preprocessuale: l'imputato che si sottrae volontariamente alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo rievoca lo *status* del latitante¹⁷, avendo riguardo alla sottrazione consapevole all'esecuzione di misure limitative della libertà. D'altro canto, però, la dizione utilizzata è di ampiezza tale da ricomprendere sicuramente altre ipotesi, quali quelle – decisamente significative nella materia *de qua* – di volontaria ed artificiosa sottrazione alle procedure di regolare notifica di qualsivoglia atto giudiziario. Può, al riguardo, essere oggetto di critica ovvero di condivisione la scelta legislativa di attribuire rilievo, ai fini della prosecuzione del processo in assenza, a comportamenti sintomatici che, pur manifestando una volontà ostruzionistica dell'imputato, scontano un reale *deficit* di conoscenza¹⁸: ma, al di là di ogni valutazione in merito, resta ferma la patente distonia per cui la medesima circostanza consente di celebrare il processo in assenza, ma non di riprenderlo in un secondo momento attraverso una revoca dell'ordinanza sospensiva.

4. L'ultima causa di revoca della sospensione del processo elencata nel comma 2 dell'art. 420-*quinquies* Cpp si fonda su una prospettiva ben diversa dalle precedenti ed è chiaramente finalizzata a realizzare un bilanciamento tra esigenze difensive ed esigenze di celerità procedimentale¹⁹. La previsione che consente la ripresa del processo al solo fine di pronunciare sentenza proscioglitrice ai sensi dell'art. 129 Cpp evita il protrarsi *sine die* del fenomeno sospensivo in tutte quelle ipotesi in cui l'ordinamento non riesca a raggiungere l'obiettivo di assicurare la conoscenza del procedimento in capo all'imputato.

Peraltro, l'ampiezza delle cause proscioglitive che impongono la pronuncia *ex art.* 129 Cpp è tale da coprire una vasta gamma di ipotesi;

¹⁷ Cfr. A. De Caro, *op. cit.*, 18.

¹⁸ Cfr. P. Moscarini, *Una riforma da tempo necessaria: l'abolizione della contumacia penale e la sospensione del processo contro l'imputato irreperibile*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 252, che sottolinea la necessità che il giudice debba usare «la massima cautela» nell'effettuare tali valutazioni e richiama, a confortare la bontà della scelta legislativa, la posizione già espressa dalla Corte europea in merito a quei comportamenti dell'imputato che evidenziano una volontaria fuga dalla conoscenza del processo (v. C. eur. 12.6.2007, *Pititto c. Italia*).

¹⁹ In questo senso v. anche F. Focardi, *op. cit.*, 280.

come noto, l'esito liberatorio può fondarsi su valutazioni di merito, le quali, nel percorso dipanatosi durante la sospensione, trovino fondamento nello sviluppo probatorio maturato in seno alla vicenda processuale a carico di eventuali coimputati ovvero in forza di risultanze probatorie assunte *ex art. 420-quater* ult. co. Cpp; più frequentemente, però, si tratterà di un epilogo proscioglitivo di sapore procedimentale, da pronunciarsi allorquando sopravvengano cause di improcedibilità o di estinzione del reato (amnistia, remissione di querela, morte del reo, prescrizione).

Il richiamo alla disciplina dell'immediata declaratoria della sussistenza di cause di non punibilità integra per certi versi una previsione doverosa, rispetto alla quale, invero, ci si sarebbe altrimenti dovuti interrogare, in ragione della operatività «[i]n ogni stato e grado del processo» dell'art. 129 Cpp: la generale e trasversale applicabilità della disposizione *de qua* avrebbe potuto essere superata solo in ragione di una inopinata e difficilmente giustificabile prevalenza dell'effetto sospensivo del giudizio sulle esigenze difensive e di celerità procedimentale sottese all'art. 129 Cpp, argomentando nel senso che al giudice non possa essere riconosciuto il potere/dovere di pronunciare l'esito proscioglitivo in costanza di sospensione. Escludere la possibilità di una pronuncia *ex art. 129 Cpp*, peraltro, avrebbe ampliato il novero dei c.d. eterni giudicabili oltre i limiti di ragionevolezza del sistema²⁰: basti pensare all'ipotesi di estinzione del reato per morte del reo per comprendere la necessità di una previsione che consenta al giudice di assumere l'iniziativa di revocare l'effetto sospensivo collegato all'assenza, al fine di decretare la chiusura del processo attraverso lo sbocco proscioglitivo.

Tali osservazioni lasciano comprendere come l'accesso dibattito parlamentare che ha preceduto la formulazione dell'art. 420-*quinquies* Cpp nella parte in cui prevede la revoca della sospensione quando «deve essere pronunciata sentenza a norma dell'articolo 129» fosse piuttosto da ascrivere all'opportunità o meno di riconoscere rilievo a tali fini al maturare del termine prescrizionale²¹. Ma, una volta rivisitata la disciplina dei rapporti tra sospensione del processo e sospensione dei termini prescrizionali in forza delle modifiche apportate all'art. 159 Cp, l'inserzione del richiamo all'art. 129 Cpp tra le cause di revoca della sospensione è divenuta doverosa sotto il profilo sistematico ed esente da critica in punto di opportunità politica e di ragionevolezza normativa.

5. Il comma terzo dell'art. 420-*quinquies* Cpp scolpisce le linee essenziali della cadenza procedimentale da seguire al maturare di una causa di revoca della sospensione. Questa si risolve in due momenti di-

²⁰ Per un cenno al tema v. S. Quattrococo, *op. cit.*, 10. Sul delicato tema, maturato in modo problematico in relazione alla sospensione del processo di cui agli artt. 70 ss. Cpp, v. da ultimo, per un panorama sulle vicende giurisprudenziali, H. Belluta, *Il tema degli "eternamente giudicabili" torna davanti alla Corte costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 13.5.2014.

²¹ Cfr., sul punto, A. De Caro, *op. cit.*, 22.

spositivi, entrambi adottati *ex officio* ed *inaudita altera parte* all'interno di un unico provvedimento che assume la forma dell'ordinanza: qui si ordina la revoca della sospensione del processo, del quale si dispone così la ripresa e la prosecuzione attraverso la fissazione della data per la nuova udienza. La norma non specifica quale tipo di udienza dovrà celebrarsi a seguito del provvedimento di revoca, che sarà l'udienza preliminare ovvero l'udienza dibattimentale nell'ipotesi in cui si tratti di procedimento per citazione diretta *ex art. 550 Cpp*; trattandosi di rimuovere un provvedimento sospensivo, la chiusura della parentesi impone di riprendere la sequenza procedimentale lì dove questa era stata aperta. Né pare che, a tal fine, abbiano una qualche rilevanza le diverse cause poste alla base del provvedimento di revoca: che il processo venga riavviato in ragione del raggiungimento dell'obiettivo di una sufficiente conoscenza in capo all'imputato (*art. 420-quinquies co. 2 lett. a, b, c Cpp*) ovvero che venga ripreso in forza della ricorrenza di una causa proscioglittiva rilevante ai sensi dell'*art. 129 Cpp* (*art. 420-quinquies co. 2 lett. d*), la revoca della sospensione determina comunque la riapertura della sequenza procedimentale che era stata temporaneamente chiusa²², non palesandosi qui la necessità della fissazione di un'udienza camerale *ad hoc* al fine di pronunciare il provvedimento liberatorio *ex art. 129 Cpp*.

Il provvedimento con cui si fissa la nuova udienza assume il valore di *vocatio in ius* e dunque dovrà essere «notificato all'imputato e al suo difensore, alle altre parti private e alla persona offesa, nonché comunicato al pubblico ministero». La previsione, per certi versi scontata, non va indenne da risvolti problematici con riguardo alla procedura di notifica all'imputato: osservato che questa non potrà trovare effettiva esecuzione nel caso in cui la sospensione venga meno al solo fine di pronunciare una sentenza *ex art. 129 Cpp*, debbono registrarsi altri nodi problematici. A ben vedere, infatti, è possibile che la notifica da eseguirsi ai sensi dell'*art. 420-quinquies co. 3 Cpp* avvenga con modalità tali da non garantire una conoscenza effettiva della data di udienza in capo all'imputato; ciò è coerente con le scelte compiute dal legislatore del 2014, nella misura in cui consente di celebrare il processo in assenza sia quando esista la prova della conoscenza della data di udienza, sia quando risulti provata la semplice conoscenza dell'esistenza del procedimento. *Nulla quaestio*, quindi, per il caso in cui l'imputato abbia nominato un difensore di fiducia (*art. 420-quinquies co. 2 lett. b Cpp*) e nell'ipotesi in cui sia stata raggiunta la prova certa della conoscenza del procedimento (*art. 420-quinquies co. 2 lett. c Cpp*): trattandosi di ipotesi perfettamente sovrapponibili alla previsione di cui all'*art. 420-bis Cpp*, nella parte in cui declina le possibilità di celebrazione del processo *in absentia*, non si apprezzano scollamenti della disciplina, in quanto qui, come già nell'*art. 420-bis Cpp*, il legislatore ritiene sufficiente la generica conoscenza del procedimento al fine di procedere a giudizio.

Più problematiche risultano, invece, sotto il profilo della tutela dei diritti conoscitivi dell'imputato, le ipotesi di ripresa del processo, giusti-

²² V. F. Focardi, *op. cit.*, 282.

ficato dall'esito positivo delle ricerche dell'imputato e dalla prospettiva di pronuncia liberatoria *ex art. 129 Cpp*.

Già si è sottolineato come la disciplina dettata dall'art. 420-*quinquies* Cpp in ordine alle nuove ricerche dell'imputato si presenti lacunosa sotto il profilo degli adempimenti da compiersi in caso di rintraccio dello stesso. Le ricerche disposte a cadenza (quantomeno) annuale ai sensi della disposizione qui in commento risultano vanamente e genericamente finalizzate alla «notifica dell'avviso», ma non si prevede che la polizia giudiziaria che rintracci l'imputato debba compiere atti idonei a formare un'adeguata conoscenza del procedimento pendente in capo al medesimo. Laddove l'esito positivo delle ricerche si sia tradotto in una presa di contatto diretta con l'imputato, è ben possibile – anzi, doveroso – che la polizia giudiziaria, in sede di identificazione dello stesso, abbia raccolto la dichiarazione od elezione di domicilio: in questo caso, oltre ad essere raggiunta una conoscenza del procedimento, si offre all'autorità procedente uno strumento sicuro per la notifica dell'avviso di udienza che sarà poi fissata ai sensi dell'art. 420-*quinquies* co. 3 Cpp unitamente all'ordinanza di revoca della sospensione. Nell'eventualità in cui non si sia proceduto ai sensi dell'art. 161 Cpp, ovvero allorché l'esito positivo delle ricerche non si sia concretizzato in un rintraccio fisico dell'imputato, ma risulti raggiunto in modo mediato (ad esempio, dalle dichiarazioni del familiare convivente), la polizia giudiziaria si limiterà a comunicare al giudice che «le ricerche [...] hanno avuto esito positivo», fornendo al contempo le indicazioni anagrafiche utili alla notifica. È, però, evidente come tale situazione risulti astrattamente idonea, giusto il disposto dell'art. 420-*quinquies* co. 2 lett. a Cpp, a determinare la ripresa del procedimento, senza aver assicurato di per sé alcuna conoscenza dello stesso in capo all'imputato: pertanto, sarà doveroso seguire in questo caso una procedura di notifica che non garantisca la sola conoscenza legale ma consenta di raggiungere la conoscenza effettiva della data di udienza²³.

Un *deficit* di tutela risulta poi chiaramente scontato nell'ipotesi in cui la revoca della sospensione non sia giustificata dall'esito positivo delle ricerche ovvero dal ricorrere di elementi sintomatici della conoscenza del procedimento: allorché si prospetti al giudice il ricorrere di una causa proscioglitrice da pronunciarsi *ex art. 129 Cpp*, viene ordinata la ripresa del procedimento in assenza, nonostante l'incolpevole ignoranza dell'imputato in ordine alla celebrazione del processo. Certo, la revoca della sospensione è motivata dall'immediato approdo ad un esito liberatorio; eppure, non è forse ultroneo, rispetto alle esigenze di protezione effettiva del diritto di difesa, interrogarsi in ordine ad una

²³ Cfr. P. Silvestri, *Relazione* III/07/2014, cit., 54, ove si sostiene che «nel caso in cui non vi sia la prova certa della conoscenza del procedimento da parte dell'imputato, cioè se la notifica dell'atto è disposta solo a seguito dell'esito positivo delle nuove ricerche, l'avviso di fissazione della nuova udienza debba essere ricevuto personalmente dall'imputato», ipotizzando che, laddove ciò non sia possibile, debba essere disposta una nuova sospensione del processo.

eventuale tutela del diritto dell'imputato ad ottenere un proscioglimento con la formula più ampiamente liberatoria, tutela che pare qui del tutto pretermessa, non solo nella comprensibile prospettiva di un bilanciamento con le esigenze di speditezza che giustificano *ex ante* il ricorso al proscioglimento immediato, ma anche secondo una prospettiva residuale di recupero *ex post* di quella garanzia, non essendo esperibile nei confronti della sentenza *ex art.* 129 Cpp pronunciata nei confronti dell'assente incolpevole lo strumento di impugnazione straordinaria ora introdotto nell'art. 625-ter Cpp.

Da ultimo, può evidenziarsi come una certa superficialità nell'opera di confezione normativa del prodotto in esame abbia generato non solo problematici silenzi, ma anche ridondanti affermazioni precettive: così è a dirsi per la previsione a cui è dedicato l'intero co. 4 dell'art. 420-*quiquies* Cpp, ove si prevede che, nell'udienza fissata a seguito della revoca del provvedimento sospensivo, l'imputato possa avanzare richiesta di giudizio abbreviato o di c.d. patteggiamento. Si tratta di una previsione evidentemente superflua²⁴, dal momento che l'ordinanza di sospensione sarà stata pronunciata a suo tempo in sede di verifica della regolare costituzione delle parti (ora nell'udienza preliminare, ora nell'udienza dibattimentale), senza pregiudizio alcuno, quindi, della facoltà di innescare un rito premiale all'atto della ripresa della sequenza procedimentale dal punto in cui questa era stata sospesa.

²⁴ In questi termini v. F. Focardi, *op. cit.*, 285; S. Quattrocchio, *op. cit.*, 10, che osserva come «in questo caso, invero, deve intendersi mai valicato il limite originario per la richiesta di rito abbreviato o di applicazione della pena, non essendo stata celebrata l'udienza preliminare».

Art. 10

Disposizioni in materia di dibattimento

L'articolo 489 del codice di procedura penale è sostituito dal seguente:

«Art. 489 (Dichiarazioni dell'imputato contro il quale si è proceduto in assenza nell'udienza preliminare).

– 1. L'imputato contro il quale si è proceduto in assenza nel corso dell'udienza preliminare può chiedere di rendere le dichiarazioni previste dall'articolo 494.

2. Se l'imputato fornisce la prova che l'assenza nel corso dell'udienza preliminare è riconducibile alle situazioni previste dall'articolo 420-bis, comma 4, è rimesso nel termine per

formulare le richieste di cui agli articoli 438 e 444».

2. All'articolo 490 del codice di procedura penale, le parole: «o contumace», ovunque ricorrono, sono soppresse.

3. All'articolo 513, comma 1, del codice di procedura penale, le parole: «contumace o» sono soppresse.

4. All'articolo 520 del codice di procedura penale, le parole: «contumace o», ovunque ricorrono, sono soppresse.

5. All'articolo 548, comma 3, del codice di procedura penale, le parole: «notificato all'imputato contumace e» sono soppresse.

Dichiarazioni spontanee e recupero dei riti alternativi a favore dell'imputato assente nell'udienza preliminare

Commento di FRANCESCO MORELLI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le dichiarazioni spontanee dell'imputato. – 3. Nuove opportunità difensive nel dibattimento per l'imputato assente in udienza preliminare: il diritto di chiedere i riti premiali e i suoi limiti. – 4. L'abrogazione della notificazione dell'estratto della sentenza all'imputato assente.

1. Nel ridefinire la posizione giuridica di colui che fosse assente al suo processo, il legislatore ha opportunamente allargato il ventaglio di opzioni difensive di cui l'imputato tardivamente comparso si può giovare. Sta qui il cuore dell'art. 10 l. 28.4.2014, n. 67, il quale tuttavia si occupa di questioni eterogenee, come meglio si vedrà in seguito.

Anzitutto, resta ferma, sebbene in apparenza diversamente modulata rispetto al passato, la possibilità per l'imputato assente nell'udienza preliminare di rendere le dichiarazioni spontanee disciplinate dall'art. 494 Cpp. Le restanti prerogative offertegli con l'art. 10 della l. 28.4.2014, n. 67, a prescindere dal rilevante mutamento normativo, colmano, in realtà, una lacuna che era rintracciabile anche nel sistema antecedente¹.

¹ Così anche A. Mangiaracina, sub art. 9, supra 457, 556.

Oggi, secondo il riformato art. 489 Cpp., l'imputato comparso al dibattimento, ma assente in udienza preliminare, è rimesso nel termine per formulare la richiesta di giudizio abbreviato e applicazione della pena concordata tra le parti. Tuttavia, affinché la domanda di restituzione nel termine sia fruttuosa, egli dovrà far fronte ad un adempimento probatorio nient'affatto elementare: gli occorrerà dimostrare che non aveva saputo dell'udienza preliminare senza colpa, oppure che l'assoluta impossibilità di comparire in quel frangente, nonostante la consapevolezza del procedimento, fosse dovuta a caso fortuito o forza maggiore o altro legittimo impedimento, la cui prova sia sopraggiunta tardivamente senza che si possano riscontrare suoi difetti di diligenza. I medesimi diritti sono poi riconosciuti all'imputato che ottenga un nuovo giudizio a fronte dell'annullamento della sentenza di primo grado da parte della Corte d'appello o della revoca della sentenza passata in giudicato ad opera della Corte di cassazione, in applicazione del nuovo istituto della rescissione del giudicato².

È bene chiarirlo subito: se l'introduzione di questa nuova opportunità difensiva per l'imputato è assai opportuna – quasi inevitabile alla luce anche della giurisprudenza della nostra Corte costituzionale, ancor prima di chiamare in causa la Convenzione e la Corte europea dei diritti dell'uomo, come presto di vedrà – destano non pochi perplessità i molteplici ostacoli che l'imputato deve superare dal versante probatorio, per avere concreto accesso ai riti premiali, una volta comparso nel dibattimento.

E allora, proprio questa sembra un'utile strategia per l'analisi della nuova prescrizione: pur riconoscendo le opportunità offerte dalla novella in commento all'imputato destinatario di un provvedimento d'assenza che non fosse aderente alla realtà dei fatti, ne vanno messe in luce le difficoltà operative, allargando l'angolo visuale all'assetto generale tratteggiato dal nuovo sistema.

2. Il primo comma dell'odierno art. 489 Cpp semplicemente attribuisce all'imputato «contro cui si sia proceduto in assenza nel corso dell'udienza preliminare» il diritto a «chiedere di rendere le dichiarazioni spontanee previste dall'art. 494».

Rispetto alla previsione abrogata, la disposizione odierna, da un lato, solleva l'imputato dall'incombente di dimostrare di non aver avuto conoscenza del procedimento per ottenere il diritto alle dichiarazioni spontanee; dall'altro lato, però, elimina la disciplina che estendeva tale prerogativa alle fasi successive al dibattimento di primo grado.

Così strutturato, l'art. 489 co. 1 Cpp non sembra introdurre rilevanti cambiamenti nella fase del primo giudizio di merito. Le dichiara-

² All'art. 489 co. 2 Cpp, infatti, rinvia sia l'art. 604 co. 5-bis Cpp sia l'art. 625-ter co. 3 Cpp. In questi casi, anche quando l'assenza poi rivelatasi inconsapevole sia riconducibile all'udienza preliminare, questa non viene nuovamente celebrata, ma i riti premiali che usualmente vi si incardinano possono essere richiesti nel dibattimento. V. *infra*, A. Zappulla, sub art. 11, *infra* 630.

zioni spontanee sembrano costituire una facoltà dell'imputato a prescindere dalle vicende che lo hanno coinvolto in udienza preliminare: l'art. 494 Cpp, infatti, gli rende questo diritto «in ogni stato del dibattimento». Dunque nessuna novità, se non una mera duplicazione, salva solo l'ipotesi che il richiamo dell'art. 489 co. 1 Cpp all'art. 494 Cpp conduca a ritenere inapplicabile il termine *a quo* delle dichiarazioni posto da quest'ultima norma, ossia l'esaurimento dell'esposizione introduttiva: a quel punto, le dichiarazioni spontanee dell'imputato assente in udienza preliminare potrebbero aver luogo anche prima delle richieste di prova delle parti.

Scompare, come anticipato, il riferimento alle fasi del processo successive al dibattimento di primo grado, il che rende applicabile la disposizione esclusivamente in questo frangente³. Tutti i rinvii all'art. 489 Cpp contenuti in altre disposizioni del codice (artt. 604 co. 5-*bis* e 625-*ter* co. 3) si limitano a richiamare il comma 2 di quest'articolo, ma non il primo comma, il quale attribuisce all'imputato già assente il diritto di rendere le dichiarazioni spontanee. È probabilmente da escludere che la facoltà di rilasciare dichiarazioni spontanee possa essere attribuita all'imputato in virtù dei rinvii generali disposti in sede di appello e revisione (artt. 598 e 636 co. 2 Cpp), poiché sembra far difetto la compatibilità con quei contesti: oggi la previsione in commento si riferisce esplicitamente all'imputato assente nell'udienza preliminare e non in altre fasi processuali, come, rispettivamente, il dibattimento di primo grado o di appello.

3. Già dal 1993 era facilmente ricavabile, grazie ad una sentenza della Corte costituzionale, la necessità di apprestare una tutela concreta, sul fronte dei riti premiali, al contumace che fosse riuscito, poi, a dimostrare la legittimità del suo impedimento⁴. Per l'imputato già destinataria dell'ordinanza contumaciale, in effetti, restava scoperto quest'aspetto della dinamica processuale, laddove, in tema di prova, la legge gli consentiva, in una certa misura, il recupero della partecipazione diretta alla escussione delle fonti orali, attraverso il richiamo al vecchio art. 420-*ter* Cpp disposto dal comma 2-*bis* dell'art. 484 Cpp. Per vero, in quella decisione, il giudice delle leggi aveva rigettato la questione, rintracciando nell'art. 175 Cpp un «adeguato strumento di tutela», poiché attraverso la domanda di restituzione del termine l'imputato avrebbe potuto essere reimmesso nel diritto di chiedere e ottenere l'accesso al rito patteggiato⁵.

³ Così I. Cirino Groccia, *Il restyling di alcune disposizioni relative al dibattimento* (artt. 489, 490, 513, 520 Cpp), in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di C. Conti, A. Marandola, G. Varraso, Padova 2014, 29 che ritiene «la possibilità per l'imputato assente già nell'udienza preliminare di rendere dichiarazioni spontanee [...] ristretta nel giudizio di primo grado».

⁴ C. cost., 10.3.1993 n. 101. Il giudice *a quo* denunciava l'illegittimità dell'oramai abrogato art. 487 e dell'art. 446 Cpp «nella parte in cui non consent[iva]no all'imputato dichiarato contumace, che [avesse] successivamente, prima della decisione, fornito la prova del suo legittimo impedimento, di chiedere il patteggiamento».

⁵ Già A. Mangiaracina, *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, Torino 2010, 146, individuava l'inadeguatezza applicativa della soluzione escogitata dalla

Ma – e questo è quel che conta – la Corte aveva chiaramente affermato quanto segue: «nei casi in cui risulti che l'inosservanza del termine per formulare la richiesta di applicazione di una pena sia stata determinata da un evento non evitabile dall'interessato, sarebbe molto difficile negare che la impossibilità di ottenere i relativi benefici concreti [integri] una ingiustificata compressione del diritto di difesa».

Proprio questa sembra essere la premessa concettuale da cui è partito il legislatore della novella, il quale, molto opportunamente, ha evitato di seguire l'impervia strada della restituzione del termine di cui all'art. 175 Cpp⁶, attribuendo *per tabulas* l'accesso ai riti consensuali all'imputato comparso al dibattimento, quando possa provare di non avere responsabilità per la sua assenza e la sua tardiva comparizione.

Ogni soluzione alternativa, in effetti, sarebbe apparsa inadeguata. Più precisamente, andando oltre i suggerimenti del giudice delle leggi⁷, il legislatore ha evitato di affidare ad un procedimento incidentale⁸ una domanda restitutoria che trova già le sue premesse in presupposti di fatto rigidi e ardui da dimostrare. Ad essi, si sarebbero aggiunti rigidi termini da rispettare per la domanda e la possibilità – certo antieconomica, se collocata nel bel mezzo del giudizio – di proporre ricorso per cassazione contro il provvedimento con cui si decide sulla domanda di restituzione del termine. Dal versante sostanziale, tuttavia, la prova del caso fortuito e della forza maggiore, pretesa dall'art. 175 Cpp, è in parte sovrapponibile allo sforzo probatorio oggi richiesto all'imputato già assente per riacquistare l'accesso ai riti premiali. Questa possibilità, dunque, risulta pesantemente condizionata dalla prova, che la difesa dell'imputato deve fornire, dell'assoluta impossibilità di comparire, per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento, oppure (e qui sta l'apertura rispetto alla disciplina dell'art. 175 Cpp) dell'incolpevole mancanza conoscenza del procedimento.

Scelta, questa, resa necessaria dall'esigenza, più che legittima, di non restituire i termini a un imputato che abbia consapevolmente scelto di restare assente al suo processo o che, per negligenza, ne abbia trascurato le vicende⁹. In qualche ipotesi – non certo infrequente – simile opzione legislativa rischia, tuttavia, di relegare ingiustamente nell'irrilevanza la difesa dell'imputato che si esplica attraverso la scelta dei riti premiali.

Corte costituzionale, a causa sia della «difficoltà sul piano probatorio di dimostrare l'evento», sia della particolare dispendiosità del rimedio «sul fronte dei tempi di durata del processo».

⁶ Non a caso, non sembra si possano rintracciare decisioni, quantomeno di legittimità, circa l'applicazione dell'art. 175 Cpp alla restituzione del termine per chiedere l'applicazione concordata della pena.

⁷ La Corte costituzionale avvertiva allora il vincolo, con tutta probabilità, di non attingere a soluzioni estranee a schemi già collaudati dalla legge.

⁸ Sulla natura incidentale della procedura prevista dall'art. 175 Cpp si veda da ultimo Cass., 10.2.2011, Nikolic, in *CEDCass*, m. 249955.

⁹ Che sia stata sempre questa la preoccupazione più pressante per il legislatore emerge anche dall'analisi di D. Negri, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Torino 2012, 178.

Come è noto, la Corte costituzionale in situazioni diverse, ma analoghe sotto più profili, nel tempo ha intrapreso un sentiero più consapevole, progressivamente più accorto, rispetto al diritto di difesa dell'imputato. Sentiero che avrebbe condotto, se calcato anche nell'ipotesi dell'assente poi comparso, ad una maggiore tutela di quel soggetto che voglia effettivamente difendersi con un rito premiale, quando, pur ricorrendo i requisiti di legge per la dichiarazione d'assenza, non si abbia poi la certezza della sua effettiva conoscenza del processo nel periodo ancora utile per chiedere nei termini il giudizio abbreviato o il patteggiamento sulla pena¹⁰.

L'attribuzione all'imputato della facoltà di chiedere il giudizio abbreviato dopo la modifica dibattimentale dell'imputazione, realizzata attraverso tre sentenze della Corte costituzionale¹¹, rappresenta una vicenda che avrebbe dovuto fornire al legislatore una chiave di lettura fruttuosa nell'ottica di ripristinare i diritti difensivi dell'imputato comparso dopo la dichiarazione d'assenza.

In quel contesto, la restituzione del termine all'imputato era concessa, a seguito della prima decisione della Corte costituzionale, solo se i fatti a fondamento della nuova contestazione fossero contenuti già negli atti d'indagine, rendendo così il pubblico ministero capace di formulare fin da subito un'accusa aderente ai fatti. A condizione, quindi, che il pubblico accusatore avesse ingiustamente sottratto la possibilità del giudizio abbreviato all'imputato, questi era rimesso nei termini per ottenerlo, poiché «quando in conseguenza di una evenienza patologica del procedimento, quale è quella derivante dall'errore sulla individuazione del fatto e del titolo del reato in cui è incorso il pubblico ministero, l'imputazione subisce una variazione sostanziale, risulta lesivo del diritto di difesa precludere all'imputato l'accesso ai riti speciali»¹².

Ragionamento, questo, assai condivisibile, ma monco, nella parte in cui non riteneva degno di considerazione lo stato dell'imputato che si fosse visto contestare una nuova imputazione sulla base di elementi autenticamente nuovi, anche se essa si poneva come un prevedibile svi-

¹⁰ La certezza dell'effettiva conoscenza, non si dimentichi, resta il requisito ultimo per un processo *fair* secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretata dalla Corte di Strasburgo. Molto significative in questo senso le due famose decisioni che hanno coinvolto il sistema italiano della contumacia: C. eur. GC, 18.5.2005, *Somogyi c. Italia* e C. eur. GC, 1.3.2006, *Sejdovic c. Italia*.

¹¹ C. cost., 14.12.2009 n. 333, per quanto riguarda i fatti già risultati dagli atti di indagine al momento dell'esercizio dell'azione penale; C. cost., 22.10.2012 n. 237, per quanto attiene a reati concorrenti oggetto di nuova contestazione dibattimentale a prescindere dalla possibilità che il fatto fosse individuabile già nella fase preliminare; C. cost., 1.12.2014 n. 273, per il caso in cui emerga un fatto diverso nel corso dell'istruzione dibattimentale e segua la relativa modifica dell'accusa.

¹² C. cost., 14.12.2009 n. 333, la quale, in questa parte, riprende ampi passaggi della sentenza 22.6.1994 n. 265, che introduceva per l'imputato la possibilità di ottenere il patteggiamento sulla pena una volta subita la nuova contestazione derivante da fatti già emersi nelle indagini, o nel caso in cui fosse reduce da una richiesta di applicazione concordata della pena tempestivamente proposta ma all'epoca rigettata.

luppo della vicenda processuale¹³. Anche tale soggetto, in realtà, subiva un rilevante pregiudizio, poiché posto di fronte alla nuova accusa non poteva attivare i riti premiali, ed il fatto che l'evoluzione del tema del processo fosse un fisiologico sviluppo dell'accertamento non bastava, a seguito di un oculato bilanciamento degli interessi contrapposti, a sottrargli un così importante strumento difensivo.

E difatti, proprio sulla base di questa premessa, lo stesso giudice delle leggi ha ampliato la riapertura del termine per richiedere il giudizio abbreviato all'ipotesi in cui l'imputazione si arricchisca di un reato concorrente o subisca una deviazione alla volta di un fatto diverso, a prescindere dal periodo in cui siano stati acquisiti gli elementi che ne giustificano la contestazione al dibattimento: «il criterio della “prevedibilità” non appare comunque idoneo a giustificare un diverso e meno favorevole trattamento delle nuove contestazioni “fisiologiche”, rispetto a quello riservato [...] alle nuove contestazioni “patologiche”»¹⁴.

Anche se non espressamente recepito, il requisito della prevedibilità, a ben guardare, gioca un ruolo importante anche nella situazione dell'assente che acquisisca con ritardo consapevolezza del dibattimento. L'art. 420-*bis* co. 2 Cpp codifica, cioè, talune circostanze preclusive della rimessione in termini per i riti premiali che non fotografano affatto la conoscenza effettiva del processo, ma solo la sua prevedibilità, in fin dei conti¹⁵. Il riferimento va all'elezione di domicilio, all'esecuzione di ordinanze cautelari o provvedimenti precautelari o alla nomina del difensore di fiducia¹⁶. Al limite, non rivela necessariamente di sapere dell'esistenza di un'accusa a suo carico e dei relativi contenuti neppure l'imputato (o, più verosimilmente, l'indagato) sottrattosi volontariamente alla conoscenza del procedimento, e a maggior ragione di singoli atti del medesimo. E il fatto stesso che risulti con certezza la conoscenza del proce-

¹³ Resta il paradosso (che serpeggia in C. cost., 22.6.1994 n. 265), ma non è questa la sede per occuparsene, per cui la prevedibilità, di cui l'imputato si deve far carico, è riferita al caso in cui gli elementi che danno vita alla modifica dell'imputazione siano effettivamente emersi nel dibattimento (in quanto eventualità fisiologica in un processo ispirato al modello accusatorio), ma sembrerebbe esclusa nell'ipotesi in cui il pubblico ministero, per contestare la nuova imputazione, si serva di atti già disponibili nella fase preliminare. Di questa autentica aporia rende conto M. Caianiello, *Giudizio abbreviato a seguito di nuove contestazioni. Il prevalere delle tutele difensive sulle logiche negoziali*, in *GCos.* 2009, 4963, sostenendo fin da allora la necessità di una rimessione in termini che prescindesse dalla prevedibilità dei mutamenti dell'accusa.

¹⁴ C. cost., 22.10.2012 n. 237, cit. evidenza «l'intrinseca debolezza del criterio della “prevedibilità”» G. Todaro, *Una ulteriore declaratoria d'incostituzionalità sui rapporti tra nuove contestazioni dibattimentali e giudizio abbreviato: la stella polare del diritto di difesa e qualche nuovo dubbio*, in *CP* 2013, 3880.

¹⁵ A. Mangiaracina, *op. cit.*, 445, non esita giustamente, anche sulla scorta dei lavori preparatori, a ricorrere alla categoria della presunzione per descrivere ed inquadrare sistematicamente le ipotesi che legittimano il processo in assenza secondo l'art. 420-*bis* co. 2 Cpp. S. Quattrococo, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30.4.2014, 2, parla invece di «conoscenza “non qualificata”» e «generica consapevolezza»; nulla, comunque, che possa ricondursi ad una scelta realmente informata.

¹⁶ Ancora A. Mangiaracina, *op. cit.*, 447, che prende in esame le singole ipotesi.

dimento da parte sua rimanda ad una valutazione formulata dal giudice in base a criteri su cui la legge non prescrive nulla di particolarmente rassicurante, se si pensa che comunque essi dovranno differire di necessità da quelli espressamente codificati dall'art. 420-*bis* co. 2 Cpp ed applicabili in prima battuta, qualora ricorrano nei fatti¹⁷.

Quindi, per tracciare le linee comuni tra la situazione che si crea in dibattimento una volta modificata l'accusa e quella dell'assente che acquisisca tardivamente consapevolezza del dibattimento, non sembra azzardato equiparare la prevedibilità del mutamento dell'imputazione alla prevedibilità della stessa formulazione di un'accusa, che viene in gioco quando si procede in assenza dell'imputato nell'udienza preliminare. E si potrà forse concludere, allora, che il diritto ad ottenere i riti premiali è confinato, in quest'ultimo caso, in recinti troppo angusti, se si guarda agli schemi concettuali applicati di recente dalla Corte costituzionale, la quale, ragionevolmente, non ritiene sufficiente che sia pronosticabile la nuova imputazione per inibire all'imputato le *chances* difensive del giudizio abbreviato e dell'applicazione della pena su richiesta delle parti.

Di conseguenza, se la prevedibilità di un mutamento dell'accusa in giudizio non è una buona ragione per sottrarre all'imputato l'accesso al rito abbreviato una volta che ciò avvenga, non si vede perché la prevedibilità di un'accusa *tout court*, con il relativo processo, possa invece precludere all'assente in udienza preliminare, poi reso edotto del dibattimento o ivi comparso, una strategia di difesa basata sui riti premiali.

I criteri – si può dire presuntivi recepiti dall'art. 420-*bis* co. 2 Cpp, probabilmente celano il pericolo che si proceda in assenza di un imputato inconsapevole; ma scongiurato questo rischio in dibattimento, tali criteri hanno l'ulteriore effetto distorsivo di precludere i due riti premiali ad un soggetto che potrebbe non aver avuto la possibilità di fare questa scelta nel rispetto dei termini scanditi dall'*iter* processuale¹⁸. E su questo preciso versante, la Corte costituzionale ha fornito indicazioni chiare molto distanti dai parametri, elaborati dalla nuova normativa in tema di assenza, per restituire all'imputato il diritto ai procedimenti alternativi.

All'origine delle distorsioni qui rappresentate, ovviamente, non sta la disciplina specifica del rimedio restitutorio in commento, ma si collocano gli indici selezionati dall'art. 420-*bis* co. 2 Cpp per indurre i sintomi di un'assenza consapevole dell'imputato e procedere al suo giudizio, che minano inesorabilmente tutto l'equilibrio della riforma.

¹⁷ Ragionamento, questo, che S. Quattrocchio, *op. cit.*, 3, propone con particolare preoccupazione in riferimento al «parametro della volontaria sottrazione alla conoscenza, concretamente di non facile distinzione rispetto ad altre situazioni aventi rilevanza normativa ma presupposti differenti».

¹⁸ Sostanzialmente, le modifiche legislative in commento hanno sì introdotto rimedi restitutori nuovi, ma non hanno neppure ridimensionato le gravi distorsioni e le incoerenze che rendono ancora oggi difficilmente accessibili tali rimedi per l'imputato nei cui confronti si sia proceduto in assenza, nonostante non si sia mai avuta la certezza della sua consapevolezza circa il processo. Per un esame, in questa prospettiva, del sistema previgente, D. Negri, *op. cit.*, 172 ss.

Eppure, il grado del pregiudizio che simile impostazione arreca all'imputato si manifesta in modo diverso a seconda delle circostanze: presumere che l'imputato conosca il processo ha ripercussioni meno preoccupanti sulla sua posizione se la reale conoscenza effettivamente si realizza in dibattimento e questi intenda intraprendere la via del giudizio ordinario per impostare la sua difesa. Pur senza trascurare i profili di estrema problematicità cui può dar luogo l'assenza dell'imputato inconsapevole all'udienza preliminare¹⁹, occorre dire che, una volta acquisita ritualmente consapevolezza del dibattimento, questi ha la possibilità di esercitare ogni prerogativa riconosciutagli in quella sede per costruire la difesa che egli predilige²⁰.

Viceversa, gli stessi parametri sortiscono effetti meno accettabili nel caso in cui, invece, l'accusato pensasse di trarre maggiori benefici da una strategia calibrata sulla pena concordata o sul rito abbreviato. In questo caso, ricorrendo le ipotesi "presuntive" descritte nell'art. 420-bis co. 2 Cpp, nulla è più recuperabile dei suoi progetti difensivi, anche nei casi in cui non possa dirsi che l'imputato avesse, fin dalla fase preliminare, conoscenza effettiva del processo e dell'accusa a suo carico.

A disinnescare il meccanismo appena descritto, come prima accennato, potrà essere soltanto l'assai gravoso adempimento probatorio richiesto all'imputato. Secondo l'art. 420-bis co. 4 Cpp richiamato dall'art. 489 Cpp, l'impedimento rappresentato dai presupposti un tempo ravvisati per procedere nonostante l'assenza dell'imputato è rimosso dalla prova che questi deve fornire circa l'incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo, o circa la sussistenza di un legittimo impedimento a comparire, o di situazioni determinate da cause di forza maggiore o dal caso fortuito, e sempre che il ritardo con cui tali circostanze sono dimostrate non sia imputabile alla colpa del soggetto dichiarato assente.

Un adempimento probatorio, questo, che mette in seria difficoltà l'imputato, il quale, a fronte di una obiettiva mancata conoscenza del processo, potrebbe non disporre degli strumenti dimostrativi adatti a rivelarne l'origine incolpevole. La sua colpa potrebbe prevedibilmente ravvisarsi nel mancato esercizio di quella diligenza nel seguire la sua vi-

¹⁹ Sul punto si rinvia a A. Mangiaracina, *op. cit.*, 453. Quanto poco il legislatore tenga all'udienza preliminare si percepisce dall'art. 604 co. 5-bis Cpp: esso dispone che il giudice d'appello, avvedutosi che l'imputato era assente al processo senza effettiva consapevolezza, rinvii gli atti sempre al giudice di primo grado, anche nei casi in cui questa situazione sia riferibile all'udienza preliminare, prima che al dibattimento. Sul punto, A. Diddi, *Novità in materia di impugnazioni e restituito in integrum*, in *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di D. Vigoni, Torino 2014, 220 e G. Santalucia, *Il processo in absentia e il giudizio di appello*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 303 ss., entrambi in termini giustamente molto critici.

²⁰ Diverso il caso in cui l'imputato compaia a dibattimento già iniziato. Qui, le prerogative probatorie, in cui l'art. 420-bis co. 4 Cpp lo reimmette, restano sottoposte al fatto che egli soddisfi il gravoso onere probatorio circa la sua incolpevole ignoranza del processo o il ricorrere del caso fortuito o di cause di forza maggiore, e che dimostri come il ritardo della prova circa tali circostanze si sia verificato nonostante il suo comportamento diligente.

cenda processuale, che la legge implicitamente richiede all'indagato a fronte di atti o di situazioni di fatto solo sintomatici di un possibile giudizio, così come descritti dall'art. 420-*bis* co. 4 Cpp²¹. Ciò, tuttavia, pregiudica oltre ogni accettabile misura il diritto di difesa dell'imputato il quale, senza comportamenti attivi, oppure omissioni preordinate a sfuggire alla conoscenza dell'atto introduttivo dell'udienza preliminare a lui noto, si trovi nelle condizioni di non conoscere dell'esistenza di un processo o delle coordinate spazio-temporali della sua celebrazione. Può accadere, cioè, che egli sia privato dei riti premiali anche se, pur essendo consapevole di singoli atti di indagine, ometta semplicemente di interessarsi al seguito della vicenda, in definitiva evitando di colmare, di sua iniziativa, le disfunzioni di un sistema – non a lui imputabili – che non è in grado di far pervenire nelle sue mani l'atto che instaura il processo²².

²¹ S. Marcolini, *I presupposti del giudizio in assenza*, in *Il giudizio in assenza dell'imputato*, cit., 146, afferma che presumere «dalla consapevolezza della pendenza del procedimento in indagini la consapevolezza del successivo rinvio a giudizio postula la figura di un imputato diligente, che si attiva per informarsi e restare informato, nel contesto di un processo accusatorio che, nel vedere accresciuti i poteri delle parti, ne vede accresciute anche le responsabilità». L'Autore, poi, declina simile principio in relazione ad ogni singola fattispecie descritta dall'art. 420-*bis* co. 1 e 2 Cpp, rilevando sia l'evidente difficoltà per l'imputato di accedere ai rimedi restitutori in queste situazioni, sia quanto sia criticabile la soluzione normativa, ad eccezione delle ipotesi in cui l'imputato rinunci a comparire o riceva nelle proprie mani l'avviso dell'udienza: in questi casi, infatti, sembra non discutibile la conoscenza del processo da parte dell'accusato.

²² G. Di Paolo, *La revoca dell'ordinanza che dispone il giudizio in assenza*, in *Il giudizio in assenza dell'imputato*, cit., 200, si sofferma sulla difficoltà della prova pretesa dall'imputato, rilevando, per esempio, che la mancata conoscenza è un fatto «di per sé sottratto alla verifica umana», per esprimere infine le sue riserve sulla «compatibilità degli oneri probatori sopra riportati con gli standard internazionali». Anche I. Cirino Groccia, *Il restyling di alcune disposizioni relative al dibattimento (artt. 489, 490, 513, 520 Cpp)*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 294, ritiene contraddittorio con le indicazioni fornite dai giudici di Strasburgo «il continuo richiamo nel testo di un regime in cui i rimedi restitutori a disposizione dell'imputato assente sono sempre subordinati all'onere di quest'ultimo di dimostrare che la mancata partecipazione al processo non possa essergli colposamente addebitata». Le statuizioni della Corte europea dei diritti dell'uomo in questione sono sostanzialmente Grande Camera, 18.5.2005, *Somogyi c. Italia* e Grande Camera, 1.3.2006, *Sejdovic c. Italia*. Da esse, prima dell'attuale intervento legislativo, D. Negri, *op. cit.*, 149, trae direttive precise: «bastano elementi tali da rendere non inverosimili i motivi a giustificazione dell'assenza, affinché gli organi della giurisdizione siano tenuti a chiarirne sino in fondo l'origine»; «anche l'onere della prova ricade sull'autorità e si risolve a vantaggio dell'individuo»; «se manca la prova positiva della rinuncia (espressa o tacita) a presentarsi da parte dell'imputato, il ripristino del diritto all'intervento personale nell'ulteriore giudizio [e quindi anche del diritto ad accedere a tutte le possibilità di difesa offerte dal processo] deve costituire non tanto una mera possibilità, esposta ad ostacoli normativi o esegutici suscettibili di condurla all'insuccesso, ma un vero e proprio automatismo ad opera dell'ordinamento». Tutto l'opposto, pare, dello schema normativo che il legislatore ha di recente deciso di introdurre, esponendosi a grandi rischi, se è vero che solo il rispetto delle condizioni appena ricordate «rende il sistema nazionale complessivamente conforme al paradigma del processo equo, quand'anche abbia optato per la soluzione del rito contumaciale» o, si direbbe oggi, in assenza. Analoghe critiche, in relazione al precedente sistema in A. Mangiaracina, *Garanzie partecipative*, cit., 142.

Se l'intero meccanismo non difetta di coerenza, reggendosi tutto sugli indicatori eletti dall'art. 420-*bis* co. 2 Cpp a sintomo della consapevolezza del processo, occorre ribadire che il risultato del bilanciamento tra l'istanza di procedere al giudizio senza favorire l'assente di cui non consti chiaramente la conoscenza del processo e le esigenze della difesa è alquanto malriuscito, almeno nel caso della restituzione del termine per i riti premiali.

Applicazione concordata della pena e giudizio abbreviato sono appannaggio di chi, in sostanza, riesca a rovesciare delle presunzioni relative di conoscenza del processo calibrate su parametri non sempre circostanziati (si pensi alla valutazione in chiusura affidata al giudice circa lo stato di consapevolezza del procedimento dell'imputato), dimostrando altresì di essere immune da colpa per non aver saputo dell'udienza preliminare o per non avervi partecipato, e per la mancata tempestività della prova di tali circostanze.

Il diritto di difesa, che si manifesta attraverso le alternative al giudizio ordinario, risulta decisamente pregiudicato da un'incombente probatoria assai gravosa: essa potrebbe nei fatti ridimensionare molto il diritto (pure sancito) di coloro i quali, assenti inconsapevoli apparsi nel dibattimento, non dispongano prontamente di quel vasto corredo probatorio che la legge pretende da loro.

Del resto, se mai la Corte costituzionale fosse investita della questione (anche in riferimento ai parametri sopranazionali rappresentati dalle decisioni della Corte europea dei diritti umani sul punto), pur non potendosi esimere dal marcare le differenze, difficilmente potrebbe abbandonare del tutto gli schemi usati per delineare i contorni del diritto ai riti premiali dell'imputato che si sia vista mutare l'imputazione in giudizio. E, in quel caso, che sia il diritto di difesa a pesare di più sulla bilancia è oramai dimostrato da un percorso argomentativo netto, per cui la scelta dell'imputato di non accedere ai riti speciali nei termini di rito è discutibile a fronte del *novum*, salvo che non si accerti che essa fosse consapevole e assunta su basi conoscitive cristalline: lì la conoscenza dell'accusa che porterà a sentenza, qui la conoscenza dell'udienza preliminare e delle coordinate spazio-temporali della sua celebrazione, accompagnata dalla precisa volontà di disertarla.

4. L'art. 10 in commento elimina ogni riferimento all'imputato contumace da varie norme del codice di rito: semplicemente, essendo venuto meno l'istituto, ne vengono soppresse le sue manifestazioni testuali.

Negli artt. 490, 513 co. 1 e 520 Cpp ciò si risolve nel fatto che la disciplina posta da tali previsioni si riferirà ora all'imputato assente, secondo le nuove norme.

Un'autentica modifica normativa, invece, coinvolge l'art. 548 co. 3 Cpp che disciplinava un tempo la notificazione dell'estratto della sentenza all'imputato giudicato in contumacia; dal giorno di quella notificazione, poi, decorreva, per questo soggetto, il termine per proporre l'impugnazione (art. 585 co. 2 lett. *d* Cpp). La legge in questione, però,

non si è limitata, come negli altri casi, a riferire questa disciplina all'imputato assente anziché contumace, ma l'ha eliminata del tutto; così che, oggi, l'imputato di cui sia dichiarata l'assenza riceverà solo l'avviso del deposito delle motivazioni stese oltre il termine previsto e non l'estratto del provvedimento conclusivo del giudizio. A seguito della ulteriore soppressione di ogni riferimento alla contumacia, o all'assenza, nell'art. 585 co. 2 lett. *d* Cpp²³, poi, il termine per impugnare la sentenza, anche per l'imputato assente, sarà quello della notificazione dell'avviso di deposito tardivo o, semplicemente, della scadenza del termine previsto per la stesura delle motivazioni.

Nella generale prospettiva di un imputato dichiarato assente solo se consapevole del procedimento che diserta, la modifica appare, sulle prime, coerente, soprattutto se si connette alla convinzione – emersa chiaramente dal provvedimento legislativo – che l'imputato abbia l'onere di tenersi aggiornato sul suo processo principalmente attraverso il difensore di fiducia (la cui nomina, non a caso, è uno dei fatti sintomatici della scelta consapevole di non essere presente)²⁴.

Sono le medesime considerazioni espresse nei paragrafi che precedono a dover essere riprese: se la dichiarazione d'assenza si regge, spesso, su semplici presunzioni, allora la notificazione dell'estratto della sentenza all'imputato, in questi casi, poteva costituire un'occasione in più per verificare le basi fattuali della decisione di procedere nonostante l'imputato non avesse preso parte al processo²⁵. Né, pare, una soluzione simile avrebbe potuto essere tacciata di grave incoerenza con lo spirito della riforma, se la stessa legge pone svariati rimedi ripristinatori a vantaggio dell'assente, accettando così l'ipotesi che quell'imputato possa in realtà non aver avuto consapevolezza del processo a suo carico, nonostante appaia il contrario alla luce dei criteri previsti dall'art. 420-*bis* co. 2 Cpp.

²³ Art. 11 co. 1 l. 28 aprile 2014 n. 67.

²⁴ Che il rapporto con il difensore sia estremamente valorizzato dalla disciplina in questione lo ricorda G. Santalucia, *op. cit.*, 296.

²⁵ Critico A. Diddi, *op. cit.*, 217, il quale, pur rimarcando l'apparente coerenza sistematica della modifica normativa in questione, la ritiene nondimeno «non del tutto ineccepibile sul piano della tutela del diritto di difesa».

Art. 11

Disposizioni in materia di impugnazioni e di restituzione nel termine

1. Alla lettera d) del comma 2 dell'articolo 585 del codice di procedura penale, le parole: «la notificazione o» e le parole: «per l'imputato contumace e» sono soppresse.

2. Il comma 4 dell'articolo 603 del codice di procedura penale è abrogato.

3. All'articolo 604 del codice di procedura penale, dopo il comma 5 è inserito il seguente:

«5-bis. Nei casi in cui si sia proceduto in assenza dell'imputato, se vi è la prova che si sarebbe dovuto provvedere ai sensi dell'articolo 420-ter o dell'articolo 420-quater, il giudice di appello dichiara la nullità della sentenza e dispone il rinvio degli atti al giudice di primo grado. Il giudice di appello annulla altresì la sentenza e dispone la restituzione degli atti al giudice di primo grado qualora l'imputato provi che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo di primo grado. Si applica l'articolo 489, comma 2».

4. All'articolo 623, comma 1, del codice di procedura penale, la lettera b) è sostituita dalla seguente:

«b) se è annullata una sentenza di condanna nei casi previsti dall'articolo 604, commi 1, 4 e 5-bis, la Corte di cassazione dispone che gli atti siano trasmessi al giudice di primo grado».

5. Dopo l'articolo 625-bis del codice di procedura penale è inserito il seguente:

«Art. 625-ter (Rescissione del giudicato). – 1. Il condannato o il sottoposto a misura di sicurezza con sentenza passata in giudicato, nei cui confronti si sia proceduto in assenza per tutta la durata del processo, può chiedere la rescissione del giudicato qualora provi che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo.

2. La richiesta è presentata, a pena di inammissibilità, personalmente dall'interessato o da un difensore munito di procura speciale autenticata nelle forme dell'articolo 583, comma 3, entro trenta giorni dal momento dell'avvenuta conoscenza del procedimento.

3. Se accoglie la richiesta, la Corte di cassazione revoca la sentenza e dispone la trasmissione degli atti al giudice di primo grado. Si applica l'articolo 489, comma 2».

6. Il comma 2 dell'articolo 175 del codice di procedura penale è sostituito dal seguente:

«2. L'imputato condannato con decreto penale, che non ha avuto tempestivamente effettiva conoscenza del provvedimento, è restituito, a sua richiesta, nel termine per proporre opposizione, salvo che vi abbia volontariamente rinunciato».

Addio alla contumacia: la disciplina delle impugnazioni

Commento di ANGELO ZAPPULLA

SOMMARIO: 1. Le alternative emerse (ma poi abbandonate) nel corso del dibattito parlamentare. – 2. Nessuna autonoma decorrenza dei termini per la proposizione dell'impugnazione dell'assente. – 3. Gli atti preliminari al giudizio d'appello. – 4. Ridotte le ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello. – 5. Una nuova questione di nullità. – 6. Ampliate le ipotesi di annullamento con rinvio ad opera della Corte di cassazione. – 7. Dimenticato il procedimento innanzi al giudice di pace.

1. Il *de profundis* – almeno sotto il profilo lessicale – alla contumacia all'interno del sistema processual-penalistico¹, dopo secoli di onorato – ma criticato – servizio², imponeva, innanzitutto, un repulisti delle previsioni che alla stessa facessero esplicito riferimento perché relative ad «alcuni istituti che di tale figura costituivano il naturale *pendant*»³. È avvenuto in materia di udienza preliminare e dibattimento, e l'operazione pulizia, rispetto a un istituto facente ormai parte di un'archeologia processuale dalla quale non è prevedibile possa essere riesumato, non poteva non coinvolgere pure la fase delle impugnazioni. La secca alternativa, conseguente alla riforma, fra celebrazione del giudizio nei confronti dell'assente volontario o sospensione del processo ai sensi dell'art. 420-*quater* co. 2 Cpp rendeva un naturale automatismo l'altrettanto secca scomparsa di ogni residuo della contumacia anche fra le righe della normativa sui gradi di giudizio successivi al primo.

Nel dibattito parlamentare si era affacciata, tuttavia, l'ulteriore prospettiva di una possibile tripartizione delle vie percorribili dal giudice in caso di mancata presenza dell'imputato. Insieme alle due appena accennate – celebrazione del giudizio per riconosciuta volontarietà dell'assenza o sospensione del processo – si proponeva il mantenimento di un'autonoma disciplina per l'eventualità intermedia integrata dalla mancanza di certezze sulle scelte dell'imputato in merito alla partecipazione al giudizio, tutte le volte in cui ne risultasse la conoscenza dell'esistenza di un procedimento penale a suo carico, ma non degli sviluppi di quest'ultimo verso la fase processuale a seguito della formulazione dell'imputazione. Il riferimento era, in particolare, alle ipotesi in cui specifiche

¹ In termini di «audace colpo di spugna», si esprimono C. Conti, A. Marandola, G. Varraso, *Premessa*, a *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di C. Conti, A. Marandola, G. Varraso, Padova 2014, XXI.

² Auspicava «la chiusura del secolare capitolo del procedimento contumaciale», M. Chiavario, *Codice di rito: la scelta fra gestire l'esistente o impegnarsi a fondo per una vera riforma*, in *GD* 2007 (33), 6. Per riferimenti diacronici, v. P. Tonini, C. Conti, *Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole"*, in *DPP* 2014, 510; nonché P. Moscarini, *La contumacia dell'imputato*, Milano 1997, 7 ss.; D. Negri, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Torino 2014, 5 ss.; C. Papagno, *Contumacia e processo equo*, Milano 2010, 1 ss.

³ P. Tonini, C. Conti, *op. cit.*, 516.

evenienze processuali avessero dimostrato in maniera inconfutabile l'avvenuta presa di contatto dell'imputato con il procedimento in momenti precedenti rispetto all'esercizio dell'azione penale, come può dirsi quando sia intervenuta una dichiarazione o elezione di domicilio, una limitazione della libertà personale o la nomina di un difensore di fiducia⁴. Tutti casi nei quali la conoscenza del procedimento da parte dell'imputato è certa per essersi quest'ultimo avvalso di alcuni degli strumenti messi a sua disposizione per creare i presupposti per un'effettiva difesa o per aver personalmente subito alcune delle più incisive conseguenze del coinvolgimento nelle indagini, ma rispetto ai quali manca ogni sicuro indicatore sulla successiva concreta conoscenza dell'accusa elevata nei suoi confronti al termine della fase investigativa e della data fissata per la celebrazione dell'udienza destinata alla verifica dell'accusa stessa⁵. Reale consapevolezza, al di là di ogni ragionevole dubbio, che costituisce il parametro di riferimento dalla giurisprudenza europea ritenuto elemento determinante per una qualificazione del procedimento come *équitable*⁶, ciò che si rivela funzionale, fra l'altro, a renderne il prodotto conclusivo spendibile all'interno di uno spazio giuridico comune europeo⁷.

⁴ V. le considerazioni del relatore del d.d.l. C 331, E. Costa, nel corso della seduta del 21.5.2013, della II Commissione permanente (Giustizia), in sede referente, 49.

⁵ In materia di diritto a essere informati sulla natura dell'addebito e sulle connesse prerogative processuali, riveste specifico rilievo la direttiva 2012/13/UE, attuata con d.lgs. 1.7.2014 n. 101, su cui v. S. Ciampi, *Diritto all'informazione nei procedimenti penali: il recepimento low profile della Direttiva 2012/13/UE da parte del d.lgs. 1° luglio 2014 n. 101*, in www.penalecontemporaneo.it, 24.9.2014; nonché Id., *La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, ivi 27.6.2012.

⁶ Cfr. C.eur., sent. 10.11.2004, *Sejdovic c. Italia*, in CP 2005, 983, nota A. Tamiotti, *Processo contumaciale e Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo: la Corte di Strasburgo sollecita l'Italia ad adottare riforme legislative*; C.eur., sent. 18.5.2004, *Somogyi c. Italia*, § 72, ivi 2004, 3799, nota A. Tamiotti, *Iniquità della procedura contumaciale ed equa riparazione sotto forma di restituito in integrum: un passo verso un obbligo giuridico degli Stati membri alla celebrazione di un nuovo processo?*; C.eur., sent. 12.2.1985, *Colozza c. Italia*, § 32, ivi 1985, 1247, nota G. Ubertis, *Latitanza e contumacia secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo*. In ambito sovranazionale, assumono rilievo l'art. 14 co. 3 lett. d Pidcp e implicitamente l'art. 6 § 3 lett. c, d ed e Cedu, cfr. D. Vigoni, *Giudizio senza imputato e cooperazione internazionale*, Padova 1992, 5, che sottolinea come nell'art. 6 Cedu il diritto dell'imputato a partecipare al proprio processo sia affrontato nei suoi aspetti dinamico-operativi, attraverso il riferimento all'esercizio dei diritti che tale partecipazione presuppongono, mentre nell'art. 14 Pidcp la prospettiva è di tipo statico, prescindendosi dalle «eventuali attività processuali personalmente esercitabili dall'imputato»; v. anche A. Balsamo, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R.E. Kosteris, Milano 2014, 117 s.; B. Nacar, *Il processo in absentia tra fonti internazionali, disciplina codicistica e recenti interventi riformatori*, Padova 2014, 1 ss.

⁷ Cfr., in argomento, prima della riforma, F. Caprioli, *Cooperazione giudiziaria e processo in absentia*, in *L'area di libertà sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, a cura di T. Rafaraci, Milano 2007, 391; S. Quattrocchio, *Giudizio senza imputato e sua consegna. Vecchie problematiche e nuove prospettive nei rapporti giurisdizionali fra stati*, in *Cooperazione giudiziaria civile e penale nel diritto dell'Unione europea*, a cura di S.M. Carbone, M. Chiavario, Torino 2008, 102; F. Siracusano, *Nuove prospettive in materia di processo in absentia e procedure di*

Quest'eventualità intermedia avrebbe giustificato il mantenimento in vita di un meccanismo aggiuntivo di garanzia, rispetto all'imputato presente o a questo equiparato, quale l'avviso del deposito con estratto del provvedimento impugnabile (originario art. 585 co. 2 lett. *d* Cpp) e di strumenti ripristinatori come la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello (originario art. 603 co. 4 Cpp). Evidenti, in tale prospettiva e nel momento in cui ci si accingeva alla brusca virata normativa tesa ad abbandonare il sistema della contumacia, le remore nel privare un imputato, del quale era dimostrata solo una conoscenza parziale del procedimento, di un articolato apparato di garanzie e rimedi, pur riconosciuti insoddisfacenti, ma certo ben rodati. E ciò, forse, non solo per una palese resistenza verso innovazioni troppo radicali, ma anche nella stessa tensione volta proprio a un completo adeguamento alle pressanti richieste sovranazionali di tutela di chi non sia – o non sia con certezza – pienamente consapevole dell'elevazione di una concreta e specifica accusa a suo carico.

La meno articolata scelta normativa adottata con la novella scarica il peso del rispetto delle puntualizzazioni della Corte europea⁸, vincolanti per il legislatore nazionale *ex art.* 46 § 1 Cedu⁹, su nuovi meccanismi ripristinatori riconosciuti all'assente che sia in grado di dimostrare «una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo» o l'«assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro impedimento e che la prova dell'impedimento è pervenuta con ritardo senza sua colpa» (art. 420-bis co. 4 Cpp). Qualora, invece, possa affermarsi l'avvenuta presa di coscienza da parte di un soggetto sottoposto alle indagini dell'esistenza del procedimento penale che lo coinvolge, sorge a suo carico l'onere di mantenere almeno un livello minimo di diligenza al fine di seguirne il concreto svolgimento, senza che possa ritenersi dovuto un *surplus* di garanzie in favore di chi merita il medesimo trattamento spettante all'imputato presente.

2. Gli interventi sul libro nono («Impugnazioni») del codice di rito penale hanno riguardato, pertanto, innanzitutto, il venir meno dell'esi-

consegna, in *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'unione europea dopo il trattato di Lisbona*, a cura di T. Rafaraci, Milano 2011, 87 ss.

⁸ Cfr., in tema di prese di posizione della giurisprudenza europea sul giudizio *in absentia*, R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Così "scompare" il processo in contumacia*, in *GD* 2014 (21), 94 s.; A. Mangiaracina, *Garanzie partecipative e giudizio in absentia*, Torino 2010, 230 ss.; D. Negri, *op. cit.*, 127 ss.; P. Tonini, C. Conti, *op. cit.*, 510 s.; nonché E. A.A. Dei-Cas, *Il procedimento penale nei confronti di imputati irreperibili tra giurisprudenza della Corte europea e normativa interna*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 189 ss. Cfr. anche P. Silvestri, *Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione n. III/07, II. Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, del 5.5.2014, 37 ss., in www.cortedicassazione.it.

⁹ In materia di esecuzione dell'obbligo di conformarsi ai *dicta* della Corte europea, v. M. de Salvia, *L'obbligo degli Stati di conformarsi alle decisioni della Corte europea e del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo, R.E. Kostoris, Torino 2008, 67 ss.; nonché P. Pirrone, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano 2004, 10 ss.

genza di un'autonoma decorrenza dei termini per l'impugnazione dell'imputato assente¹⁰, che non necessita più, infatti, di un trattamento di riguardo, a garanzia dei «diritti di difesa»¹¹, con specifica notificazione «dell'avviso di deposito con l'estratto del provvedimento», scomparsa a seguito dell'abrogazione dell'art. 548 co. 3 Cpp. Notificazione cui era riservata la funzione, nella non certezza di una reale conoscenza del procedimento in corso, di mettere l'imputato contumace nella condizione di conoscere almeno l'esito del giudizio, attraverso l'estratto del provvedimento conclusivo del processo al quale non aveva partecipato¹²; adempimento che avrebbe determinato il decorrere di un autonomo termine per l'impugnazione.

I presupposti che oggi consentono – *rectius* impongono – la celebrazione del processo nei confronti della nuova figura dell'assente consapevole, erede del contumace, giustificano l'avvenuta ablazione della notifica dell'avviso di deposito con l'estratto del provvedimento impugnabile per la presunzione, che innerva l'intera riforma, di consapevolezza effettiva, e non meramente legale, da parte dell'imputato della celebrazione del procedimento che lo coinvolge, giacché il venir meno di tale presupposto impedirebbe la prosecuzione del giudizio e, conseguentemente, l'emanazione del provvedimento impugnabile¹³. Piena consapevolezza che – se si inserisce, rispetto al precedente istituto della contumacia, che da tale effettività prescindeva, accontentandosi della regolarità di un'articolata procedura notificativa¹⁴, in una logica di garanzia

¹⁰ Cfr. G. Santalucia, *Il processo in absentia e il giudizio di appello*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 295.

¹¹ Cass. 17.11.1999, Caligiuri, in *CEDCass*, m. 215523.

¹² Cfr. P. Moscarini, *op. cit.*, 359.

¹³ Cfr. i principi espressi, nell'interpretazione dell'art. 6 § 1 Cedu, da C.eur., sent. 8.2.2007, *Kollcaku c. Italia*, in *www.echr.eu.int*; C.eur., sent. 8.2.2007, *Pititto c. Italia*, *ivi*; C.eur., sent. 10.11.2004, *Sejdovic c. Italia*, cit.; C.eur., sent. 18.5.2004, *Somogyi c. Italia*, cit., 3799; C.eur., sent. 12.2.1985, *Colozza c. Italia*, cit., 1247. Di una riforma «che si è proposta lo scopo di attuare appieno i principi della giurisprudenza europea», riferiscono P. Tonini, C. Conti, *op. cit.*, 511.

¹⁴ Il rigore della disciplina contumaciale era stato attenuato, tuttavia, con la modifica dell'istituto della restituzione in termini e il conseguente capovolgimento dell'onere della prova trasferito in capo all'autorità giudiziaria che, innanzi alla richiesta di restituzione «nel termine per proporre impugnazione od opposizione» avverso «sentenza contumaciale o decreto di condanna», avanzata dall'imputato, avrebbe dovuto compiere «ogni necessaria verifica» per accertare se lo stesso avesse «avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento impugnabile e [...] volontariamente rinunciato a comparire ovvero a proporre impugnazione od opposizione» (art. 175 co. 2 Cpp, come sostituito con l'art. 1 co. 1 lett. b d.l. 21.2.2005, n. 17, *Disposizioni urgenti in materia di impugnazione delle sentenze contumaciali e restituzione nel termine di condanna*, conv. con mod., in l. 22.4.2005, n. 60); cfr. C.eur., sent. 25.11.2008, *Cat Berro c. Italia*, in *www.echr.eu.int*; nonché G. Ubertis, *L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazione dell'equità processuale*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, cit., 109 ss.; P. Moscarini, *Condanna in contumacia e restituzione nel termine per impugnarla: la Cassazione penale ri-decide il "caso Somogy"*, in *RIDPP* 2007, 411; A. Mangiaracina, *op. cit.*, 267 ss.; M. Cassano ed E. Calvanese, *Giudizio in contumacia e restituzione nel termine*, Milano 2008, 63 s. Collocano la riforma in commento «al culmine ideale» di una parabola che si è sviluppata proprio attraverso la novella del 2005: P. Tonini, C. Conti, *op. cit.*, 511.

del sottoposto a procedimento, impedendo decisioni nei confronti di chi potrebbe non aver alcuna conoscenza del giudizio – determina, al contempo, anche una specifica assunzione di responsabilità dell'imputato almeno parzialmente informato, con l'onere di un impegno personale nel seguire gli sviluppi della vicenda processuale che lo riguarda. Si valorizza, cioè, la prospettiva di una partecipazione in chiave sempre più attiva dei protagonisti processuali.

Ne consegue l'assenza di un'autonoma decorrenza dei termini per la proposizione dell'impugnazione da parte dell'assente. Conosceva l'esistenza del procedimento ed era, pertanto, nelle condizioni, senza poter pretendere ulteriori aggiuntive formali comunicazioni, di seguirne svolgimento ed epilogo anche avvalendosi della figura del difensore¹⁵ che, in caso di assenza dell'imputato, lo rappresenta (art. 420-*bis* co. 3 Cpp) e del quale viene oggi accentuata la funzione assistenziale, proprio per la scelta normativa di rinunciare ad ogni peculiare forma di tutela per chi senza giustificato motivo sia mancato al giudizio¹⁶.

Dal maggior impegno profuso dall'autorità giudiziaria nel verificare il contesto nel quale si inserisca la mancata partecipazione dell'imputato consegue la piena equiparazione dell'assente volontario all'imputato presente, senza che si riveli più necessario farlo oggetto di singolari attenzioni comunicative¹⁷. La funzione originariamente svolta dall'abrogata lett. *d* del co. 2 dell'art. 585 Cpp è stata superata, infatti, dal rigore imposto al giudice, nel nuovo art. 420-*bis* Cpp, nel controllo sull'avvenuta conoscenza da parte dell'imputato del procedimento o sul suo essersi volontariamente sottratto alla stessa o a quella di alcuni suoi atti. Accertamento del quale è stata innalzata l'asticella fino al massimo livello rappresentato dal parametro assoluto della «certezza», che chiude il secondo comma dell'art. 420-*bis* Cpp¹⁸.

Il legislatore accetta, cioè, il perdurante rischio di imputati che, incolpevolmente ignari della formulazione dell'imputazione, non vengano a conoscenza del provvedimento con cui il giudice si sia pronunciato sulla stessa e non abbiano potuto esercitare, conseguentemente, il diritto all'impugnazione, ma affida il rimedio rispetto a tali ipotesi alla innovativa rescissione del giudicato di cui all'art. 625-*ter* Cpp¹⁹, con ciò palesando

¹⁵ Cfr. P. Tonini, M. Ingenito, *La sospensione del processo contro l'irreperibile e la frattura legislativa tra vecchia contumacia e nuova assenza*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 186.

¹⁶ Cfr. G. Santalucia, *op. cit.*, 296.

¹⁷ Criticamente circa «l'affrettata abolizione della notifica all'imputato non presente del contenuto della sentenza», v. A. Diddi, *Novità in materia di impugnazioni e di restitutio in integrum*, in *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di D. Vigoni, Torino 2014, 218.

¹⁸ Di un giudizio del giudice dell'udienza preliminare «che oscilla tra la certezza oggettiva e la presunzione qualificata», parla G. Garuti, *L'udienza preliminare*, in O. Dominioni, P. Corso, A. Gaito, G. Spangher, G. Dean, G. Garuti, O. Mazza, *Procedura penale*³, Torino, 2014, 522.

¹⁹ Cfr. S. Quattrocchio, *La sospensione del processo nei confronti dell'imputato non comparso e la revoca della relativa ordinanza*, in *Il giudizio in assenza dell'imputato*, cit., 237.

una logica normativa che relega il fenomeno nell'ambito di una marginalità compatibile con la tenuta e chiusura del sistema e con l'efficienza dello stesso in termini di rischio di attività giudiziaria *inutiliter data*²⁰.

Un obbligo di comunicazione permane, comunque, in favore del «*procuratore generale presso la corte di appello rispetto ai provvedimenti emessi in udienza da qualsiasi giudice della sua circoscrizione diverso dalla corte di appello*» (art. 585 co. 2 lett. d Cpp), l'unico soggetto non in grado altrimenti di avere effettiva conoscenza di tutti i provvedimenti passibili di sua impugnazione.

Mantenuta, tuttavia, l'efficacia transitoria della contumacia nei giudizi ove sia stato già pronunciato il dispositivo della sentenza di primo grado²¹ (art. 15-*bis* co. 1 l. 67/2014, tardivamente inserito con l. 11.8.2014, n. 118) o con contumace reperibile (art. 15-*bis* co. 2), rimane, in essi, ancora da notificare all'imputato contumace l'avviso di deposito unitamente all'estratto del provvedimento impugnabile, con conseguente decorrenza da tale adempimento del termine per l'impugnazione²².

3. Il menzionato necessario repulisti di ogni riferimento normativo allo scomparso istituto contumaciale non si è rivelato, però, completo. Si sono ingiustificatamente salvate, infatti, le previsioni in materia di contenuto essenziale della *vocatio in ius* (artt. 429, Decreto che dispone il giudizio, e 552, Decreto di citazione a giudizio, Cpp)²³.

La logica contumaciale imponeva che l'imputato, citato per l'apertura della fase processuale, fosse reso edotto che la sua mancata comparizione non avrebbe inciso, proprio per l'avvenuta rituale notificazione

²⁰ Cfr. R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Processo sospeso se l'imputato è irrintracciabile*, in *GD* 2014 (21), 103.

²¹ Accadimento idoneo, «sia in relazione al momento processuale in cui interviene, sia con riguardo al suo contenuto di verifica fattuale e di imposizione punitiva, a segnare la linea di demarcazione temporale tra la pregressa e la nuova normativa», così, in merito alle (meno chiare) disposizioni transitorie delle modifiche alla prescrizione introdotte con l. 5.12.2005 n. 251, v. Cass., S.U., 29.10.2009, D'Amato, in *CP* 2010, 1748, nota C. Gabrielli, *Per le Sezioni unite il processo pende in grado d'appello sin dalla lettura della sentenza di condanna: un assunto meritevole di ripensamento*. Cfr. anche Cass., S.U., 29.3.2007, p.c. in proc. Lista, *ivi* 2007, 4451, nota G. Romeo, *Nel labirinto della "Pecorella" l'esile filo d'Arianna delle Sezioni unite*.

²² Sulla normativa transitoria, v. P. Tonini, C. Conti, *Aggiornamento*, a *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit.; M. Bonetti, *L'incidenza della riforma sui procedimenti in corso*, in *Il giudizio in assenza dell'imputato*, cit., 273 ss.; R. Bricchetti, *Dopo il necessario intervento del legislatore "spartiacque" per i giudizi al 17 maggio 2014*, in *GD* 2014 (36), 53 s. Prima della specifica novella legislativa, v. R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Giudizi pendenti pieni di insidie interpretative*, in *GD* 2014 (21), 105 s.; G. Leo, *Subito alle Sezioni unite la nuova procedura di «rescissione del giudicato» (e la disciplina transitoria per il processo in assenza)*, in www.penalecontemporaneo.it 6.6.2014; G. Santalucia, *op. cit.*, 297 e 308; nonché, in giurisprudenza, Cass., S.U., 17.7.2014, Burba, in *GD* 2014 (40), 20, nota R. Bricchetti, *Per i giudizi in contumacia anteriori alla riforma vale la disciplina sulla restituzione nel termine*; Cass. 27.5.2014, in *D&G* 2014, 9, nota A. De Francesco, *Soppressione dell'istituto della contumacia: la nuova disciplina non è retroattiva*.

²³ In termini di «clamorosa svista del legislatore», si esprime A. Diddi, *op. cit.*, 234.

dell'atto di citazione, sulla celebrazione del giudizio che avrebbe avuto regolare corso a seguito proprio della dichiarazione dello stato di contumacia (artt. 429 co. 1 lett. *f* e 552 co. 1 lett. *d* Cpp). Avviso che, avendo portata determinante in materia di «effettività del contraddittorio»²⁴ e conseguenti scelte difensive dell'imputato, era stato dal legislatore supportato con l'esplicita previsione di un'ipotesi di nullità (artt. 429 co. 2 e 552 co. 2 Cpp).

Diretta conseguenza di tali sviste in materia di *vocatio in ius* è l'essersi sottratto alla riforma anche il contenuto del decreto di citazione per il giudizio di appello (art. 601 co. 3 Cpp), che espressamente richiama, quale elemento contenutistico dello stesso e fra gli altri, il requisito previsto nell'art. 429 co. 1 lett. *f* Cpp, con previsione ancora una volta di nullità speciale in caso di sua mancanza o di indicazione insufficiente (art. 601 co. 6 Cpp)²⁵.

L'intera descritta architettura che coinvolge i momenti di passaggio verso il dibattimento di primo o secondo grado non è stata oggetto, pertanto, delle attenzioni della riforma, né del citato successivo intervento finalizzato a rimediare all'ulteriore deficienza della l. 67/2014 in materia di normativa transitoria (l. 118/2014, provvedimento legislativo che rappresentava, certo, il momento più opportuno per sfrondare le analizzate previsioni codicistiche da inutili, e fors'anche pericolosi, residuati storici). In attesa di un intervento di resipiscenza legislativa, la prassi non mancherà di superare i momenti di possibile *impasse*, limitandosi a omettere dai provvedimenti di *vocatio in ius* ogni riferimento all'«avvertimento all'imputato che non comparendo sarà giudicato in contumacia» (artt. 429 co. 1 lett. *f* e 552 co. 1 lett. *d* Cpp), agevolmente sostituibili con il richiamo al procedimento in assenza²⁶. Nonostante l'espressa comminatoria di nullità, infatti, non potrà certo essere invocata l'invalidità di decreti di rinvio a giudizio emendati dal riferimento a un istituto ormai integralmente abrogato²⁷.

²⁴ Cass. 25.1.2011, T., in *CEDCass*, m. 248977.

²⁵ Cfr. G. Santalucia, *op. cit.*, 299.

²⁶ Cfr. S. Quattrococo, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona. Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina del procedimento senza imputato*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30.4.2014, 5, nt. 8; nonché, pur con alcune necessarie precisazioni, P. Tonini, C. Conti, *op. cit.*, 519, nt. 27.

²⁷ Cfr. P. Tonini, M. Ingenito, *op. cit.*, 186 s. La possibilità di citazioni a giudizio in appello prive dell'avvertimento che l'imputato, in caso di mancata comparizione, sarebbe stato giudicato in contumacia era già ammessa, inoltre, dalla giurisprudenza per gli appelli da celebrarsi, *ex art.* 599 co. 1 Cpp, con le forme previste nell'art. 127 Cpp, «dovendosi anzi ritenere un tale avvertimento del tutto improprio, rispetto alla disciplina del procedimento camerale dettata dall'art. 127 Cpp, cui si richiama il citato art. 599» Cpp, così Cass. 26.1.2005, Todeschini e altro, in *CEDCass*, m. 230921; conf. Cass. 3.3.2005, Puzzo, in *CP* 2006, 2894; Cass. 6.3.1992, Mellace, in *CEDCass*, m. 190474. Per l'incompatibilità della disciplina della contumacia rispetto all'appello camerale, v. G. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerale*, Milano 1994, 311; U. Ferrante, *L'appello incidentale e il procedimento camerale nell'appello penale*, Milano 1991, 149; M. Menna, *Il giudizio d'appello*, Napoli 1995, 237 s.; *contra* E. Randazzo, *L'impugnazione del difensore sfornito di mandato speciale nel giudizio di appello di cui all'art. 599 Cpp*, in *CP* 1993, 1457.

Dovranno essere, cioè, giudice dell'udienza preliminare, pubblico ministero e giudice d'appello a farsi carico di colmare palesi omissioni dell'organo legislativo, mediante buone prassi di semplice consolidamento innanzi alla figura di un imputato del quale si presume la consapevolezza dell'avvenuta instaurazione di un procedimento a suo carico, per aver già ricevuto da parte del giudice, in sede di atti introduttivi all'udienza preliminare, l'imprescindibile «avvertimento [...] che, qualora non compaia, si applicheranno le disposizioni di cui agli articoli 420-bis, 420-ter, 420-quater e 420-quinquies» (art. 419 co. 1 Cpp)²⁸. Informazione della quale rimane sfornito, tuttavia, l'imputato citato direttamente a giudizio ai sensi dell'art. 552 Cpp, carenza, però, ermeneuticamente emendabile mediante il combinato disposto degli artt. 549, 552 co. 1 e 2, 419 co. 1 e 7 Cpp.

In prospettiva di diritto transitorio, comunque, rispetto a tali considerazioni, vanno fatti salvi, ai sensi dell'art. 15-*bis* co. 1 l. 118/2014, i procedimenti già giunti alla pronuncia del dispositivo della sentenza di primo grado, al momento dell'entrata in vigore della l. 67/2014 – 17.5.2014 –, o nei quali, alla stessa data e ai sensi dell'art. 15-*bis* co. 2, l'imputato sia già stato dichiarato contumace e non sia stato emesso il decreto di irreperibilità, che proseguiranno con applicazione della ormai abrogata disciplina della contumacia.

4. Amputata di una delle ipotesi più significative, inoltre, la disciplina della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello. Scompare, infatti, l'imputato contumace e scompare conseguentemente con lui uno dei due casi di rinnovazione obbligatoria²⁹ (originariamente affiancata a quella relativa alla richiesta di acquisizione di mezzi di prova realmente nuovi, *ex art.* 603 co. 1 Cpp), svincolata dai limiti cognitivi che potrebbe incontrare un giudice d'appello che non sia «*in grado di decidere allo stato degli atti*» (art. 603 co. 1 Cpp) o che ritenga l'istruttoria «*assolutamente necessaria*» per la propria decisione (co. 3).

Una *chance* di rinnovazione istruttoria sempre meno soddisfacente dopo la prima tappa di avvicinamento normativo della disciplina del procedimento *in absentia* agli *standards* europei avutasi, quasi un decennio addietro, con la riforma della restituzione nel termine. Il capovolgimento in materia di onere della prova sulla meritevolezza della riattribuzione di un termine per proporre impugnazione od opposizione avverso una sentenza contumaciale o un decreto penale di condanna non conosciuti, frutto della novella del 2005 dell'art. 175 co. 2 Cpp³⁰, non

²⁸ In materia di avvertimento sul diritto alla presenza personale dopo l'imputazione, v. D. Negri, *op. cit.*, 208 ss.

²⁹ In termini di rinnovazione «dovuta» si esprime la *Rel. prog. prel. Cpp*, in *GU* 24.10.1988, n. 250, serie generale, Suppl. ord. 2, 132. Per la tradizionale classificazione delle ipotesi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello in facoltative, obbligatorie, a richiesta di parte o *ex officio*, v. E. Zappalà, *sub art. 603 Cpp*, in *Commento Chiavario*, VI, Torino 1991, 202; nonché, in chiave critica, A. Bargi, *La rinnovazione istruttoria in appello tra potere discrezionale del giudice e diritto alla prova*, in *DPP* 2004, 95 ss.

³⁰ V., *retro*, nt. 14.

aveva ricevuto adeguato supporto, infatti, attraverso un analogo cambio di piano prospettico in tema di richiesta di rinnovazione istruttoria in appello. Istituto, quest'ultimo, del tutto pretermesso dal panorama di un miope legislatore del 2005, non in grado di andare oltre un'immediata, ma limitata, soluzione tampone alle sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza europea e dimentico dell'esigenza di non mantenere ancora imbrigliato nell'obbligo di dover provare il caso fortuito o la forza maggiore (originario art. 603 co. 4 Cpp³¹) un contumace viceversa ormai liberato dai vincoli derivanti dall'analogo onere di provare l'effettiva e incolpevole non conoscenza del provvedimento da impugnare (art. 175 co. 2 Cpp, come riformato nel 2005)³².

Attraverso l'odierna riforma si valorizza, pertanto, il ruolo del dibattimento di primo grado quale fase d'elezione nella quale garantire il pieno esercizio del diritto di difendersi provando, rispetto all'eccezionalità degli spazi istruttori successivi³³, e si pone fine all'operatività di un insufficiente strumento solo parzialmente ripristinatorio, che rappresentava uno dei punti di maggiore debolezza dell'intera disciplina della contumacia, limitando la possibilità di esercizio del diritto alla prova esclusivamente nel giudizio di appello.

³¹ Era venuta meno, cioè, l'omogeneità fra la disciplina degli atti e quella dell'appello, originariamente voluta dai codificatori; cfr., in proposito, E. Zappalà, *op. cit.*, 206.

³² Cfr. S. Quattrocchio, *Il contumace cede la scena processuale all'assente*, cit., 8; nonché, già in sede di commento alla riforma del 2005, G. Garuti, *Nuove norme sulla restituzione nel termine per l'impugnazione di sentenze contumaciali e decreti di condanna*, in *DPP* 2005, 684; D. Negri, sub art. 1 d.l. 21.2.2005 n. 17, in *LP* 2005, 279 (che auspicava un intervento della Corte costituzionale tendente «a rimuovere gli ostacoli frapposti dall'art. 603 co. 4 Cpp al rinnovo dell'istruzione dibattimentale», o ancor meglio una «soluzione radicale che valorizzasse l'esigenza di effettiva conoscenza del processo sino a prevedere l'annullamento della decisione resa *in absentia*»); G. Frigo, *Un limitato aggiustamento normativo che svela le discrasie del rito "in assenza"*, in *GD* 2005 (18), 33. Per un accorto orientamento giurisprudenziale, tendente proprio a una lettura dell'art. 603 Cpp ermeneuticamente aggiornata all'intervento modifica dell'art. 175 Cpp, v. Cass. 16.4.2013, Voli, in *CEDCass*, m. 256703, con cui si riconosceva al «condannato in contumacia, restituito nel termine per l'impugnazione per non aver avuto conoscenza del procedimento, [il] diritto di ottenere la rinnovazione dell'istruzione in appello, non potendo valere nei suoi confronti le limitazioni per la rinnovazione medesima previste dall'art. 603 Cpp». Da rilevare, inoltre, come C. cost., ord. 9.5.2014 n. 149, in *GI* 2014, 1506, nota G. Garuti, *Jus superveniens e "nuovo" processo in assenza*, abbia disposto, per *jus superveniens*, la restituzione al giudice rimettente degli atti relativi alle questioni di legittimità costituzionale, «sollevate in riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 117 Cost, degli artt. 175, 178 co. 1 lett. c, 179 e 604 Cpp, laddove non prevedono che la mancata conoscenza del procedimento, da parte dell'imputato restituito nel termine per proporre impugnazione, determini la nullità della sentenza; nonché degli artt. 175 e 603 Cpp, nella parte in cui non consentono all'imputato, restituito nel termine per non aver avuto conoscenza del procedimento, di esercitare in modo pieno, in grado di appello, le facoltà di cui agli artt. 438, 444, 468, 491 e 555 Cpp».

³³ Sull'eccezionalità dell'istituto disciplinato nell'art. 603 Cpp, che rischia, se non debitamente circoscritto, di snaturare la funzione di strumento di controllo del giudizio di appello, v. F. Peroni, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, Padova 1995, 258; E. Zappalà, *op. cit.*, 201. Impostazione restrittiva rispetto alle richieste dell'imputato contumace era rinvenibile anche nella giurisprudenza di legittimità, che escludeva potesse esercitare il diritto alla prova in secondo grado un imputato che protraesse la propria situazione di contumacia anche in appello, evidenziando intenti di natura dilatoria, così Cass. 20.9.2005, Cascino, in *CEDCass*, m. 232321.

5. Se l'intera *ratio* dell'intervento novellistico si fonda sull'esigenza di garantire, a chi non manchi dal processo volontariamente, la piena integrità dei gradi di giudizio, alla scomparsa di un rimedio ripristinatorio, limitato alla non più soddisfacente rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello, doveva fare da necessario *pendant* la possibilità di riparare all'erronea celebrazione del giudizio *in absentia* mediante un riposizionamento ai blocchi di partenza del giudizio medesimo³⁴; opzione, questa, maggiormente funzionale a rendere la riforma in linea con le pressanti e ormai imprescindibili indicazioni provenienti dalla giurisprudenza europea³⁵, nonché già dalla Risoluzione n. 11(75) del 21.5.1975 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che, relativamente a *les critères à suivre dans la procédure de jugement en l'absence du prévenu*, prescrive, alla regola 8, che l'assente, se non citato regolarmente, deve essere messo nelle condizioni di ottenere l'annullamento del giudizio³⁶.

L'eliminazione di un comma (il 4°) dall'art. 603 Cpp è stata seguita, pertanto, dall'interpolazione dell'articolo successivo con un nuovo co. 5-*bis*. Ogniqualvolta si accerti che il giudizio si sia svolto in assenza dell'imputato per l'erronea applicazione delle previsioni che regolamentano gli eventuali suoi legittimi impedimenti a comparire (art. 420-*ter* Cpp) o la sospensione del processo per sua assenza (art. 420-*quater* Cpp) o qualora l'imputato possa provare³⁷ che la mancata partecipazione sia dipesa da ignoranza non colpevole³⁸ della celebrazione del processo di primo grado³⁹ – ipotesi, quest'ultima, che prescinde, in realtà, dal configurarsi

³⁴ Cfr. A. De Caro, *Processo in absentia e sospensione. Una primissima lettura della legge n. 67 del 2014*, in www.archiviopenale.it 2014 (3), 23; D. Chinnici, *La sospensione del processo e il rito degli irreperibili tra novità e ambiguità*, *ivi* 2014 (3), 9. Sull'alternativa, in caso di giudizi celebratisi senza che l'imputato ne sia consapevole, «tra due diverse opzioni normative: l'una di tipo preventivo/inibitorio [...], l'altra di tipo successivo/riparatorio», v. F. Caprioli, «Giusto processo» e rito degli irreperibili, in *LP* 2004, 588; nonché C. cost., sent. 399/1998. Sulla distinzione tra annullamento con rinvio in funzione restitutoria e annullamento con rinvio in funzione prosecutoria, v. E. Amodio, *Rinvio prosecutorio e «reformatio in peius»*, in *RDPr* 1976, 543.

³⁵ In termini di imprescindibilità di «*a fresh determination of the merits of the charge*», si esprimeva già C.eur., sent. 12.2.1985, *Colozza c. Italia*, cit.; nonché, successivamente, C.eur., sent. 10.11.2004, *Sejdovic c. Italia*, cit.; C.eur., sent. 16.10.2001, *Einhorn c. Francia*.

³⁶ Cfr. Risoluzione n. 11(75) del 21.5.1975 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, in *IP* 1976, 538, sulla quale v. P. Moscarini, *La contumacia*, cit., 223; G. Ubertis, *Dibattimento senza imputato e tutela del diritto di difesa*, Milano, 1984, 128 ss.; Id., *Il dibattimento senza imputato nella prospettiva internazionale*, *DPP* 1998, 768; D. Vignoli, *op. cit.*, 46 ss.

³⁷ «Nell'atto di impugnazione o comparendo personalmente a una udienza del giudizio d'appello da altri instaurato», S. Quattrocolo, *Il contumace cede la scena processuale all'assente*, cit., 5; cfr. P. Silvestri, *op. cit.*, 56.

³⁸ Si continua a parlare, in proposito, «di uno *standard* probatorio troppo elevato in capo all'imputato che si pretende incolpevolmente assente» (S. Quattrocolo, *Il contumace cede la scena processuale all'assente*, cit., 13), ai confini con una *probatio diabolica*, già conosciuta nella versione originaria degli artt. 175 co. 2 e 603 co. 4 Cpp, cfr. G. Garuti, *Jus superveniens e «nuovo» processo in assenza*, cit., 1509; P. Tonini, M. Ingenito, *op. cit.*, 185; nonché R. Ricchetti, L. Pistorelli, *Ipotesi tipizzate per la celebrazione del rito*, in *GD* 2014 (21), 98.

³⁹ «Una assoluta novità» rispetto alla disciplina sulla contumacia, così A. Diddi,

di vizi coinvolgenti i provvedimenti giurisdizionali, non derivando da un'erronea valutazione del giudice⁴⁰ –, gli atti ritorneranno nelle mani del giudice di primo grado, previa dichiarazione di nullità della sentenza appellata⁴¹.

In particolare, in caso d'inosservanza degli adempimenti oggi richiesti qualora l'imputato non si presenti in udienza si configura «quantomeno»⁴² una nullità generale a regime intermedio per violazione di disposizioni concernenti l'intervento dell'imputato (art. 178 co. 1 lett. c Cpp, rilevabile anche d'ufficio nei limiti di cui all'art. 180 Cpp)⁴³, coinvolgente atti dalla natura propulsiva, in grado di travolgere quelli consecutivi⁴⁴. Ipotesi che rientrerebbero, in realtà, già nel disposto del co. 4 dell'art. 604 Cpp⁴⁵, che richiama espressamente i casi in cui in appello si accerti «una delle nullità indicate nell'articolo 179, da cui sia derivata la nullità del provvedimento che dispone il giudizio o della sentenza di primo grado» o «una delle nullità indicate nell'articolo 180 che non sia stata sanata e da cui sia derivata la nullità del provvedimento che dispone il giudizio o della sentenza di primo grado»⁴⁶. La principale funzione della prima parte del nuovo co. 5-bis deve essere ricercata, pertanto, nelle esigenze di economia processuale insite nel rinviare gli atti non già «al giudice che

op. cit., 220. Sottolineata è stata, in proposito, l'ingiustificata asimmetria fra il più ampio co. 4 dell'art. 420-bis Cpp e il co. 5-bis dell'art. 604 Cpp, nel quale manca il riferimento al versare «nell'assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento e che la prova dell'impedimento è pervenuta con ritardo senza [...] colpa» dell'imputato, riferimento contenuto, invece, nell'ultima parte del citato co. 4 dell'art. 420-bis Cpp; cfr. M. Bargis, *Impugnazioni*, in *Compendio di procedura penale*⁷, a cura di G. Conso, V. Grevi e M. Bargis, Padova 2014, 1014; R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Processo sospeso se l'imputato è irrintracciabile*, cit., 103.

⁴⁰ Cfr. B. Nacar, *op. cit.*, 103.

⁴¹ Criticamente rispetto alla regressione in primo grado anche in assenza di nullità, v. G. Santalucia, *op. cit.*, 306 ss., che paventa il rischio di «fenomeni di c.d. abuso del processo», da parte di imputati, che pur nella possibilità, già nel corso del primo grado di giudizio, di dimostrare di non aver avuto conoscenza incolpevolmente del giudizio stesso, strumentalmente rimandino la lagnanza al momento dell'impugnazione della sentenza. A far da argine rispetto a tali eventualità sembra poter essere, tuttavia, una lettura dell'art. 604 co. 5-bis Cpp, che, valorizzando il riferimento in esso contenuto «ad una incolpevole conoscenza della celebrazione del processo di primo grado», conduca a non poter ritenere degne di tutela alcuna quelle posizioni rispetto alle quali fosse possibile dimostrare proprio un'intervenuta, pur se non secondo le corrette tempistiche normative, «conoscenza della celebrazione» del dibattimento.

⁴² M. Bargis, *op. cit.*, 1014.

⁴³ Cfr. S. Quattrocolo, *Il contumace cede la scena processuale all'assente*, cit., 5, nt. 9, che sottolinea come l'«incolpevole mancata conoscenza dell'atto di *vocatio in ius*» non sembri riconducibile all'omissione della stessa integrante nullità assoluta ai sensi dell'art. 179 Cpp; P. Silvestri, *op. cit.*, 56; nonché R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Ipotesi tipizzate per la celebrazione del rito*, cit., 97 s. Propende, invece, per l'equiparazione «alla omessa notificazione», B. Nacar, *op. cit.*, 105.

⁴⁴ Cfr. E. Zappalà, sub art. 604 Cpp, in *Commento Chiavario*, cit., 215.

⁴⁵ In tema di nuovo co. 5-bis dell'art. 604 Cpp e di sua relazione con il precedente co. 4, evidenzia come «rispetto a questa disciplina la previsione contenuta nel primo periodo del nuovo comma 5-bis può apparire in parte ripetitiva e, in parte, derogatoria», il *Dossier del Servizio Studi del Senato sull'A.S. n. 925, 110, 111, 113 e 666-A*, dicembre 2013 (89), 51.

⁴⁶ Cfr. G. Santalucia, *op. cit.*, 300 s.

procedeva quando si è verificata la nullità» (art. 604 co. 4 Cpp), ciò che avrebbe potuto spingere indietro fin all'udienza preliminare, sede destinata proprio agli adempimenti di garanzia di cui agli artt. 420-ter e 420-quater Cpp, bensì direttamente «*al giudice di primo grado»* (art. 604 co. 5-bis Cpp), inteso quale giudice del dibattimento di primo grado⁴⁷.

Esigenze di economia processuale che sembrano in grado di giustificare una deroga al principio generale, in tema di nullità, che postulerebbe la «*regressione del procedimento allo stato o al grado in cui sia stato compiuto l'atto nullo»* (art. 185 co. 3 Cpp), ciò che avrebbe imposto un rinvio degli atti al giudice dell'udienza preliminare, tenuto alle prescritte verifiche sulla posizione dell'imputato non comparso. La deviazione rispetto a una tale completa regressione del processo e l'attestarsi, invece, il rinvio degli atti al gradino del giudice del primo grado senza scivolamenti fino all'udienza preliminare può ben farsi rientrare, infatti, nell'ampia portata della clausola di salvezza posta a chiusura del co. 3 dell'art. 185 Cpp («*salvo che sia diversamente disposto»*). Clausola di salvezza la cui operatività viene riconosciuta, in genere, come circoscritta all'asfittico ambito della seconda parte dell'art. 604 co. 5 Cpp (in caso di nullità non sanate, altre rispetto a quelle dei commi precedenti, il giudice d'appello può, «*dichiarata la nullità, decidere nel merito, qualora riconosca che l'atto non fornisce elementi necessari al giudizio»*), limitata, cioè, esclusivamente all'alternativa prosecuzione del giudizio/sua regressione e non anche alla possibilità che regressione si abbia, ma non necessariamente estesa fino «*allo stato o al grado in cui è stato compiuto l'atto nullo»* (art. 185 co. 3 Cpp)⁴⁸. Se possono darsi ipotesi di mancata regressione (art. 604 co. 5 Cpp), non sembra incompatibile con la disciplina delle nullità e con gli equilibri della scomposizione del procedimento penale in differenti stati e gradi l'eventualità di regressioni tronche che non si spingano fino all'istante di compimento dell'atto viziato, ma si arrestino a momenti ad esso successivi⁴⁹.

Le scelte normative in materia di portata della regressione devono essere sempre ancorate, comunque, a un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco e potenzialmente in conflitto: da un lato, le esigenze di economia processuale e, dall'altro lato, la piena garanzia delle istanze difensive di chi sia stato ingiustamente privato della possibilità di prendere parte a un giudizio a suo carico ormai giunto in grado di appello. La rinuncia a una seconda verifica preventiva sull'accusa ad opera del giudice dell'udienza preliminare deve essere sottoposta, pertanto, alla prova di resistenza della compatibilità con le tripartite funzioni tradi-

⁴⁷ Manifesta «talune perplessità legate alla difficoltà di comprendere le ragioni» della scelta legislativa, B. Nacar, *op. cit.*, 102. Per un tentativo volto a consentire, comunque, regressioni in udienza preliminare, «osservando che il giudice dell'udienza preliminare è pur sempre un giudice del primo grado», v. G. Santalucia, *op. cit.*, 305, che evidenzia «un'infelice formulazione letterale, [...] che spett[a] all'interprete correggere» (302).

⁴⁸ Cfr. G. Santalucia, *op. cit.*, 302.

⁴⁹ Cfr. G. Santalucia, *op. cit.*, 303, che qualifica, invece, tale lettura come «non poco sorprendente».

zionalmente attribuite a tale fase, ovvero quelle di filtro per le imputazioni azzardate, spazio per una limitata istruzione probatoria e sede dove esercitare l'opzione verso *iter* alternativi di deflazione dibattimentale⁵⁰, il tutto, anche in questo caso, proprio all'interno «di una duplice *ratio*, di garanzia del diritto di difesa dell'imputato e, al tempo stesso, di economia processuale»⁵¹.

Nessuna delle prime due funzioni appena menzionate – verifica dell'accusa e integrazione probatoria – potrà dirsi ingiustamente negletta da una rinuncia alla ripetizione di un vaglio preliminare al nuovo dibattimento. Il controllo del giudice dell'udienza preliminare risponde, infatti, a esigenze di economia processuale nella concorrente prospettiva di un generale interesse collettivo all'inibire attività giurisdizionali inutili e di uno specifico interesse del singolo (per nulla in contrasto con quello della comunità dei consociati) di prevenzione rispetto agli altrettanto inutili costi umani che un dibattimento ingiustificato comporterebbe. Pretese tutte di certo scolorate quando il procedimento sia già transitato, pur se irrualmente orfano dell'imputato, da un completo giudizio di primo grado, approdando poi al grado d'appello, per ricollocare, infine, il soggetto proprio nella sede dibattimentale di piena esplicazione del diritto alla prova.

Per quel che riguarda, poi, la terza indicata funzione dell'udienza preliminare, riconnessa allo sviluppo di alternative procedurali di deflazione dibattimentale, il legislatore della riforma si è fatto carico di garantirne l'operatività mediante l'espresso riferimento all'applicabilità dell'art. 489 co. 2 Cpp, che consente la rimessione dell'imputato incolpevolmente assente dall'udienza preliminare «*nel termine per formulare le richieste*» di giudizio abbreviato (art. 438 Cpp) e applicazione della pena su richiesta delle parti (art. 444 Cpp)⁵². In tale combinato-disposto degli artt. 604 co. 5-*bis* e 489 co. 2 Cpp, il coinvolgimento della previsione dibattimentale sembra da riferirsi, tuttavia, esclusivamente alla sua strumentalità alla rimessione nel termine per la richiesta di riti speciali, senza che ne consegua necessariamente il recepimento del connesso onere probatorio in capo all'imputato di fornire «*la prova che l'assenza nel corso dell'udienza preliminare è riconducibile alle situazioni*» (art. 489 co. 2 Cpp) dipendenti da «*una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo*» o dall'«*assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento*», quando «*la prova dell'impedimento è pervenuta con ritardo senza sua colpa*» (art. 420-

⁵⁰ In termini generali sulle funzioni dell'udienza preliminare, v. E. Amodio, *L'udienza preliminare nel nuovo processo penale*, in CP 1988, 2172; O. Dominiononi, *Udienza preliminare*, in QuadCSM 1988 (20), 123; P. Ferrua, *Il ruolo del giudice nel controllo delle indagini e nell'udienza preliminare* (1989), in Id., *Studi sul processo penale*, I, Torino, 1990, 63 ss.; G. Lozzi, *L'udienza preliminare nel sistema processuale penale*, in *L'udienza preliminare*, atti del convegno dell'Aspp, Urbino, 20-22.9.1991, Milano 1992, 15 ss.; A. Molari, *Lineamenti e problemi dell'udienza preliminare*, in IP 1988, 487 ss.; M. Nobili, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna 1989, 131; G.D. Pisapia, *Riflessioni sull'udienza preliminare nel nuovo processo penale*, in ANPP 1991, 481.

⁵¹ Rel. prog. prel. Cpp, cit., 101.

⁵² Cfr. S. Quattrocchio, *Il contumace cede la scena processuale all'assente*, cit., 5.

bis co. 4 Cpp). Si tratta, infatti, di un onere probatorio, da un lato, difficilmente compatibile con il configurarsi delle nullità di cui alla prima parte dell'art. 604 co. 5-*bis* Cpp, che richiama previsioni autosufficienti in materia di espliciti parametri probatori relativi agli impedimenti a comparire dell'imputato; e, dall'altro lato, già autonomamente preso in considerazione nella seconda parte della disposizione, nel suo richiedere proprio che l'imputato «provi che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo di primo grado»⁵³; con un impegno dimostrativo in parte ridimensionato.

Appena il caso di sottolineare, infine, come anche le descritte ipotesi di annullamento della sentenza e di conseguente regressione del processo, analogamente a quanto è da dirsi per le altre disciplinate nel medesimo art. 604 Cpp, si realizzano «senza alcuna possibilità di vincoli derivanti dal divieto di *reformatio in peius* che opera in sede di appello»⁵⁴ e senza alcuna refluenza, nel giudizio in via di rinnovamento, del materiale probatorio acquisito in precedenza⁵⁵. E, in caso di giudizio cumulativo, l'annullamento e il conseguente rinvio non coinvolgono i coimputati regolarmente presenti al loro giudizio o ritualmente giudicati in assenza.

6. Alla previsione di nuove ipotesi di annullamento in appello con regressione al primo grado di giudizio è stato coerentemente affiancato l'ampliamento dei casi di annullamento con rinvio ad opera della Corte di cassazione, che «*dispone che gli atti siano trasmessi al giudice di primo grado*», non più solo quando sia annullata una sentenza per difetto di contestazione (artt. 522 e 604 co. 1 Cpp), ma anche nei casi previsti nell'art. 604 co. 4 e 5-*bis* Cpp (art. 623 co. 1 lett. *b* Cpp).

Se obbligato poteva dirsi il riferimento al nuovo co. 5-*bis* dell'art. 604 Cpp, non altrettanto quello ulteriore al precedente co. 4 della medesima disposizione. Il legislatore, tuttavia, ha ritenuto non più soddisfacenti le indicazioni rinvenibili in proposito nella Relazione al codice, ove poteva leggersi come fosse apparsa originariamente superflua ai *conditores*, «quanto al giudizio di cassazione, una apposita disciplina dell'annullamento con rinvio per le ipotesi di nullità [...] giacché la materia è regolata in via generale dall'art. 185»⁵⁶ co. 3 Cpp che, in tema di effetti derivati della dichiarazione di nullità, prevede «*la regressione del procedi-*

⁵³ Cfr., tuttavia, le diffusamente argomentate considerazioni critiche di G. Santalucia, *op. cit.*, 303 ss.

⁵⁴ Così, in merito all'originaria formulazione dell'art. 604 Cpp, E. Zappalà, sub art. 604 Cpp, cit., 215; nonché, in riferimento al giudizio di rinvio rispetto alla decisione del giudice di appello se il ricorso per cassazione è stato proposto dal solo imputato e prescindendosi dall'eventuale appello del pubblico ministero, CCass., S.U., 27.3.2014, C., n. 16208, in *CEDCass*, m. 258652; e già in precedenza Cass., S.U., 11.4.2006, Maddaloni, in *CP* 2006, 3134, nota G. Spangher, *Divieto della reformatio in peius o poteri del giudice di rinvio?*.

⁵⁵ Cfr., in materia di giudizio di rinvio dopo l'annullamento ad opera della Corte di cassazione (art. 627 c.p.p.), Cass. 17.1.1997, Tonini ed altri, in *GP*, 1998, III, 3, nota F. Zacchè, *Giudizio di rinvio e verbali dibattimentali*. V., in proposito, i timori espressi da E. A.A. Dei-Cas, *op. cit.*, 203.

⁵⁶ *Rel. prog. prel. Cpp*, cit., 136.

mento allo stato o al grado in cui è stato compiuto l'atto nullo». Ne era scaturita, infatti, una previsione nella quale quella dei *vitia in procedendo* appariva come un'«ipotesi quasi sommersa», mentre «i casi possibili sono tanti quante le nullità degli atti a funzione propulsiva o decisoria»⁵⁷. Nonostante le rassicuranti indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di legittimità, che riteneva doversi «disporre la trasmissione al primo giudice [...] nelle ipotesi di nullità indicate dai commi 1 e 4»⁵⁸ dell'art. 604 Cpp, è sembrato, comunque, opportuno cogliere l'occasione per fissare in maniera esplicita la regola di riconoscimento del giudice naturale in tutti i menzionati casi di accertata invalidità, con un intervento di puntualizzazione dei parametri di corretta individuazione del giudice *ad quem*, anche in ossequio a quanto disposto nella prima parte della dir. 19 art. 2 l. 16.2.1987 n. 81 di delega al Cpp: «*predeterminazione di criteri oggettivi di scelta del giudice in seguito a rinvio per annullamento*».

L'opzione legislativa di non limitare l'intervento sulla lett. *b* dell'art. 623 Cpp esclusivamente all'interno dei circoscritti confini coinvolgenti la materia del procedimento in assenza, estendendolo anche al riferimento al co. 4 dell'art. 604 Cpp, si rivela, tuttavia, non esente da asimmetria sistematica, stante la maggiore ampiezza del potere di regressione attribuito al giudice d'appello che, ogniquale volta accerti una delle nullità indicate nell'art. 178 Cpp, non sanate e produttive di effetti derivati, rinvierà «*gli atti al giudice che procedeva quando si è verificata la nullità*» (art. 604 co. 4 Cpp) e non, invece, «*al giudice di primo grado*», come statuisce l'analoga previsione sulle regressioni pronunciate in sede di legittimità (art. 623 lett. *b* Cpp), da intendersi riferita, in assenza di specificazioni, anche ai casi di «*nullità del provvedimento che dispone il giudizio*», oltre che della «*sentenza di primo grado*» (art. 604 co. 4 Cpp)⁵⁹.

Per quel che riguarda, poi, la modalità dell'intervento sul testo originario della lett. *b* dell'art. 623 Cpp, si è operato mediante il chirurgico inserimento del dato numerico relativo ai commi «*4 e 5-bis*», ciò che ha lasciato inalterato il riferimento immediatamente precedente ai «*casi*» previsti nell'art. 604 Cpp, facendo insorgere il dubbio che non paia «scontato ritenere che, a seguito dell'annullamento della sentenza da parte della Corte di cassazione, l'imputato possa, davanti al giudice di primo grado, chiedere un rito alternativo»⁶⁰, ai sensi dell'art. 489 co. 2 Cpp, espressamente richiamato nel nuovo art. 604 co. 5-*bis* Cpp. Nonostante una non impeccabile tecnica legislativa, non sembra, tuttavia, possa giustificarsi una differente estensione delle garanzie per l'imputato riammesso al giudizio di primo grado qualora provenga da un annullamento disposto già in sede d'appello ovvero successivamente in

⁵⁷ F. Cordero, *Procedura penale*⁹, Milano 2012, 1162.

⁵⁸ Cass. 28.11.2001, Muscas, in *CEDCass*, m. 221059; nonché Cass. 30.5.2013, in *CEDCass*, m. 256818; e, in precedenza, Cass., S.U., 11.4.2006, Maddaloni, cit., 3134; Cass. 10.2.1994, Albrizio, in *CP* 1995, 2182.

⁵⁹ Cfr. S. Quattrocchio, *Il contumace cede la scena processuale all'assente*, cit., 6, nt. 11.

⁶⁰ P. Silvestri, *op. cit.*, 58.

sede di legittimità, dovendo ritenersi, invece, sempre nuovamente fruibili i percorsi premiali di cui agli artt. 438 e 444 Cpp⁶¹. Una tale ricostruzione si rivela certo non in linea con l'orientamento giurisprudenziale che, in caso di annullamento con rinvio al giudice di primo grado, esclude che l'imputato venga rimesso in termini relativamente a istanze rispetto alle quali si sia già verificata una decadenza, come precisato proprio anche in materia di riti alternativi⁶². È la specificità del contesto nel quale s'inserisce la figura di un imputato assente giustificato dai precedenti gradi di giudizio a rendere, però, impropria la configurazione di reali ipotesi di decadenza nei suoi confronti⁶³, ciò che orienta, pertanto, verso una lettura del rinvio normativo all'art. 604 co. 5-*bis* Cpp come non meramente parziale.

L'innesto delle nuove ipotesi all'interno della preesistente lett. *b* dell'art. 623 Cpp consente, infine, di ricondurre anche a esse il costante orientamento giurisprudenziale che legge i puntuali riferimenti rinvenibili esclusivamente nelle due successive lettere della medesima norma come indicativi di una regola comune volta a inibire nel nuovo giudice l'eventuale forza della prevenzione naturalmente conseguente da una precedente decisione. Il giudizio di rinvio coinvolgente organi collegiali andrà assegnato, pertanto, a sezioni differenti o, qualora ciò non fosse possibile, ai giudici territorialmente più vicini (art. 623 lett. *c* Cpp) o, in caso di organi monocratici, a un «*giudice diverso da quello che ha pronunciato la sentenza annullata*» (art. 623 lett. *d* Cpp)⁶⁴. Il tutto nella logica generale dell'incompatibilità c.d. verticale – in senso sia ascendente (per quel che riguarda le impugnazioni) che discendente (nell'ambito del giudizio di rinvio a seguito di un annullamento) –, propria degli artt. 111 co. 2 Cost e 34 co. 1 Cpp, con i suoi variegati casi, che permea di sé ogni singolo snodo del procedimento, fin proprio alla fase del giudizio di rinvio⁶⁵.

⁶¹ Cfr. S. Quattrococo, *Il contumace cede la scena processuale all'assente*, cit., 6; P. Tonini, C. Conti, *Il tramonto della contumacia*, cit., 516; B. Nacar, *op. cit.*, 105.

⁶² Cfr. Cass. 28.4.2006, Campagnutta, in *RP* 2007, 561, in materia di procedimento innanzi al giudice di pace e istanza di oblazione facoltativa ex art. 162-*bis* Cpp; nonché E. Savio, *Le modifiche in materia di individuazione del giudice di rinvio*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 316 s.

⁶³ Per l'auspicio della previsione di una restituzione nel termine del contumace anche al fine di una richiesta di abbreviato e patteggiamento, cfr. G. Ubertis, *Come rendere giusto il processo senza imputato*, in *LP* 2004, 610 s.

⁶⁴ Cfr. E. Savio, *op. cit.*, 318; nonché, con riflessioni precedenti alla riforma, M. Bargis, *op. cit.*, 1051; G. Ciani, sub art. 623 Cpp, in *Commento Chiavario*, cit., 300 s.; P.P. Rivello, *L'incompatibilità del giudice penale*, Milano 1996, 240 s.; *contra* G. Barone, sub artt. 34-35 Cpp, in *Commentario Amodio-Dominioni del CPP*, I, Milano, 1989, 228. In materia v. anche B. Nacar, *op. cit.*, 101 s. Nella giurisprudenza di legittimità, v. già Cass. 2.4.1990, Zanolla, in *ANPP* 1990, 607.

⁶⁵ L'esigenza di garantire un giudizio di rinvio impregiudicato da precedenti decisioni è stata ribadita da C. cost., sent. 9.7.2013 n. 183, in *CP* 2013, 3920, osserv. E. Aprile, *Per la Consulta va ridefinito il regime delle incompatibilità del giudice del rinvio in caso di applicazione in executivis della disciplina della continuazione o del concorso formale*, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 34 co. 1 e 623 co. 1 lett. *a* Cpp, nella parte in cui non prevedono che possa partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento il giudice che ha pronunciato o concorso a pronunciare l'ordinanza annullata (in materia di accoglimento o rigetto della richiesta di applica-

L'immutato riferimento all'annullamento di «una sentenza di condanna», presente nel corpo dell'art. 623 lett. *b* Cpp anche dopo la – forse eccessivamente celere⁶⁶ – riforma, sembra escludere pretese, da parte di ricorrenti assenti giustificati dal merito del giudizio, volte ad aver riconosciuto il diritto alla rinnovazione del proprio processo anche quando si sia concluso con un proscioglimento e nell'auspicio del raggiungimento di formule maggiormente favorevoli. Eventualità che il legislatore ha, invece, così implicitamente relegato, con scelta poco convincente⁶⁷, nell'alveo della carenza d'interesse alla proposizione del ricorso⁶⁸.

Possibile deve ritenersi, inoltre, il ricorso per cassazione, *ex art.* 606 co. 1 lett. *c* Cpp, qualora a essere viziata sia stata non la celebrazione *in absentia* del primo grado, bensì solo quella del giudizio di appello; ne conseguono l'applicazione dell'art. 623 lett. *c* Cpp e il rinvio a un'altra sezione del giudice d'appello, con recupero dell'unico grado – il secondo – interessato dal vizio in materia di applicazione delle norme relative all'intervento dell'imputato.

7. Frutto di palese svista normativa è, infine, l'aver la novella in commento ignorato il procedimento innanzi al giudice di pace⁶⁹. E l'osservazione vale già a partire dalla disciplina della *vocatio in ius* da parte del pubblico ministero, la cui citazione a giudizio dell'imputato fa ancora riferimento al superato avvertimento che lo stesso «*non comparendo sarà giudicato in contumacia*» (art. 20 co. 2 lett. *d* d.lgs. 28.8.2000 n. 274), contenuto la cui mancanza o insufficienza rimane sanzionata a pena di nullità della citazione stessa (art. 20 co. 6 d.lgs. 274/2000) e che si ritrova anche nell'autorizzazione del pubblico ministero alla richiesta della polizia giudiziaria di presentare immediatamente a giudizio dinanzi al giudice di pace l'imputato in caso di flagranza di reato o prova evidente di reati procedibili d'ufficio (art. 20-*bis* co. 4 lett. *a* d.lgs. 274/2000) e nel decreto del giudice di pace di convocazione delle parti a seguito del ricorso immediato della persona offesa (art. 27 co. 3 lett. *b* d.lgs. 274/2000), pure in quest'ultimo caso con previsione il cui rispetto è prescritto a pena di nullità della convocazione (art. 27 co. 5 d.lgs. 274/2000). Si è di fronte, tuttavia, a una mancanza già riscontrata e analizzata a livello di normativa codicistica⁷⁰.

zione, in sede esecutiva, della disciplina del reato continuato e del concorso formale, ai sensi dell'art. 671 Cpp).

⁶⁶ Cfr. le considerazioni espresse da D. Negri, *L'imputato presente al processo*, cit., XII s.

⁶⁷ Cfr. S. Quattrocchio, *Il contumace cede la scena processuale all'assente*, cit., 6.

⁶⁸ In materia di interesse a ottenere una diversa formula di proscioglimento, v. S. Carnevale, *L'interesse ad impugnare nel processo penale*, Torino 2013, 178 ss.

⁶⁹ Analoga considerazione vale anche per il d.lgs. 8.6.2001 n. 231, *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle assicurazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*, il cui art. 41 continua a prevedere che «*L'ente che non si costituisce nel processo è dichiarato contumace*»; cfr. M. Bontempelli, *La contumacia dell'ente e il processo "in assenza"*, in *Il giudizio in assenza dell'imputato*, cit., 257 ss.

⁷⁰ V., retro, § 3.

Per quel che riguarda, invece, la materia delle impugnazioni – sempre nell'ambito del giudizio innanzi al giudice di pace –, a meritare le attenzioni del legislatore avrebbe dovuto essere l'annullamento della sentenza da parte del tribunale operante quale giudice di appello avverso le pronunce del giudice di pace. L'art. 39 co. 2 d.lgs. 274/2000 prevede già, infatti, che, così come per i «*casi previsti dall'articolo 604 del codice di procedura penale, il giudice dell'appello dispone l'annullamento della sentenza impugnata, disponendo la trasmissione degli atti al giudice di pace, anche quando l'imputato, contumace in primo grado*», possa giustificare la mancata comparizione, dimostrando il verificarsi di un caso fortuito o un'ipotesi di forza maggiore o una non colpevole mancata conoscenza del provvedimento di citazione a giudizio. A essere sfuggito all'attenzione del legislatore della novella è stato, cioè, proprio il primo prototipo di regressione del procedimento per assenza non volontaria dell'imputato, pur se dettato in ossequio alle «peculiarità del procedimento innanzi al giudice di pace e dei meccanismi conciliativi e di definizione alternativa»⁷¹ caratteristici di un procedimento che, come tutti quelli apparentemente minori (giudice di pace, minorenni, persone giuridiche), si pone quale importante fucina di significative sperimentazioni.

Si trattava, è vero, di un'ipotesi che si era rivelata ancora non del tutto coraggiosa rispetto all'ingombrante previsione della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello di cui all'allora vigente art. 603 co. 4 Cpp, che aveva impedito di abbandonare il pesante fardello di un gravoso onere della prova a carico dell'imputato meritevole di un ripristino di garanzie, ma costituiva certamente un non irrilevante trampolino verso il capovolgimento di prospettiva al quale si sarebbe giunti solo dopo poco meno di quindici anni con la novella in commento⁷².

Sul piano sistematico, tuttavia, il dimenticato riferimento alla contumacia nell'art. 39 co. 2 d.lgs. 274/2000 può considerarsi ormai privo di operatività per l'essere superato dall'immediatamente precedente menzione dei «*casi previsti dall'articolo 604 del codice di procedura penale*», oggi ampliati proprio con l'inserimento del nuovo co. 5-bis sull'assenza dell'imputato, caso anch'esso disciplinato mediante la previsione di un «*rinvio degli atti al giudice di primo grado*». Mentre non sembra che la sopravvivenza del procedimento contumaciale nello schema del giudizio innanzi al giudice di pace possa essere desumibile dalla clausola di specialità di cui all'art. 2 co. 1 d.lgs. 274/2000⁷³ sol per l'essere la contumacia ancora formalmente prevista dal decreto⁷⁴.

⁷¹ *Relazione al d.lgs. 28.8.2000 n. 274 «Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace»*, in *D&G* 2000 (31), 65. V. M. Bargis, *Impugnazioni*, in *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, a cura di G. Giostra e G. Illuminati, Torino, 2001, 319; V. Santoro, *Doppio binario sul regime delle impugnazioni*, in *GD* 2000 (38), 135.

⁷² Cfr. già D. Negri, *sub art. 1 d.l. 21.2.2005 n. 17*, cit., 279.

⁷³ Cfr. D. Vicoli, *Precedenti e fonti normative*, in *Il giudice di pace nella giurisdizione penale*, cit., 16 ss.

⁷⁴ Cfr. R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Processo sospeso se l'imputato è irrintracciabile*, cit., 104.

Un istituto nuovo ed uno vecchio: la rescissione del giudicato e la restituzione nel termine

Commento di PAOLA SPAGNOLO

SOMMARIO: 1. Il tassello mancante: il rimedio restitutorio. – 2. La natura di mezzo di impugnazione straordinario. – 3. I presupposti. – 4. Il procedimento. – 5. Le questioni aperte. – 6. La residua ipotesi di restituzione nel termine – 7. Profili di diritto intertemporale.

1. Il comma 5 dell'art. 11 della legge in commento inserisce l'ultimo tassello mancante alla disciplina della sospensione del processo nei confronti degli imputati irreperibili: l'introduzione di uno strumento giuridico interno volto ad ottenere la *restitutio in integrum* allorquando si sia formato il giudicato su una sentenza emessa all'esito di un processo del quale l'interessato non era a conoscenza. Abbandonata l'ottica del rimedio meramente riparatorio, quale sostanzialmente era la previsione della restituzione nel termine per impugnare, anche dopo le modifiche dovute al d.l. 21.2.2005, n. 17 (conv. in legge dalla l. 22.4.2005, n. 60), e percorsa la strada dei rimedi preventivi/inibitori¹, il legislatore, presumibilmente consapevole della fallacia umana, ha optato anche per la introduzione, sia in fase di impugnazione ordinaria sia dopo la formazione del giudicato, di rimedi restitutori². Questi ultimi consentono all'imputato che apprenda successivamente al processo di essere stato giudicato di ottenere che un «organo giurisdizionale si pronunci di nuovo, dopo averlo ascoltato, sulla fondatezza dell'accusa»³: attraverso l'annullamento o la revoca della sentenza l'imputato, nuovamente davanti al giudice di primo grado, potrà esercitare pienamente il contraddittorio e i suoi di-

¹ Le due strade, rimedi preventivi/inibitori e rimedi successivi/riparatori, erano già state indicate da C. cost. 399 del 1998. V. F. Caprioli, "Giusto processo" e rito degli irreperibili, in *LP* 2004, 589.

² Ritiene che l'introduzione degli strumenti restitutori in sede di impugnazione sia fondamentalmente in controtendenza con lo spirito della riforma: A. Diddi, *Novità in materia di impugnazioni e di restituito in integrum*, in *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di D. Vigoni, Torino 2014, 216, il quale critica la scelta del legislatore di non aver adottato una «linea di netta cesura con il tradizionale processo contumaciale».

³ Così si è espressa più volte la Corte europea dei diritti dell'uomo, v. tra le tante C. eur., 12.10.1992, *T. c. Italia*, § 28. La Corte, infatti, non ritiene di per sé incompatibile con il "giusto processo" il procedimento in contumacia o *par défaut*, tuttavia l'accusato ignaro del proprio processo deve potersi avvalere almeno di uno strumento restitutorio, ottenendo che un giudice decida nuovamente dopo averlo ascoltato.

ritti difensivi, anche quanto a scelta dei moduli procedurali. Il legislatore sembra così aver voluto colmare quello sfasamento tra restituzione nel termine per impugnare e suoi effetti, che caratterizzava la precedente disciplina e che era stato oggetto di aspre critiche in dottrina⁴. In base al previgente art. 175 Cpp, difatti, al contumace era consentita unicamente la proposizione dell'impugnazione⁵, sicché costui non otteneva un vero "nuovo processo", ma perdeva sempre quantomeno il primo grado di giudizio⁶ e, quindi, l'esercizio di tutte le facoltà ivi esercitabili (dalle integrazioni probatorie, alla scelta dei riti speciali di carattere premiale), finendo così per essere giudicato sulla scorta di prove raccolte precedentemente *reo absente*⁷. Rimesso in termini, l'imputato avrebbe potuto esercitare solo un contraddittorio imperfetto, in quanto depauperato del diritto alla prova, inteso come diritto all'ammissione, all'assunzione e alla corretta valutazione del materiale probatorio.

I suddetti evidenti *vulnera* all'attività autodifensiva dovrebbero oggi essere colmati e la disciplina risultare (finalmente) in linea con quanto richiesto dalla Corte europea⁸ e dal Comitato dei diritti dell'uomo⁹.

Peraltro, il nuovo rimedio *post iudicatum* sembra rilevare come adempimento degli obblighi internazionali sotto un altro profilo: esso costituisce il "ricorso" interno da esperire nelle ipotesi che legittimerebbero l'interessato a rivolgersi alla Corte europea per denunciare la viola-

⁴ Tra i tanti: M. Chiavario, *Una riforma inevitabile: ma basterà*, in LP 2005, 258; L. Filippi, *Rito contumaciale: quale «equo processo»?», in CP 2005, 2202; G. Frigo, *Un limitato aggiustamento normativo che svela le discrasie del rito in assenza*, in GD 2005 (18), 22; G. Garuti, *Nuove norme sulla restituzione nel termine per l'impugnazione delle sentenze contumaciali e dei decreti penali di condanna*, in DPP 2005, 688; G. Lattanzi, *Costretti dalla Corte di Strasburgo*, in CP 2005, 1130; D. Negri, *Commento all'art. 1 l. n. 60 del 2005*, in LP 2005, 269. Per un'ampia ed esaustiva analisi di tutte le questioni legate alla previgente disciplina della contumacia, anche in relazione alle diverse pronunce della Corte europea, v.: D. Negri, *L'imputato presente al processo: una ricostruzione sistematica*, Torino 2014.*

⁵ Giova ricordare che la Corte costituzionale, con la sent. 317/2009, aveva accolto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 175 co. 2 c.p.p., in riferimento agli artt. 24, 111 co. 1 e 117 Cost., nella parte in cui «preclude la restituzione nel termine per presentare impugnazione quando quest'ultima sia stata già proposta dal difensore d'ufficio». Per un commento alla pronuncia v., volendo, P. Spagnolo, *Consumazione del diritto all'impugnazione e diritto all'autodifesa del contumace*, in LP 2010, 29 ss.

⁶ G. Ubertis, *Contumaci doppia restituzione in termini*, ora in Id., *Argomenti di procedura penale*, II, Milano 2006, 216, riteneva in contrasto con gli artt. 3 e 24 co. 2 Cost. privare un accusato incolpevolmente contumace dell'intervento ad un grado di giudizio in relazione agli stessi reati per i quali sia generalmente riconosciuto dall'ordinamento il diritto ad un doppio grado di giurisdizione di merito.

⁷ Sottolineava questo aspetto, tra gli altri, P. Moscarini, *Il giudizio in absentia nell'ottica delle giurisdizioni internazionali ed in una recente legge italiana*, in RIDPP 2005, 586.

⁸ V., tra le tante, C. eur., 10.11.2004, *Sejdovic c. Italia*, in CP 2005, 987, con nota di A. Tamietti, *Processo contumaciale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: la Corte di Strasburgo sollecita l'Italia ad adottare riforme legislative*; C. eur., 18.5.2004, *Somogyi c. Italia*; C. eur., 16.10.2001, *Einhorn c. Francia*.

⁹ Comit. Dir. uomo, 27.7.1999, *Malaki c. Italia*, in CP 2000, 2487.

zione dell'art. 6 Cedu *sub specie* di diritto alla partecipazione personale. Infatti, l'interessato che si ritenga vittima della suddetta violazione dovrà esperire il rimedio di cui all'art. 625-ter Cpp prima di potersi rivolgere alla Corte europea¹⁰, il che, oltre a essere funzionale a prevenire ulteriori condanne in sede internazionale, appare idoneo strumento di attuazione di quanto previsto dall'art. 13 Cedu.

Infine, la previsione in esame vorrebbe porsi in linea con la Risoluzione (75) 11 del Consiglio d'Europa sui criteri da seguire nel giudizio in assenza dell'imputato¹¹. In tale atto internazionale, difatti, si afferma che nessuno può essere sottoposto a giudizio se non è stato in precedenza effettivamente raggiunto da una citazione, trasmessagli in tempo utile per consentirgli di comparire e preparare la sua difesa, mentre il diritto di essere nuovamente giudicati spetta a chi, regolarmente citato – ossia, nell'ottica della risoluzione, raggiunto effettivamente dalla citazione¹² – non sia comparso, laddove provi che la sua assenza e il fatto di non aver potuto avvertire tempestivamente il giudice siano dovuti a cause indipendenti dalla sua volontà.

2. L'istituto in discorso costituisce un inedito nel nostro sistema e, probabilmente, è la vera novità della riforma in materia di sospensione del processo. Il concetto di assente e la relativa sospensione, infatti, pur costituendo una innovazione per il sistema processuale, non sono previsioni inedite, in quanto facilmente trovano la loro ascendenza nella sospensione del processo per incapacità dell'imputato¹³. L'istituto in esame, invece, costituisce il vero *novum* della riforma che, perseguendo una linea in via di consolidamento, vede la progressiva erosione della stabilità connessa al concetto di *res iudicata*. Questo inedito «rimedio di

¹⁰ Nonostante un accenno in tal senso nella relazione (sul punto cfr. S. Quattrocchio, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona*, in *DPCont.* 2/52014, 101), il rimedio in esame rimane autonomo e diverso dalla c.d. revisione europea e non potrà servire per dare diretta esecuzione alle sentenze accertative di violazione da parte della Corte europea: la revisione europea presuppone la sentenza della Corte europea, il rimedio in esame, invece, costituisce l'esperimento delle vie interne. Pur se si è affermato che «il rimedio si inserisce, a mo' di epilogo, nel solco del lungo e complesso travaglio esegetico volto a reperire uno strumento straordinario volto a dare attuazione alle sentenze di condanna pronunciate dalla Corte europea» (P. Tonini, C. Conti, *Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole"*, in *DPP* 2014, 517) vanno sul punto condivise le critiche espresse da M. Bargis, *La rescissione del giudicato ex art. 625-ter: un istituto da riveditare*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16.1.2014, 3.

¹¹ La Risoluzione si può leggere in *IP* 1976, 539-539.

¹² Su quanto la nuova disciplina riesca a far sì che l'imputato sia raggiunto «effettivamente» da una citazione, invero, possono nutrirsi dubbi.

¹³ Questo era, infatti, l'archetipo già proposto in dottrina: M. Chiavario, *Una riforma inevitabile, ma basterà*, cit., 257; F. Caprioli, *op. cit.*, 593; G. Ubertis, *Contumaci doppia restituzione in termini*, cit., 217. La via era stata anche tentata attraverso la proposizione di un incidente di costituzionalità sollevato da T. Pinerolo 31.1.2006, D.V., in *CP* 2006, 2945 (con nota di S. Quattrocchio, *Sospensione del processo e imputato irreperibile*), questione, però, dichiarata non fondata da C. cost. 117/2007, in *CP* 2007, 3661.

natura straordinaria»¹⁴ è stato denominato dal legislatore «rescissione del giudicato».

Nel linguaggio comune, rescindere significa distruggere, disgregare; nel linguaggio processual-penalistico, invece, il termine «rescissione» appare nuovo per il lessico codicistico¹⁵, tanto che i primi commentatori hanno evocato categorie civilistiche, proprie della contrattualistica¹⁶.

L'estraneità al lessico del codice e alcune delle caratteristiche del rimedio – su cui ci si soffermerà – lo renderebbero poi discutibilmente omologabile ad un mezzo di impugnazione¹⁷, sì da configurare un rimedio *sui generis* il cui *ubi consistam* sarebbe quello tipico dell'incidente di esecuzione¹⁸.

Tuttavia il concetto di rescissione non sembra così estraneo alla dottrina processual-penalistica, appartenendo piuttosto alla teoria generale degli atti. Nella categoria dei rimedi giuridici generali – nella quale rientrano le impugnazioni – la rescissione viene indicata come lo strumento volto a sostituire con un atto conforme a giustizia un atto giuridico valido ma ingiusto. Essa, quindi, si distinguerebbe dall'annullamento, con il quale ha in comune l'effetto, ma non la causa. In entrambi i casi, infatti, l'atto viene meno, ma mentre l'annullamento riguarda l'atto imperfetto, la rescissione colpisce l'atto malgrado la sua perfezione. In altri termini, mentre l'annullamento attiene ad una sentenza invalida, ma potenzialmente giusta, la rescissione riguarda un atto valido ma potenzialmente "ingiusto"¹⁹.

La rescissione si incentra sull'opposizione della parte che subisce l'ingiustizia dell'atto (non potendo essere lasciata alla potestà o all'"iniziativa" del giudice): a quest'opposizione può darsi il nome di impugnazione, ossia di strumento volto ad ottenere la modificazione di una

¹⁴ L. Scomparin, *Art. 625-ter*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso, G. Illuminati, Cedam, 2014, 2788

¹⁵ M. Bargis, *Impugnazioni*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso, V. Grevi e M. Bargis, Padova, 2014, 1060.

¹⁶ Con questo rimedio, infatti, il legislatore avrebbe voluto attribuire all'interessato un'azione volta a togliere efficacia ad una sentenza che, alla stregua di un contratto, appaia geneticamente viziata dalla mancata conoscenza del processo da parte di colui che lo patisce: F. Alonzi, *Irreperibilità dell'imputato e sospensione del processo*, in *Il libro dell'anno Treccani*, Roma 2014, 588. Parla di termine estraneo alla "topomastica" processuale: S. Quattrocchio, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona*, cit., 101.

¹⁷ A. Diddi, *op. cit.*, 226.

¹⁸ G. Ranaldi, *La rescissione del giudicato alle Sezioni unite "anche al fine di prevenire possibili contrasti giurisprudenziali"*, in *AP on line* 2/2014, 4; per ulteriori considerazioni sull'opportunità di attribuire il rimedio in discorso al giudice dell'esecuzione: v. B. Nacar, *Il processo in absentia tra fonti internazionali, disciplina codicistica e recenti interventi riformatori*, Padova 2014, 110; lo costruisce come un ricorso diretto in cassazione: A. De Caro, *Processo in absentia e sospensione. Una primissima lettura della legge n. 67 del 2014*, in *AP on line*, 3/2014, 23. Lo ritiene strumento «stravagante»: G. Garuti, *Jus superveniens e "nuovo" processo in assenza*, in *GI* 2014, 1507.

¹⁹ F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, III, Roma 1947, 162.

situazione giuridica pregiudizievole perché ingiusta²⁰. L'effetto, determinato dall'accoglimento dell'impugnazione, è la revoca del provvedimento; revoca logicamente pensabile solo con riferimento ad un atto valido e che produce effetti.

Inteso in questa accezione, non appare poi così eccentrico il termine rescissione per inquadrare il rimedio in esame tra le impugnazioni: l'interessato propone l'impugnazione avverso un provvedimento valido (non può far valere con tale strumento un vizio nell'applicazione della disciplina di legge), che produce effetti (ossia l'esecuzione penale), ma per lui in tesi pregiudizievole. La sua opposizione è diretta ad ottenere la revoca del provvedimento ingiusto per ottenerne uno giusto.

Si tratta, quindi, come peraltro riconosciuto anche in giurisprudenza²¹, di un mezzo di impugnazione straordinario, sia pure *sui generis*²². Come le impugnazioni straordinarie, infatti, può essere esperito avverso una sentenza già passata in giudicato, ma come l'impugnazione ordinaria – nonché l'altro ibrido costituito dal ricorso straordinario per errore di fatto – entro un termine perentorio. Rispetto alle altre impugnazioni straordinarie o ritenute tali, quale la revisione o il ricorso straordinario per cassazione, qui lo scopo è “eliminare” una sentenza che, benché conforme alle regole del processo, risulti potenzialmente ingiusta, essendo carente il primo presupposto del processo, ossia la conoscenza della sua pendenza. La rescissione, quindi, si colloca nella prospettiva dell'equità del processo²³: quando la mancata conoscenza è incolpevole il *fair trial* impone di rendere possibile la ricelebrazione del processo, anche se si è formato il giudicato. Per questo motivo è lo strumento principe per far valere, anche di fronte al giudicato, la violazione dell'art. 6 Cedu sotto il profilo della partecipazione al processo, già prima di una pronuncia accertativa della Corte europea.

Similmente alle impugnazioni straordinarie, poi, attraverso questo strumento non può farsi valere un vizio nell'applicazione della normativa – lo scopo infatti non è l'accertamento di un'invalidità, inteso all'annullamento – vizio che risulterebbe coperto e sanato dal giudicato, ma una valutazione *ex post* che smentisca quella compiuta *ex ante* in ordine alla certezza della conoscenza: si sconfessa l'equiparazione tra presunzione legale e conoscenza istituita dall'art. 420-*bis* co. 2 Cpp.

A differenza, però, di altre impugnazioni straordinarie qui vi è un iato tra fase rescindente e fase rescissoria. Nella revisione, infatti, come

²⁰ G. Petrella, *Le impugnazioni nel processo penale*, I *Le discipline generali*, Milano 1965, 4.

²¹ V. al riguardo Cass., S.U., 17.7.2014, Burba, in *GD* 2014 (40), 22, con nota di R. Bricchetti, *Per i giudizi in contumacia anteriori alla riforma vale la disciplina sulla restituzione nel termine* e in www.penalecontemporaneo.it, 17.12.2014, con nota di J. Della Torre, *Le Sezioni unite sulla rescissione del giudicato: nonostante i primi chiarimenti l'istituto rimane problematico*.

²² Cfr. M. Bargis, *La rescissione del giudicato*, cit., 6.

²³ Riconduce la rescissione all'equità del processo anche: S. Chimichi, *Art. 625-ter: la rescissione del giudicato*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di C. Conti, A. Marandola, G. Varraso, Padova 2014, 325.

è noto, le due fasi si svolgono dinanzi allo stesso giudice, ossia la corte di appello; *idem* quanto al giudizio sul ricorso straordinario per cassazione dove, come affermato dalla giurisprudenza, sono pensabili ed individuabili due diverse fasi, la rescindente e la rescissoria, la seconda delle quali si apre però soltanto una volta superato il vaglio di ammissibilità del ricorso²⁴. Nel nostro caso, invece, manca il giudizio rescissorio della Corte di cassazione, che si deve solo limitare, riscontrata la plausibilità della dedotta lesione, a revocare la sentenza e trasmettere gli atti al giudice di primo grado, sì che, più correttamente, si può parlare di regressione²⁵. Qui non c'è alcuna prosecuzione del giudizio: travolto il giudicato, il processo va instaurato *ab initio*²⁶.

Del resto, la presenza dell'imputato al processo che lo vede coinvolto è condizione imprescindibile, oltre che per garantirgli la difesa personale e tecnica, per dare dignità e credibilità al giudizio²⁷: l'intervento dell'interessato è «valutato oltre che come fattore di garanzia, anche nel suo significato euristico di presupposto di un contraddittorio integrale e, quindi, di un esito processuale attendibile»²⁸. Una procedura non dialettica di accertamento dei fatti, dovuta ad una mancata conoscenza del processo, non costituisce – anche nell'ottica costituzionale – esercizio attendibile della giurisdizione penale²⁹, sicché l'assente ignaro ha diritto di ottenere quel processo nel contraddittorio tra le parti conforme alla nozione di giusto processo ricavabile dall'art. 111 Cost.

3. L'inquadramento del rimedio tra i mezzi di impugnazione consente di delinearne la disciplina, invero solo abbozzata dal legislatore³⁰.

I soggetti legittimati sono il condannato o il sottoposto a misura di sicurezza con sentenza passata in giudicato (quindi anche l'eventuale prosciolto), nei cui confronti si sia proceduto in assenza durante tutto il corso del processo, qualora il legittimato provi che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo.

La prima considerazione che si può svolgere è che il giudicato sarà travolto solo se il soggetto sta subendo gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla sentenza pronunciata in sua assenza: il termine perentorio per la proposizione della richiesta e l'individuazione dei legittimati

²⁴ Cass., S.U., 27.3.2002, De Lorenzo, in *ANPP* 2002, 2616; Cass., S.U. 27.3.2002, Basile, *ibidem* 708.

²⁵ S. Chimichi, *op. cit.*, 326.

²⁶ In questi termini, Cass., S.U., 17.7.2014, Burba, *cit.*

²⁷ G. Lattanzi, *Spunti critici sulla disciplina del processo contumaciale*, in *LP* 2004, 596. V. al riguardo anche le considerazioni di D. Negri, *L'imputato presente al processo*, *cit.*, 51 e ss.

²⁸ P. Moscarini, *La contumacia dell'imputato*, Milano 1997, 220.

²⁹ F. Caprioli, *"Giusto processo" e rito degli irreperibili*, *cit.*, 589.

³⁰ Parla della disciplina dell'art. 625-ter Cpp come di un "canovaccio" prendendo a prestito il termine della commedia dell'arte italiana: F. Alonzi, *Il punto delle Sezioni unite su un istituto dai contorni eccessivamente fluidi: la rescissione del giudicato*, in corso di pubblicazione su *DPP* 2015.

escludono che l'istanza possa essere proposta dal soggetto assolto o prosciolto senza applicazione di misure di sicurezza e rendono arduo immaginare una estinzione della pena³¹. Si potrebbe discutere sull'opportunità di consentire anche al prosciolto la possibilità di presentare la richiesta di rescissione, nel presupposto appunto che un processo giusto necessita della presenza fisica del soggetto: ad esempio la sua partecipazione avrebbe potuto determinare una assoluzione e non un mero proscioglimento; o, ancora, l'interessato potrebbe voler rinunciare alla prescrizione per ottenere l'assoluzione nel merito³². Se, per un verso, non vi sono dubbi che, in questi casi, sussista l'interesse a proporre una impugnazione ordinaria, come affermato anche dalla Corte costituzionale, per altro verso la formazione del giudicato e la considerazione che non permangono effetti pregiudizievoli potrebbe far andare esente da critiche la scelta legislativa di escludere la legittimazione del prosciolto. Peraltro, la tutela costituzionale del prosciolto, ricavabile dall'art. 27 Cost., sembra ostare alla possibilità di una revoca del giudicato funzionale all'instaurazione *ab initio* di un processo che ben potrebbe concludersi con una pronuncia di condanna³³.

L'ulteriore condizione per l'esperimento del rimedio è che, nei confronti del soggetto che sta ancora subendo gli effetti pregiudizievoli della pronuncia, si sia proceduto in assenza durante tutto il corso del processo, qualora il legittimato provi che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo. Il riferimento è alle composite nuove fattispecie di assenza inserite nell'art. 420-bis Cpp, che traggono la conoscenza effettiva del processo da ipotesi di mera conoscenza presunta del processo per consapevolezza, vera o presunta, del procedimento.

Come è intuitivo i maggiori problemi si verificheranno nelle ipotesi di conoscenza presunta del processo, in quanto, ad esempio, qualora l'interessato abbia espressamente rinunciato a comparire, manifestando esplicitamente la volontà di non partecipare, ha egli stesso fornito la prova della contezza dell'esistenza del processo.

Diversamente, invece, in tutti i casi in cui la consapevolezza del processo – cui è ancorata la legittimazione – derivi dalla conoscenza, certa o

³¹ Peraltro, anche in caso di estinzione della pena, a rigore la condanna sussiste.

³² Cfr. B. Nacar, *op. cit.*, 110, che propende per consentire la rescissione anche in caso di proscioglimento. Fanno notare come la restituzione nel termine per impugnare fosse presentabile anche dal prosciolto: M. Bargis, *Impugnazioni*, cit., 1060 e F. Caprioli, *Indagini preliminari e udienza preliminari*, in *Compendio di procedura penale*, cit., 667. Per una compiuta analisi dell'interesse ad impugnare v. S. Carnevale, *L'interesse ad impugnare nel processo penale*, Torino 2013, *passim*.

³³ Lo scopo dell'impugnazione, infatti, non è la tutela dell'innocente (scopo proprio della revisione), ma il riconoscimento del diritto alla partecipazione. Trattandosi inoltre di una regressione non sembra possa operare il divieto di *reformatio in peius*. Va notato, *ad abundantiam*, che le ipotesi di revoca della sentenza di proscioglimento, previste dall'art. 673 co. 2 Cpp presuppongono l'abrogazione o la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, e mai possono determinare una condanna del prosciolto.

presunta, del procedimento. Qui gli spazi per fornire la prova della mancata conoscenza, sia pur angusti, sono immaginabili. L'ambito della rescissione, allora, sarà quello delle forme presunte di cognizione, tutte ipotesi in cui, avendo il legislatore introdotto *a priori* la divaricazione tra realtà presunta e realtà effettiva, c'è l'astratta possibilità di fornire *a posteriori* la prova dell'incolpevole mancata conoscenza del processo³⁴.

Si evidenzia così come in questa prova sia il reale fulcro della disposizione: con il suo limite sostanziale – ossia, tutela il diritto alla partecipazione solo di chi non si sia colpevolmente disinteressato del processo – e il suo limite processuale – perché propone il tema dell'onere della prova³⁵.

Poiché qui il riferimento è alla celebrazione del processo, non basta che risulti conosciuto un momento qualsiasi del procedimento, magari lontano nel tempo e non sintomatico di un avvenuto esercizio dell'azione penale³⁶. Ciò offre – per così dire – una ulteriore *chance* all'imputato: anche nei casi di equiparazione tra conoscenza del processo e conoscenza del procedimento, il soggetto ha la possibilità di giustificare con la mancata conoscenza del processo il proprio comportamento³⁷. Si afferma, infatti, che potrà vedere accolta la propria richiesta *ex art. 625-ter Cpp* l'imputato che risulti essere stato effettivamente a conoscenza del procedimento a suo carico, ma dimostri di non aver avuto poi – senza colpa – l'effettiva conoscenza di alcun atto del processo, a partire dall'avviso di fissazione dell'udienza preliminare o del decreto di citazione diretta a giudizio³⁸. Ciò conferma che, con la rescissione, non si fa valere una invalidità della pronuncia: il rimedio sarà esperito quando l'imputato sia stato giudicato *in absentia* del tutto legittimamente, perché non si postula una patologia processuale.

Questa conclusione ha portato anche taluno ad evidenziare come gli ambiti di applicabilità dei rimedi preventivi (la sospensione del processo) e di quelli restitutori (essenzialmente la rescissione) non coincidano: «in via preventiva l'ordinamento accetta il rischio che il soggetto nei cui confronti si procede non abbia avuto conoscenza effettiva dell'atto di *vocatio in iudicium*; in sede restitutoria, è invece sufficiente tale

³⁴ In questo senso anche S. Chimichi, *op. cit.*, 328 e la *Relazione a cura del Massimario della Corte di cassazione n. III.7.2014, Parte II, Le nuove disposizioni in materia di processo "in assenza" dell'imputato*, a cura di P. Silvestri, 45.

³⁵ S. Chimichi, *op. cit.*, 328.

³⁶ Si pensi ad una richiesta di proroga delle indagini preliminari, il procedimento ben si sarebbe potuto concludere con una archiviazione di cui, ai sensi dell'art. 409 Cpp, il soggetto, che non ha subito la restrizione della libertà personale, non è neanche avvisato. Cfr., per ulteriori esemplificazioni: S. Chimichi, *op. cit.*, 329, nt. 23; R. Magi, *La rinunzia tacita e la volontaria sottrazione: brevi riflessioni sulla distinzione tra conoscenza del procedimento e conoscenza del processo*, in *www.questionegiustizia.it*, 18.6.2014; la *Relazione a cura del Massimario della Corte di cassazione n. III.7.2014*, cit., 44.

³⁷ Ritiene che potrebbe essere imputabile al soggetto anche la mancata conoscenza della celebrazione del processo agevolata dalla negligenza: S. Chimichi, *op. cit.*, 330

³⁸ F. Caprioli, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., 667.

mancata conoscenza (incolpevole) perché l'attività processuale svolta a carico dell'assente debba essere rinnovata»³⁹. Tuttavia, potrebbe anche sostenersi che in via preventiva l'ordinamento fa di tutto per evitare di processare in assenza chi non sia informato, riconoscendo poteri officiosi al giudice, dai quali sorge, poi, il gravoso onere dell'imputato di fornire la prova della sua mancata incolpevole conoscenza del processo. Quest'onere, infatti, si giustificerebbe alla luce dei maggiori doveri che attualmente incombono sul giudice, sia in primo sia in secondo grado, nella verifica della mancata conoscenza da parte dell'imputato dello svolgimento del processo⁴⁰. Detto in altri termini, quest'onere probatorio sarebbe il contraltare dei notevoli poteri d'ufficio del giudice nella verifica della conoscenza del processo: più sono forti i doveri di controllo del giudice, più si restringono gli ambiti di prova della mancata conoscenza per l'interessato.

Seppure ragionevole, la previsione di quest'onere probatorio – che molte volte si risolverà in una pretesa di *probatio diabolica* – rischia di esporre nuovamente l'attuale disciplina alla censura della Corte europea⁴¹. Ad avviso del giudice di Strasburgo, infatti, affinché la disciplina sia conforme alla giurisprudenza europea occorre che l'assente incolpevole possa «*obtenir ultérieurement qu'une juridiction statue à nouveau, après l'avoir entendu, sur le bien-fondé de l'accusation en fait comme en droit*»; tale domanda deve garantire «*avec un degré suffisant de certitude, la possibilité d'être présent et de se défendre au recours d'un nouveau procès*»⁴². Questo grado di certezza può essere posto nel nulla qualora l'onere probatorio sia eccessivamente gravoso.

Già la Grand Chambre aveva evidenziato come l'onere probatorio dell'art. 175 Cpp, nella versione precedente alla riforma del 2005, costituisca uno dei difetti strutturali dell'allora vigente normativa⁴³, e anche successivamente altre sezioni della stessa Corte avevano avuto modo di sottolineare come l'onere della prova sull'intenzione dell'imputato non

³⁹ In questi termini: F. Caprioli, *op. ult. cit.*, 668, secondo il quale «alquanto discutibilmente» in due ambiti non coincidono.

⁴⁰ In questo senso Cass., S.U., 17.7.2014, Burba, cit. Del resto, nella previsione dell'art. 604 co. 5-bis Cpp il controllo sulla mancata conoscenza è compiuto d'ufficio.

⁴¹ Unanimità sul punto tutti i commentatori, tra i quali: F. Alonzi, *Il punto delle Sezioni unite su un istituto dai contorni eccessivamente fluidi: la rescissione del giudicato*, cit.; F. Caprioli, *op. ult. cit.*, 667-668; A. Diddi, *op. cit.*, 234; B. Nacar, *op. cit.*, 113; S. Quattrocolo, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona*, cit., 105; P. Tonini, C. Conti, *Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole"*, cit., 517-518. Una posizione diversa è espressa da S. Chimichi, *op. cit.*, 331.

⁴² C. eur. (dec.), 25.11.2008, *Dorigo c. Italia*.

⁴³ C. eur. GC 1.3.2006, *Sejdovic c. Italia*, § 103: «il ricorrente avrebbe incontrato serie difficoltà a soddisfare una delle due condizioni preliminari alla concessione della remissione in termini, vale a dire provare che non aveva volontariamente rifiutato di prendere conoscenza degli atti del procedimento e che non aveva tentato di sottrarsi alla giustizia. Inoltre, la Corte ha constatato che poteva esservi incertezza sulla ripartizione dell'onere della prova di tale condizione preliminare. Dubbi esistono dunque sul rispetto del diritto del ricorrente di non essere obbligato a provare che non intendeva sottrarsi alla giustizia».

comparso di sottrarsi alla giustizia o che la sua assenza non dipenda da cause di forza maggiore non possa gravare sullo stesso, sicché in caso di contestazione non manifestamente infondata sulla conoscenza della data del processo, è compito delle autorità interne procedere agli accertamenti necessari⁴⁴.

Su come la giurisprudenza interpreterà quest'onere probatorio si giocherà la tenuta della riforma legislativa. Per ora le Sezioni unite, investite per la «speciale importanza» delle questioni da affrontare, hanno parlato, in un *obiter*, di onere a carico del soggetto, ribadendo la differenza di dizione rispetto al testo dell'art. 175 Cpp *post* riforma del 2005, ma nel consentire alla Corte degli accertamenti ulteriori sembrano evocare più un onere di allegazione⁴⁵.

Un altro punto è poi lasciato all'interpretazione giurisprudenziale. Come si è fatto notare, nell'art. 625-*ter* Cpp, nonché nell'art. 604 co. 5-*bis* Cpp, manca il riferimento alla possibilità di richiedere la rescissione (o l'annullamento della sentenza di primo grado) quando il condannato dimostri che versava nell'assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento e che la prova di tale impedimento è pervenuta con ritardo senza sua colpa, ipotesi invece presa espressamente in considerazione dall'art. 420-*bis* co. 4 Cpp ai fini della revoca dell'ordinanza che dispone di procedersi in assenza⁴⁶.

Da un lato, potrebbe sostenersi che, in questi casi, va esclusa la rescissione sia perché la disposizione dell'art. 420-*bis* co. 4 Cpp riguarda unicamente il recupero di alcune facoltà (richiesta di acquisizione di atti e documenti e rinnovazione istruttoria) da parte di un soggetto che, a conoscenza del processo, compare tardivamente provando l'esistenza del legittimo impedimento e l'allegazione dello stesso, sia perché la stessa formulazione legislativa deporrebbe per una negligenza del soggetto nel continuare a non comparire fino alla formazione del giudicato.

Dall'altro lato, però, si è sostenuto che, siccome il legislatore ha equiparato ai fini della revoca della dichiarazione di assenza l'ipotesi in discorso all'incolpevole mancata conoscenza del processo, tale equiparazione dovrebbe valere anche ai fini della rescissione del giudicato consentendo, quindi, pure in queste ipotesi l'accesso al rimedio *ex* art. 625-*ter* Cpp⁴⁷.

4. Con specifico riferimento agli aspetti propriamente processuali, la richiesta è presentata a pena di inammissibilità personalmente dal-

⁴⁴ C. eur., 8.12.2009, *Previti c. Italia*; C. eur., 18.10.2006, *Hermi c. Italia*.

⁴⁵ Ritieni che il riferimento a questi poteri di ufficio della Corte di cassazione potrà costituire «una indicazione alle sezioni semplici [...], nel senso di alleggerire in qualche misura l'onere probatorio per il richiedente, che potrebbe funzionare come utile grimaldello al fine di superare eventuali atteggiamenti critici a livello europeo»: M. Bargis, *La rescissione del giudicato*, cit., 8, la quale peraltro non esclude (p.13) un possibile intervento della Corte costituzionale.

⁴⁶ M. Bargis, *Le impugnazioni*, cit., 1060.

⁴⁷ R. Bricchetti e L. Pistorelli, *Processo sospeso se l'imputato è irrintracciabile*, in *GD* 2014 (21) 103.

l'interessato o da un difensore munito di procura speciale autenticata ex art. 583 co. 3 c.p.p., entro trenta giorni dall'avvenuta conoscenza del procedimento.

La scelta di configurare la presentazione dell'impugnazione come un atto personalissimo sembra confermare che il mero difensore non può disporre del diritto alla partecipazione personale, prima espressione dell'autodifesa dell'imputato.

Tuttavia, considerato che si tratta comunque di un ricorso davanti alla Corte di cassazione, è indubbio che sia il difensore a possedere gli strumenti più adeguati per presentare un atto ammissibile. Peraltro, il mero riferimento testuale al «difensore», sia pure munito di procura speciale, non esclude che occorra l'iscrizione dello stesso nell'albo speciale, trattandosi appunto di adire il Supremo organo di legittimità, sebbene qui l'impugnazione abbia natura straordinaria⁴⁸.

Come anticipato, la richiesta – che va depositata presso la cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento⁴⁹ – deve essere presentata entro trenta giorni dal momento dell'avvenuta conoscenza del procedimento. Tale durata richiama la previsione temporale dell'art. 175 co. 2-*bis* Cpp, come interpolato dal d.l. 17/2005, presumibilmente nella consapevolezza che un termine più breve sarebbe stato censurato dalla Corte europea⁵⁰. Tuttavia, l'analogia resta purtroppo circoscritta solo al *quantum* di tempo assegnato, mentre ben avrebbe fatto il legislatore a riproporre sotto l'art. 625-*ter* Cpp l'intera disciplina dell'art. 175 co. 2-*bis* Cpp, certamente più chiara quanto al *dies a quo* per la decorrenza del termine della domanda.

Infatti, da un lato, nell'art. 625-*ter* Cpp manca qualsiasi previsione specifica per l'ipotesi in cui a presentare la richiesta sia un estradando o un soggetto in esecuzione di un mandato d'arresto europeo⁵¹, dall'altro, l'aver collegato la decorrenza del termine alla conoscenza del procedimento implica un controllo dell'osservanza da parte della Corte di cassazione di difficile attuazione⁵², dovendosi in primo luogo stabilire cosa debba intendersi per “procedimento”. Ragionevolmente, la decorrenza non potrà che essere ancorata alla conoscenza del provvedimento irrevocabile⁵³, oppure di un atto del procedimento esecutivo, quale ad esem-

⁴⁸ Argomento ex Cass. 12.11.2012, Baiguini, in *CEDCass.* m. 245922, che, con riferimento al ricorso straordinario per cassazione, ha affermato l'inammissibilità del ricorso presentato da un difensore non iscritto all'albo speciale.

⁴⁹ La richiesta va presentata presso la cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento, infatti, una volta che si riconosce al rimedio natura di impugnazione, in mancanza di disposizioni derogatorie (come ad esempio previsto nelle disposizioni sulle impugnazioni cautelari, nell'art. 625-*bis* Cpp o nell'art. 633 Cpp), vanno applicate le regole generali in materia di impugnazioni ex artt. 582 e ss. Cpp.

⁵⁰ La Corte europea, infatti, aveva censurato il termine di 10 giorni previsto dall'art. 175 Cpp, considerato eccessivamente breve: C. eur., 10.11.2004, *Sejdovic c. Italia*.

⁵¹ Similmente F. Alonzi, *op. ult. cit.* il quale fondatamente ritiene che vi sia anche una lesione del principio costituzionale di uguaglianza.

⁵² Cfr. la *Relazione Massimario*, cit., 42.

⁵³ M. Bargis, *Impugnazioni*, cit., 1060; S. Quattrocchio, *op. ult. cit.*, 102, 7, nt. 15, secondo la quale sarebbe stato più agevole indicare come fenomeno rilevante la conoscenza del provvedimento.

pio l'ordine di carcerazione, di esecuzione della misura di sicurezza o delle sanzioni pecuniarie.

La disposizione tace su ulteriori requisiti di ammissibilità della richiesta. Tuttavia, ci si può domandare se la mera deduzione della mancata conoscenza possa giustificare la rescissione senza che si prospetti anche un *deficit* di conoscenza del giudice dovuto alla mancata partecipazione dell'imputato (*deficit* in ipotesi idoneo a determinare il proscioglimento) e se l'onere probatorio a carico dell'istante implichi anche l'allegazione di documentazione a sostegno.

Sul secondo interrogativo si sono pronunciate le Sezioni unite che, richiamando la disciplina dell'art. 46 Cpp in tema di rimessione del processo come la «procedura più appropriata» anche per la rescissione, «dato che essa presuppone inevitabilmente l'esame degli atti del procedimento di merito», hanno concluso per un onere di allegazione della documentazione (come nel caso di richiesta *ex art.* 46 Cpp, la rescissione andrà depositata «con i documenti che vi si riferiscono nella cancelleria del giudice»)⁵⁴, pur escludendo che sia inibita alla Corte di cassazione «l'acquisizione, eventualmente anche in sede di esame preliminare, di documentazione integrativa» qualora sia «necessario chiarire aspetti ambigui o colmare possibili lacune o verificare la rispondenza della documentazione esibita alla realtà processuale».

Il suddetto passaggio argomentativo è stato ritenuto «disinvolto»⁵⁵ nella parte in cui il Supremo consesso sembra voler plasmare la disciplina della rescissione su quella della rimessione del processo sull'abbrivio della considerazione che anche in questa evenienza la Corte decide sulla base di una richiesta e non di un ricorso.

Non è questa la sede per indagare se, effettivamente, il citato passaggio argomentativo della pronuncia delle Sezioni unite sottenda una costruzione della rescissione del giudicato quale ibrido procedurale tra impugnazione e rimessione, e se il Supremo consesso abbia realmente voluto operare una estensione analogica della disciplina relativa a quest'ultimo istituto; ciò che è certo è che l'onere di allegazione, in mancanza di una espressa indicazione normativa, non può costituire un requisito di ammissibilità della richiesta.

La tassatività delle cause di inammissibilità, poi, porta ad una risposta negativa anche quanto al primo quesito: in mancanza di esprese indicazioni al riguardo, non si può imporre all'imputato di provare, oltre alla mancata conoscenza della celebrazione del processo, che la sua presenza al giudizio avrebbe potuto determinare un esito diverso⁵⁶.

⁵⁴ Ritiene, invece, che una volta ricondotto il rimedio della rescissione alle impugnazioni andrà applicata la previsione dell'art. 590 Cpp sulla trasmissione degli atti: M. Bargis, *La rescissione del giudicato*, cit., 7.

⁵⁵ F. Alonzi, *op. ult. cit.*

⁵⁶ È sufficiente, quindi, provare l'incolpevole mancata conoscenza del processo per ottenere la revoca della sentenza di condanna. Nella rescissione, a differenza della revisione, non si richiede quindi l'ulteriore requisito che l'accoglimento della richiesta porterebbe al proscioglimento del soggetto.

Superato l'ordinario vaglio di ammissibilità della richiesta (tempestività della presentazione, legittimazione, etc.), si apre il procedimento davanti alla Corte di cassazione, inteso a verificare se risulta provata la mancata incolpevole conoscenza della celebrazione del processo.

Anche in questo caso la disposizione tace sul modulo procedimentale che la Corte seguirà. A parte le ipotesi di inammissibilità definibili *de plano*, le Sezioni unite, ritenendo che il procedimento davanti alla Corte sia regolato dall'art. 611 Cpp salva disposizione contraria, affermano che si debba instaurare una camera di consiglio non partecipata, escludendo quindi sia la forma camerale partecipata *ex art.* 127 Cpp, sia l'udienza pubblica.

La soluzione non convince sia sul piano formale sia su quello – per così dire – sostanziale. Sotto il profilo formale, infatti, è il tipo di provvedimento che si impugna a determinare il modulo procedimentale, sicché non si può escludere l'udienza pubblica qualora la decisione impugnata sia stata emessa a seguito di dibattimento (evenienza non certo ipotetica, considerato che il legittimato alla richiesta è un condannato)⁵⁷. Sotto il profilo “sostanziale”, da un lato, l'oggetto della cognizione della Corte, dall'altro, gli oneri posti a carico del richiedente e, dall'altro ancora, la considerazione che la rescissione del giudicato è l'unico e ultimo rimedio a disposizione dell'istante per far valere il suo diritto alla partecipazione personale al processo, sembrano deporre per l'instaurazione di un contraddittorio, almeno nelle forme semplificate dell'art. 127 Cpp⁵⁸. Inoltre, non mancano gli indici dell'importanza di un effettivo contraddittorio “sulla prova” dell'assenza incolpevole, a partire proprio dalla considerazione che la Corte è in questo caso il giudice dell'effettiva incolpevolezza dell'assenza: vero che la prova potrà essere anche solo documentale (non essendo pensabile una istruttoria davanti al giudice di legittimità⁵⁹), ma per dimostrare lo *status* di assente incolpevole l'istruttoria richiederà l'acquisizione dei fascicoli dei precedenti giudizi⁶⁰ e la stessa Corte potrà disporre gli accertamenti necessari «per chiarire aspetti ambigui e colmare lacune».

L'art. 625-*ter* Cpp, inoltre, nulla dispone in ordine ad una eventuale sospensione dell'esecuzione. Fermo restando che, ovviamente, in caso di revoca verrà meno il titolo esecutivo, con la conseguente interruzione immediata dell'esecuzione, e che non opera l'effetto sospensivo tipico soltanto delle impugnazioni ordinarie, la natura di rimedio straordinario ascrivibile all'istituto in questione porta a ritenere che si possa disporre la provvisoria sospensione dell'esecuzione, similmente a quanto avviene nei casi previsti dagli artt. 625-*bis* e 635 Cpp⁶¹, onde evitare «le-

⁵⁷ Propende per un'udienza sempre pubblica: A. Diddi, *op. cit.*, 226.

⁵⁸ Questa la conclusione di M. Bargis, *La rescissione del giudicato*, cit., 9 e F. Alonzi, *op. ult. cit.*

⁵⁹ In termini problematici R. Bricchetti e L. Pistorelli, *Processo sospeso se l'imputato è irrintracciabile*, cit., 104.

⁶⁰ A. Diddi, *op. cit.*, 227

⁶¹ Criticabile, sotto questo profilo, il richiamo che Cass., S.U., 17.7.2014, Burba, cit. fa alle disposizioni dell'incidente di esecuzione.

sioni di aspettative del richiedente, incidenti sulla libertà personale, che appaiano *prima facie* fondate»⁶².

L'accoglimento della richiesta, come anticipato, determina la revoca della sentenza⁶³ e la trasmissione degli atti al giudice di primo grado⁶⁴: in quella sede, applicandosi il disposto dell'art. 489 Cpp, l'interessato, che riacquisirà la qualifica di imputato, è rimesso in termini per proporre i riti speciali, ivi compresa, anche se non espressamente richiamata, la sospensione del processo per messa alla prova⁶⁵. Nel nuovo giudizio, poi, l'imputato potrà esercitare pienamente il suo diritto alla prova, con tutte le usuali (complicate) conseguenze in ordine ad utilizzabilità degli atti nel caso in cui il lasso di tempo intercorso, magari molto ampio tra il primo grado e il nuovo processo, abbia reso irripetibile la prova⁶⁶.

5. Nonostante l'intervento delle Sezioni unite, determinato dalla volontà – pur a fronte di una richiesta inammissibile – di chiarire «presupposti, formalità, modalità applicative ed effetti decisori»⁶⁷, diverse questioni rimangono aperte.

Innanzitutto ci si può chiedere se sia applicabile nel giudizio davanti alla Corte di cassazione l'art. 129 Cpp che, come noto, trova il suo concreto campo operativo in materia di impugnazioni⁶⁸. Considerata la portata generale dell'obbligo di immediato proscioglimento, non sembra dubbia la sua applicabilità all'ipotesi di specie, una volta configurata la rescissione come mezzo di impugnazione. Tuttavia, potrebbe anche fondatamente argomentarsi la tesi opposta. L'esclusione della possibilità di una immediata declaratoria di non punibilità deriverebbe, da un lato, dall'oggetto della cognizione devoluto alla Corte, limitato solo all'accertamento della conoscenza effettiva dello svolgimento del processo e non a questioni di "merito"; dall'altro, dall'assenza di una fase rescissoria (la Corte infatti si limita a revocare la sentenza).

⁶² Così si esprime Cass., S.U., 17.7.2014, Burba, cit. Peraltro appare difficile immaginare la tempistica della sospensione se, come affermano le Sezioni unite, il procedimento è camerale. Non dovrebbe, poi, operare il presupposto dei casi di eccezionale gravità di cui all'art. 625-bis Cpp: M. Bargis, *La rescissione del giudicato*, cit., 11.

⁶³ Va, quindi, disposta la scarcerazione e vanno adottati i provvedimenti necessari per far cessare gli effetti determinati dalla esecuzione della sentenza (statuizioni relative alla confisca, al risarcimento del danno stabilito in favore della parte civile, al procedimento di recupero delle spese): A. Diddi, *op. cit.*, 228.

⁶⁴ V., con riferimento all'analoga previsione dell'art. 604 co. 5-bis Cpp, le osservazioni di G. Santalucia, *Il processo in absentia e il giudizio di appello*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 303.

⁶⁵ A. Diddi, *op. cit.*, 227.

⁶⁶ La questione appare complessa. Si potrebbe, ad esempio, sostenere la dubbia compatibilità con il testo convenzionale di una condanna che si fondi su precedenti dichiarazioni del testimone che l'imputato non ha potuto controinterrogare.

⁶⁷ Queste le parole di Cass., S.U., 17.7.2014, Burba, cit.

⁶⁸ Cfr., in termini problematici, R. Bricchetti e L. Pistorelli, *Processo sospeso se l'imputato è irrintracciabile*, cit., 104.

Il tema si lega alla possibilità di dichiarare la prescrizione del reato nel frattempo maturata: il silenzio della legge lascia infatti aperta la questione del computo della prescrizione in caso di revoca della sentenza⁶⁹. Come è noto, l'art. 175 co. 8 Cpp, *in parte qua* non modificato, dispone che qualora sia concessa la restituzione nel termine per impugnare, non si tiene conto, ai fini della prescrizione, del tempo trascorso tra la notificazione della sentenza o del decreto di condanna e la notificazione dell'avviso di deposito dell'ordinanza che concede la restituzione. Orbene, la disposizione può oggi essere riferita solo alla restituzione nel termine per proporre opposizione al decreto penale di condanna, eppure è espressione di un principio ben estensibile anche alle ipotesi di rescissione del giudicato. Inoltre, l'art. 12 della legge in commento stabilisce che, in caso di sospensione del procedimento ai sensi dell'art. 420-*quater* Cpp, si verifica una ipotesi di sospensione del termine di prescrizione *ex art. 159 Cp*, salvo i limiti previsti dall'art. 161 Cp. Sembra quindi chiara l'intenzione del legislatore di ritenere sospesa la prescrizione quando il processo non si possa svolgere a causa dell'assenza dell'imputato e di neutralizzare, a mente dell'art. 175 Cpp, il decorso del termine.

Manca però, come anticipato, una disposizione *ad hoc* per il nostro caso.

A fronte di questa carenza, due sembrano le vie percorribili.

Si può ritenere, onde evitare che la rescissione sia un modo per far valere una prescrizione nel frattempo maturata, che nel caso in cui la Corte dovesse riconoscere la sussistenza dei presupposti per revocare la sentenza è come se avesse affermato che il procedimento si sarebbe dovuto sospendere *ex art. 420-*quater* Cpp*; si applicherebbe pertanto quest'ultima disciplina, con la conseguenza che il tempo trascorso tra il momento in cui il giudice avrebbe dovuto sospendere il processo e quello della revoca della sentenza si deve considerare (ora per allora) come sospeso *ex art. 159 Cp*⁷⁰. Seppur condivisibile, a questa tesi si potrebbe obiettare – ma solo se se si ritiene la prescrizione istituto di natura sostanziale – che in tal modo si attua una applicazione analogica vietata dall'art. 14 disp. prel. Cc⁷¹.

Oppure si potrebbe ritenere operante l'art. 669 comma 8 Cpp, consentendo di eseguire la sentenza di condanna se il proscioglimento per prescrizione, ottenuto a seguito della rescissione, è successivo alla condanna. Si tratta di una conclusione che taluno aveva avanzato per regolare i rapporti tra l'impugnazione del difensore e quella dell'imputato ri-

⁶⁹ Ritiene, in via generale, maggiormente conforme a sistema sostenere che l'arco di tempo successivo alla formazione del giudicato viziato assuma rilievo ai soli fini dell'estinzione della pena, mentre sul piano della prescrizione del reato si tratterebbe di un decorso neutro: L. Scomparin, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Torino 2008, 350; sulla stessa linea M. Gialuz, *Il ricorso straordinario per cassazione*, Milano 2005, 158.

⁷⁰ A. Diddi, *op. cit.*, 228.

⁷¹ Invero si potrebbe sostenere che, in questo caso, non sussisterebbe il suddetto divieto trattandosi di una analogia *in bonam partem*.

messo in termini⁷², ma che appare oggi difficilmente sostenibile una volta che il legislatore, parlando di revoca, mostra di voler porre nel nulla la precedente decisione.

L'impasse interpretativa, sulla quale non mancherà di pronunciarsi la giurisprudenza, conferma la criticità della lacuna lasciata dal legislatore.

Infine, proprio l'espresso riferimento alla revoca della sentenza e all'instaurazione del giudizio di primo grado – quindi sostanzialmente ad una regressione del procedimento – dovrebbe portare a ritenere non operante il divieto di *reformatio in peius*⁷³, pensabile solo nelle ipotesi di annullamento con rinvio. Ancora, la regressione dovrebbe determinare la non utilizzabilità ai fini della decisione degli atti del precedente giudizio, ormai revocato, che dovrebbero confluire nel fascicolo del pubblico ministero⁷⁴.

Due ulteriori profili rimangono controversi.

In primo luogo, stante il silenzio della disposizione al riguardo, ci si può chiedere se siano pensabili dei rimedi avverso il diniego della rescissione e se la richiesta sia reiterabile. Quanto ai rimedi, si potrebbe ritenere instaurabile il ricorso straordinario *ex art. 625-bis* Cpp, ma solo ovviamente entro i propri limiti, ossia per far valere un errore materiale e/o di fatto⁷⁵. Quanto alla reiterabilità, di certo su elementi diversi di quelli posti a base della prima richiesta, il termine perentorio per presentare la richiesta e il principio di consumazione dell'impugnazione, qui rafforzato dalla considerazione che ad impugnare può essere solo l'interessato o un suo procuratore speciale, rendono arduo immaginare la ripresentazione dell'istanza.

In secondo luogo, la mancata modifica dell'art. 670 Cpp potrebbe determinare una sovrapposizione tra i due rimedi *post rem iudicatam*. Tuttavia non dovrebbero esserci dubbi che, quando si faccia questione di titolo esecutivo, si deduca una invalidità e si debba presentare un incidente di esecuzione *ex art. 670* Cpp: i vizi del titolo esecutivo, infatti, non possono essere eccepiti con la rescissione, che ha solo un oggetto prestabilito, ossia l'ingiustizia potenziale di una pur valida sentenza.

Le diverse questioni interpretative che rimangono aperte impegneranno la giurisprudenza nei prossimi anni. Probabilmente molti dei profili controversi, a partire dai poteri istruttori in ordine alla verifica della mancata conoscenza del processo, troverebbero una semplice soluzione se il legislatore avesse attribuito questo rimedio ad un giudice di merito,

⁷² D. Negri, *Commento all'art. 1 d.l. 17/2005*, cit., 282. Strada indicata, tra le righe, anche da C. cost. 317/2009, cit.

⁷³ V. al riguardo, in termini più problematici, C. Carvelli, *Rescissione del giudicato e reformatio in peius*, in *DPP* 2014, 1039. Condivide, invece, la soluzione del testo: M. Bargis, *La rescissione del giudicato*, cit., 12, alla quale si fa rinvio anche per ulteriori considerazioni in ordine al giudizio davanti al giudice di primo grado.

⁷⁴ Richiama, invece, l'istituto della rinnovazione delle prove conformemente all'art. 525 Cpp: M. Bargis, *La rescissione del giudicato*, cit., 12.

⁷⁵ Cfr. B. Nacar, *op. cit.*, 111.

quale la Corte di appello, organo sicuramente più idoneo ad incidere sul giudicato⁷⁶.

6. L'ultimo comma dell'art. 11 in esame, nel completare le disposizioni in materia di impugnazioni, riscrive completamente il comma 2 dell'art. 175 Cpp, limitando oggi la previsione della restituzione nel termine per proporre impugnazione solo all'imputato condannato a seguito di decreto penale divenuto esecutivo⁷⁷. Attualmente, il soggetto che non abbia avuto effettiva conoscenza del decreto «è restituito, a sua richiesta, nel termine per proporre opposizione, salvo che vi abbia espressamente rinunciato». La scelta di mantenere in questa ipotesi⁷⁸ lo strumento riparatorio, strumento, come si è visto, sostituito dalla rescissione per le sentenze ormai divenute esecutive, si spiega in quanto la restituzione è funzionale a presentare l'opposizione al decreto penale, ossia una impugnazione⁷⁹ tendente ad ottenere la revoca del provvedimento di condanna e l'instaurazione del contraddittorio dibattimentale, mantenendo peraltro intatta la possibilità per l'imputato di richiedere i riti speciali premiali, ivi compresa l'oblazione.

Quanto alla formulazione legislativa, se si può esprimere un giudizio positivo per la scelta di far leva su una mancata conoscenza non solo tempestiva, ma anche effettiva (ossia contenente tutti gli elementi perché, a suo tempo, si potesse proporre valida opposizione)⁸⁰, appare invece discutibile la distribuzione dell'onere della prova che emerge dal testo.

Infatti, non essendo stato riproposto l'ultimo capoverso dell'art. 175 co. 2 Cpp, come modificato dal d.l. 17/2005, secondo il quale «l'autorità giudiziaria compie ogni necessaria verifica», sembrerebbe oggi (nuovamente) gravare sull'imputato l'ardua prova positiva di un fatto negativo, ossia la mancata conoscenza del decreto⁸¹. Sembra così di as-

⁷⁶ V. al riguardo la bozza di disegno di legge delega presentata dal Ministro Orlando al Consiglio dei Ministri il 29 maggio 2014 che all'art. 18 prevede l'attribuzione del giudizio di rescissione alla Corte di appello territorialmente competente. Cfr. anche le considerazioni di M. Bargis, *La rescissione del giudicato*, cit., 13, anche quanto all'inopportunità di attribuire il rimedio alla cognizione del giudice dell'esecuzione, solitamente investito di questioni attinenti alla pena.

⁷⁷ Per un'ampia analisi v. M. Cassano, *Restituzione nel termine e abolizione della contumacia: il residuo ambito di applicabilità dell'art. 175 c.p.p.*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., 213 e ss., che peraltro sottolinea come sia legittimato anche il civilmente obbligato per la pena pecuniaria, nonché il difensore (non essendo in questa sede costruita la restituzione nel termine come atto personalissimo); v. anche A. Diddi, *op. cit.*, 228 e ss.

⁷⁸ Ritene che le due condizioni, mancanza di tempestiva effettiva conoscenza del decreto e omessa rinuncia a proporre impugnazioni, debbano entrambe ricorrere per ottenere la restituzione: M. Cassano, *Restituzione nel termine e abolizione della contumacia: il residuo ambito di applicabilità dell'art. 175 c.p.p.*, cit., 219.

⁷⁹ Alle impugnazioni viene solitamente ricondotta anche l'opposizione al decreto penale di condanna.

⁸⁰ In questi termini: G.P. Voena, *Atti*, in *Compendio di procedura penale*, cit., 286.

⁸¹ Sottolineano quest'aspetto: M. Cassano, *Restituzione nel termine e abolizione della contumacia: il residuo ambito di applicabilità dell'art. 175 c.p.p.*, cit., 231, che specifica come spetterà al giudice che ritenga di disattendere la richiesta fornire com-

sistere al ritorno ad una soluzione, quella dell'onere della prova gravante sull'interessato, già oggetto di espressa censura da parte della Corte europea⁸², sì da poter prevedere, se la giurisprudenza dovesse interpretare rigorosamente la suddetta disposizione, un nuovo contenzioso in sede internazionale.

Come anticipato, il comma 6 dell'articolo in commento si limita solo a riscrivere il comma 2 dell'art. 175 Cpp, pertanto continuano ad applicarsi, nelle parti in cui non fanno riferimento alla sentenza contumaciale, le disposizioni del codice (come modificate dal d.l. 17/2005)⁸³. Ne segue che il termine di trenta giorni per presentare l'opposizione decorrerà dall'effettiva conoscenza del provvedimento⁸⁴; nel caso di estradizione, invero non facilmente immaginabile per i reati oggetto di decreto penale, il termine decorrerà dalla consegna dell'estraddando; a mente dell'art. 175 co. 8 Cpp sarà "neutralizzato", ai fini della prescrizione, il tempo decorso tra la notificazione del decreto di condanna e la notificazione alla parte dell'avviso di deposito dell'ordinanza che concede la restituzione. Inoltre, per espressa disposizione di legge, non varrà il divieto di *reformatio in peius*, potendo il soggetto, a seguito del giudizio instaurato con la sua opposizione, essere condannato ad una pena più grave.

7. Nel concludere questa analisi dei co. 5 e 6 dell'art. 11, resta da affrontare un tema che aveva immediatamente animato i primi commenti della legge in esame⁸⁵ e che aveva determinato anche il pronto intervento delle Sezioni unite sulla rescissione del giudicato, ma che oggi appare per molti versi superato dal (poco) tempestivo intervento del legislatore che, con la l. 11 agosto 2014, n. 118, ha inserito un art. 15-*bis* alla legge in commento rubricato «norme transitorie».

Rinviando al contributo più specifico sulle norme transitorie⁸⁶, può qui affrontarsi – brevemente – il quesito sull'applicabilità del nuovo istituto della rescissione del giudicato anche ai processi definiti prima dell'entrata in vigore della legge n. 67/2014.

La questione, come si è anticipato, è oggi risolta dall'art. 15-*bis* co. 1, che, *in parte qua*, non fa altro che esplicitare ciò che poteva facilmente

piuta, puntuale e logica motivazione in ordine all'irrelevanza delle circostanze dedotte dall'interessato e all'insussistenza dei presupposti applicativi dell'art. 175 co. 2 Cpp; S. Quattrocchio, *op. ult. cit.*, 102; G.P. Voena, *op. cit.*, 287.

⁸² Ci si riferisce a C. eur. 10.11.2004, *Sejdovic c. Italia*.

⁸³ Ivi compresa la competenza a provvedere sull'istanza di restituzione che, in questo caso, è del giudice per le indagini preliminari e la previsione di una procedura *de plano* (Cass., S.U., 11.4.2006, De Pascalis, in *CEDCass.* m. 233418); M. Cassano, *Restituzione nel termine e abolizione della contumacia: il residuo ambito di applicabilità dell'art. 175 c.p.p.*, cit., 234, anche per alcune considerazioni critiche in ordine all'esclusione del contraddittorio.

⁸⁴ Incombe sull'interessato, ad avviso della giurisprudenza, l'onere di fornire la prova del momento in cui si è verificata la conoscenza: Cass. 22.1.2010, n. 5443, in *CEDCass.* m. 246437; Cass. 15.2.2007, Hrustic, in *RP* 2007, 1075.

⁸⁵ V. le ampie considerazioni di M. Bonetti, *L'incidenza della riforma sui procedimenti in corso*, in *Il giudizio in assenza*, cit., 273 e s.

⁸⁶ V. S. Quattrocchio, *sub art. 15-bis, infra* 669 e ss.

ricavarsi dal principio *tempus regit actum*. Proprio facendo leva su tale principio, infatti, già le Sezioni unite, prima dell'entrata in vigore della l. 118/2014⁸⁷, avevano escluso l'applicabilità del nuovo istituto ai processi già definiti, in quanto la nuova disciplina sul procedimento in assenza e, in particolare, il rimedio della rescissione del giudicato *ex art. 625-ter Cpp* «si rivolge espressamente a regolare gli effetti di atti processuali posteriori alla sua entrata in vigore, con la conseguenza che a regolare gli effetti degli atti precedenti non possono che provvedere le disposizioni vigenti al momento della loro verifica». Del resto – notano sempre le Sezioni unite – occorre distinguere la sfera di vigenza delle disposizioni dalla sfera di efficacia delle norme: «il fenomeno abrogativo, in mancanza di espresse previsioni in senso diverso – ascrivibili alla ipotesi della abrogazione c.d. retroattiva – non importa la cessazione dell'efficacia delle norme abrogate, ma solo la loro incapacità di regolare situazioni nuove».

Una corretta applicazione del canone *tempus regit actum*, quindi, comporta che il nuovo rimedio si applichi solo ai procedimenti nei quali è stata dichiarata l'assenza dell'imputato a norma dell'art. 420-*bis* Cpp, come modificato dalla l. 67/2014, e che ai procedimenti contumaciali trattati secondo la normativa antecedente all'entrata in vigore della legge medesima continui ad applicarsi la disciplina della restituzione nel termine per proporre impugnazione dettata dall'art. 175 co. 2 Cpp nel testo previgente. I due rimedi, che hanno presupposti ed effetti completamente diversi, potranno, quindi, per un periodo di tempo anche coesistere (è infatti immaginabile la conoscenza di un provvedimento contumaciale tra qualche anno), ma senza contaminazione alcuna, pena altrimenti – come icasticamente affermato – «l'innesto di un *tertium genus* processuale, privo di qualsiasi coerenza, giustificazione e base normativa»⁸⁸.

In conclusione, dovendo attendere il passaggio in giudicato di una pronuncia “in assenza”, secondo le regole della l. 67/2014, per instaurare il rimedio della rescissione, vi è forse il tempo per ripensare allo strumento revocatorio, sanando le criticità e le lacune dell'attuale normativa, per costruire un complesso legislativo che, senza apparire come la tela di Penelope, intessuta di giorno (procedendo in assenza) e disfatta di notte (con la rescissione), possa realmente allineare il nostro sistema codicistico alle richieste provenienti dalla Corte europea.

⁸⁷ Simile conclusione era già stata espressa da Cass. 27 maggio 2014, Asan, in *CEDCass.*, n. 259634.

⁸⁸ Cass., 27.5.2014, Asan, cit.

Art. 12

Modifiche al codice penale in materia di prescrizione del reato

1. Al primo comma dell'articolo 159 del codice penale, dopo il numero 3) è aggiunto il seguente: «3-bis) sospensione del procedimento penale ai sensi dell'articolo 420-quater del codice di procedura penale».

2. Dopo il terzo comma dell'articolo 159 del codice penale, è aggiunto

il seguente: «Nel caso di sospensione del procedimento ai sensi dell'articolo 420-quater del codice di procedura penale, la durata della sospensione della prescrizione del reato non può superare i termini previsti dal secondo comma dell'articolo 161 del presente codice».

Un caso di sospensione “a termine” della prescrizione

Commento di MARCO VENTUROLI

SOMMARIO: 1. L'irreperibilità dell'accusato quale causa sospensiva del corso della prescrizione. – 2. La prima ipotesi di sospensione della prescrizione “a termine”. – 3. La propagazione delle anomalie della c.d. legge *ex Cirielli*: limiti “oggettivi” e “soggettivi” alla sospensione della prescrizione con durata limitata.

1. A quasi dieci anni dalla c.d. legge *ex Cirielli*, la quale – come si sa¹ – ha profondamente ridisegnato la fisionomia della prescrizione del reato, il legislatore con l'art. 12 l. 28.4.2014 n. 67 è tornato a intervenire, seppure incidentalmente, su tale istituto, che produce vistosi effetti distorsivi sul sistema penale italiano².

¹ Sulla riforma della prescrizione posta in essere dalla legge 5.12.2005, n. 251 v., per esempio, G. Marinucci, *Recidiva e prescrizione dei reati: le novità della legge ex-Cirielli (I). Certezza d'impunità per reati gravi e “mano dura” per i tossicodipendenti in carcere*, in *DPP* 2006, 170 ss. S. Silvani, *Recidiva e prescrizione dei reati: le novità della legge ex-Cirielli (II). La nuova disciplina della prescrizione del reato*, in *DPP* 2006, 303 ss.; D. Potetti, *Novità in tema di prescrizione (L. 5 dicembre 2005, N. 251, C.D. «ex Cirielli»)*, in *CP* 2006, 3239 ss.; E. Marzaduri, *Legge ex Cirielli: sulla prescrizione irragionevoli disparità di trattamento*, in *GD* 2006, n. 48, 5; T. Padovani, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *GD* 2006 (dossier n. 1), 32 ss.; F. Giunta, *sub art. 6 l. 5.12.2005 n. 251*, in *LP* 2006, 469. Con particolare riguardo alle questioni pratico-applicative insorte dopo l'entrata in vigore della l. 251/2005: v. A. De Nicolò, *Primi problemi applicativi della legge “ex Cirielli”*, in *DPP* 2006, 503 ss.

² Bisogna tener conto del fatto che non vi è stato un adeguamento della disciplina della prescrizione alla riforma accusatoria del processo penale del 1989, la quale ha comportato una naturale dilatazione dei tempi necessari per l'accertamento del

L'art. 12 l. 67/2014 ha inserito, al co. 1, dell'art. 159 Cp, un numero 3-*bis*, ove viene prevista la sospensione della prescrizione nel caso di dichiarazione di sospensione del processo ai sensi dell'art. 420-*quater* Cp³: quest'ultima disposizione stabilisce infatti, come si è potuto evincere dal precedente commento⁴, l'obbligo per il giudice competente di disporre la sospensione del processo nel caso in cui emerga la tendenziale evidenza della mancata conoscenza del procedimento da parte dell'imputato.

In via preliminare pare opportuno ricordare che la sospensione determina una "paralisi" del corso della prescrizione⁵, che riprenderà a decorrere una volta venuta meno la causa sospensiva e il nuovo periodo di tempo andrà a sommarsi a quello già maturato prima dell'intervento del motivo di sospensione⁶.

La *ratio* della sospensione risiede nella necessità di arrestare il decorso della prescrizione in presenza di una stasi processuale imposta all'organo giudicante e non addebitabile all'incapacità di quest'ultimo di giungere all'accertamento del reato nel rispetto dei tempi stabiliti dall'ordinamento⁷.

In prima battuta sorge spontaneo domandarsi se l'inserimento di una causa sospensiva specifica per il caso in questione fosse davvero necessario, stante che l'art. 159 Cp prevede che «il corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale o dei termini di custodia cautelare è imposta da una particolare disposizione di legge (...)». L'effetto sospensivo della prescrizione discende automaticamente dalla sospensione del procedimento o del processo disposta dal giudice in presenza dei presupposti legislativamente stabiliti: quindi rispetto alla causa sospensiva del processo di nuova introduzione, prescritta dall'art. 420-*quater* Cpp, la sospensione della prescrizione avrebbe operato *tout court*, a prescindere dalla modifica all'art.

reato; cfr. F. Favara, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2004*, in www.giustiziaz.it. Per i dati relativi alle prescrizioni verificatesi nei procedimenti penali tra il 1996 e il 2003 v. <http://www.ristretti.it/areestudio/statistiche/prescrizioni.pdf>.

³ La l. 67/2014, all'art. 3, ha introdotto nel codice penale un'ulteriore, specifica ipotesi di sospensione della prescrizione per il nuovo istituto, da essa configurato, della sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato. Tuttavia, in quest'ultimo caso la causa sospensiva non è stata inserita all'art. 159 Cp, ma è stata prevista in una disposizione autonoma, ossia l'art. 168-*ter* Cp, che disciplina gli effetti della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'accusato.

⁴ V. A. Mangiaracina, *sub art. 9, supra*, 556 e ss.

⁵ Il *dies a quo* è individuabile in quello in cui viene emessa l'ordinanza di sospensione, e nei casi in cui – precisa A. Molari, *Prescrizione del reato e delle pene*, in *NssDI*, XIII, 1968, 698 s. – sia ammesso ricorso per cassazione avverso l'ordinanza, la sospensione della prescrizione decorre dal momento in cui sia spirato il termine per ricorrere oppure il ricorso sia stato respinto.

⁶ Sulla sospensione della prescrizione in generale v., per esempio, S. Panagia, *Prescrizione del reato e della pena*, in *DigDPen*, IX, 1995, 664 s.; M. Romano, *sub art. 159 Cp*, in *Commentario sistematico del Codice Penale*, III, a cura di M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, Milano 2011, 91 ss.; G. Diotallevi, *sub art. 159 Cp*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, X, a cura G. Lattanzi e E. Lupo, Milano 2010, 251 ss.

⁷ Cfr. P. Pisa, *Prescrizione (dir. pen.)*, in *ED*, XXXV, 1986, 89; F. Palazzo, *Corso di diritto penale, Parte generale*, Torino 2013, 631.

159 Cp⁸. A onor del vero però anche le cause sospensive della prescrizione contemplate ai numeri 1, 2, 3, dell'art. 159 Cp non sono altro che esemplificazioni della succitata regola generale, giacché la richiesta di autorizzazione a procedere e il deferimento di questione ad altro giudizio comportano altresì la sospensione del processo, nonché il legittimo impedimento delle parti e del suo difensore o la richiesta di rinvio o di sospensione del processo sono ipotesi previste pure dalla disciplina della sospensione della custodia cautelare (art. 304 co. 1 lett. a Cpp)⁹.

È comunque probabile che il legislatore abbia voluto inserire un motivo di sospensione *ad hoc* per ragioni di certezza giuridica e quindi per evitare problemi interpretativi analoghi a quelli insorti, prima della riforma del 2005, in relazione all'ipotesi di sospensione del procedimento o del processo penale per impedimento delle parti o dei difensori, ovvero su richiesta dell'imputato o del suo difensore, che all'epoca non era espressamente prevista dall'art. 159 Cp quale motivo di sospensione della prescrizione¹⁰.

2. La causa sospensiva della prescrizione in esame è stata però sottoposta dal legislatore a sbarramenti temporali: il secondo comma della disposizione commentata prevede infatti che nel caso di sospensione del procedimento ai sensi dell'art. 420-*quater* Cpp la durata della sospensione della prescrizione del reato non può superare i termini stabiliti dal co. 2 art. 161 Cp. Quest'ultima norma sancisce – con la sola eccezione dei procedimenti relativi ai reati di cui all'art. 51 co. 3-*bis* e 3-*quater* Cpp – l'impossibilità di prolungare i termini di prescrizione fissati dall'art. 157 Cp oltre precisi limiti di tempo, pur in presenza di atti interruttivi.

⁸ Devono ricondursi alla sospensione del procedimento imposta da particolare disposizione di legge, per esempio, la sospensione per la risoluzione di questioni pregiudiziali di cui all'art. 3 Cpp, le ipotesi di cui agli artt. 37 e 47 Cpp in tema, rispettivamente, di ricusazione e remissione, la questione pregiudiziale di costituzionalità di cui agli artt. 23 e 29 l. 11.3.1953, n. 87, l'incapacità processuale dell'imputato prevista all'art. 71, co. 1 e 5, Cpp e le false informazioni al pubblico ministero di cui all'art. 371-*bis* Cp.; in argomento v. M. Romano, *op. cit.*, 93 ss.

⁹ Cfr. A. Diddi, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva. Analisi della legge 5 dicembre 2005, n. 251 ("ex Cirielli)*, a cura di A. Scalfati, Padova 2006, 120.

¹⁰ Anteriormente alla l. 251/2005 si era infatti formato un contrasto giurisprudenziale in ordine all'operatività o meno della sospensione della prescrizione a seguito di sospensione o rinvio del procedimento o del dibattimento disposti per impedimento dell'imputato o del difensore, ovvero su loro richiesta, quando l'imputato non fosse detenuto; contrasto poi sanato dalle Sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza 28.11.2001, Cremonese (in *CP* 2002, 1308 ss., con nota di M.L. Di Bitonto, *Le Sezioni unite reinterpretano il combinato disposto degli artt. 159 c.p. e 304 c.p.p.: l'astensione collettiva dei difensori dalle udienze penali sospende il corso della prescrizione*), che si è pronunciata a favore della sospensione della prescrizione, con la sola esclusione dei casi in cui la sospensione o il rinvio del procedimento o del dibattimento fossero disposti per esigenze di acquisizione della prova o a seguito del riconoscimento di un termine a difesa. La soluzione delle S. U. è poi stata fatta propria e ampliata dal legislatore del 2005, il quale non solo ha dato rilievo agli impedimenti delle altre parti e dei loro difensori, ma ha altresì eliminato l'eccezione delle esigenze di acquisizione della prova o della concessione di un termine a difesa; sul punto v., *amplius*, D. Potetti, *op. cit.*, 3243 s.; A. Diddi, *op. cit.*, 147 ss.

La previsione di una causa sospensiva della prescrizione “a termine” rappresenta certamente la novità più significativa della disposizione qui commentata, poiché sino ad ora casi di sospensione della prescrizione a tempo limitato non avevano trovato cittadinanza nel codice penale.

Tale innovazione potrebbe di primo acchito apparire come un'anomalia, contrastante con la natura stessa dell'istituto della sospensione, che per sua definizione ha una durata indeterminata, non individuabile *ex ante*. Difatti, la sospensione costituisce un arresto forzato, non addebitabile all'organo giurisdizionale procedente, il quale deve attendere il venir meno di impedimenti delle parti o l'adozione di provvedimenti di altre autorità per poter continuare a svolgere la propria attività; e il periodo di tempo richiesto per il superamento di tali “ostacoli” non può essere preventivato. Se così non fosse, sarebbero favorite le difese più “scaltre” e gli imputati capaci di sostenere le spese necessarie per processi molto lunghi: al riguardo si possono ricordare le proteste sollevate in dottrina di fronte al progetto originario della c.d. legge *ex Cirielli*, poi modificato in sede di approvazione, che stabiliva un termine di durata massima della prescrizione valido per gli atti sia interruttivi sia sospensivi¹¹.

Senonché, la previsione di una causa di sospensione della prescrizione “a tempo” risulta nel caso in questione giustificabile (se non addirittura imposta), costituendo espressione dello “spirito” garantistico dell'intera riforma a cui essa accede e non invece di quelle logiche meramente utilitaristiche che al contrario sembravano alimentare il progetto di legge *ex Cirielli*.

Infatti, in assenza di uno “sbarramento” temporale, si sarebbe configurata una nuova ipotesi di imputato “eternamente giudicabile”, essendo probabile che l'irrintracciabilità dell'accusato assai spesso si protragga a lungo o addirittura non venga mai meno. Il che avrebbe comportato la riproposizione dei medesimi problemi posti dalla disciplina della sospensione del procedimento per l'imputato infermo di mente, di cui la stessa Corte costituzionale si è occupata a più riprese¹². Pur ac-

¹¹ Cfr. G. Marinucci, *La prescrizione riformata*, cit., 983; M. Bargis, *La prescrizione del reato e i “tempi” della giustizia penale*, in *RIDPP* 2005, 1429; G. Giostra, *Il problema della prescrizione: aspetti processuali*, in *GI* 2005, 2223, il quale equipara emblematicamente la sospensione “a termine” al soggetto che possa salire su un treno *eurostar*, tirare il freno e poi alla stazione chiedere un indennizzo per il ritardo. L'originario art. 6 co. 5 d.d.l. 16 dicembre 2004 n. 2055-A prevedeva la riscrittura dell'art. 161 co. 2 Cp in tal modo: «Salvo che la sospensione del procedimento non dipenda da autorità diversa da quella nazionale, in nessun caso la sospensione e l'interruzione della prescrizione, anche se congiuntamente computate, possono comportare l'aumento di più di un quarto del tempo necessario a prescrivere, della metà nei casi di cui all'art. 99 secondo comma, di due terzi nel caso di cui all'art. 99 quarto comma, e del doppio, nei casi di cui agli articoli 102, 103, 105 e dell'art. 51 comma 3-bis del codice di procedura penale».

¹² In particolare, si ricordino l'ordinanza n. 289 del 2011, in *CP* 2011, 949 ss., con nota di L. Scomparin, *Sospensione del processo per incapacità irreversibile dell'imputato: una norma suscettibile di perfezionamenti, nuovamente “salvata” dalla Corte costituzionale*, e la sentenza n. 23 del 2013, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18.2.2013,

certando profili di irragionevolezza¹³, il giudice delle leggi non è mai giunto alla declaratoria di incostituzionalità della norma che non prevede un termine alla sospensione della prescrizione per infermità mentale dell'accusato, alla luce dell'impossibilità di individuare una «conclusione costituzionalmente obbligata» senza intaccare la discrezionalità legislativa¹⁴.

In sintesi, due sono le ragioni che inducono a rifiutare cause sospensive del processo, e di conseguenza della prescrizione, *sine die*.

In primo luogo, la garanzia costituzionale della ragionevole durata del processo che risulta frustrata da ipotesi sospensive atte a consentire il protrarsi del procedimento penale praticamente "all'infinito". Vero che tale garanzia ha una *ratio* completamente diversa rispetto a quella della prescrizione, ma è incontestabile l'esistenza di un loro strettissimo legame: la prescrizione con la relativa disciplina rappresenta infatti uno dei motivi e nel contempo uno degli effetti della irragionevole lunghezza dei processi¹⁵.

In secondo luogo, la base *generalpreventiva*, riconosciuta alla prescrizione del reato dalla dottrina oggi maggioritaria¹⁶, viene profondamente snaturata da cause di sospensione così concepite. Invero, una so-

con nota di G. Leo, *Il problema dell'incapace "eternamente giudicabile": un severo monito della Corte costituzionale al legislatore*; con riferimento a quest'ultima v. altresì M. Chiavario, *Infermità mentale ed "eterni giudicabili": a proposito della sent. 23/2013 della Corte costituzionale*, in LP 2013, 35 ss.; L. Scomparin, *Prescrizione del reato e capacità di partecipare coscientemente al processo: nuovamente sub iudice la disciplina degli "eterni giudicabili"*, in CP 2013, 1826 ss.

¹³ La Corte costituzionale parla al riguardo di «una reale anomalia insita nelle norme» in materia, «di un indefinito protrarsi nel tempo della sospensione del processo» che «presenta il carattere dell'irragionevolezza»; sul punto v. le riflessioni di L. Scomparin, *Prescrizione del reato e capacità di partecipare coscientemente al processo*, cit., 1831.

¹⁴ Nella sentenza n. 23 del 2013 la Corte costituzionale ha infatti prospettato una pluralità di soluzioni, che vanno dalla previsione di una nuova causa di improcedibilità dell'azione alla limitazione del numero degli accertamenti periodici dell'incapacità, passando per la previsione di un termine prescrizionale specifico.

¹⁵ Cfr. M. Bargis, *op. cit.*, 1407, la quale osserva che «i processi "muoiono" per prescrizione o perché iniziati a troppa distanza dal fatto di reato, portando così sin dall'inizio sulle spalle il peso del tempo già "consumato" ai fini della prescrizione, o perché la "macchina" processuale, che pure ha iniziato a funzionare a breve distanza dal fatto di reato, si è più volte inceppata nel suo "viaggio" per raggiungere la meta della pronuncia definitiva. Nella seconda eventualità, il processo che si conclude con la declaratoria di prescrizione diventa sinonimo di processo con durata irragionevole». Sui rapporti tra prescrizione e ragionevole durata del processo v. D. Pulitanò, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in AA.VV., *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, Milano 2006, 45 ss., secondo cui la prescrizione «deve essere considerata come esito di un processo che si è concluso ad "irragionevole" distanza temporale dal reato imputato: un esito indesiderabile, che viene previsto per l'appunto in conseguenza dell'eccessivo tempo trascorso».

¹⁶ V., tra i tanti, F. Mantovani, *Diritto Penale, Parte Generale*, Padova 2009, 816; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna 2010, 792; M. Romano, *op. cit.*, 63; A. Manna, *Corso di diritto penale, Parte generale II*, Padova 2008, 117. Per una approfondita disamina delle diverse *rationes* riconosciute alla prescrizione v. F. Giunta, D. Micheletti, *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo*, Torino 2003, 21 ss.

sospensione della prescrizione per un periodo eccessivamente prolungato potrebbe condurre a una sentenza di condanna per un fatto rispetto al quale il tempo trascorso dal momento della sua commissione ha determinato la vanificazione dell'interesse generale alla sua punizione. Inoltre, la pena eventualmente irrogata non sarebbe idonea neppure ad assolvere alla funzione rieducativa riconosciuta alla sanzione penale dall'art. 27 co. 3 Cost, giacché, in presenza di un intervallo temporale troppo ampio tra il *tempus commissi delicti* e il momento di esecuzione della pena, è probabile che si siano verificati profondi mutamenti nella personalità dell'autore idonei ad escludere l'esistenza di un suo bisogno di risocializzazione¹⁷.

Orbene, per ovviare a siffatte problematiche di indubbio rilievo costituzionale, la disposizione qui annotata "sgancia" la sospensione del processo nei confronti dell'imputato irreperibile dalla sospensione della prescrizione: la prima può infatti sussistere per un tempo indeterminato, al contrario della seconda che non può protrarsi oltre i limiti stabiliti dalla legge. Di conseguenza, si potrà giungere alla pronuncia di una sentenza di non doversi procedere ai sensi dell'art. 129 Cpp nei confronti di imputati irreperibili, previa revoca dell'ordinanza che ha disposto la sospensione del processo *ex art. 420-quinquies* Cpp.

Si paventa tuttavia il rischio che questa ipotesi sospensiva della prescrizione si traduca in un indebito vantaggio per eventuali imputati che in maniera molto scaltra si siano resi irreperibili proprio con l'intento di lucrare la prescrizione del reato. È indubbiamente una perplessità plausibile e proprio per tale ragione dovranno essere svolte rigorose indagini, prima della dichiarazione di sospensione o in occasione dei controlli periodici stabiliti dalla legge, dirette ad accertare l'effettiva assenza "incolpevole" dell'accusato.

3. L'istituto della sospensione rappresentava forse l'unico aspetto della disciplina della prescrizione rimasto "immune" alle irrazionalità introdotte in materia dalla l. 251/2005, la quale aveva modificato soltanto marginalmente tale istituto e senza comunque alterarne i tratti tipici¹⁸.

Senonché, la previsione di un "tetto massimo" alla durata della ipotesi di sospensione in oggetto attraverso il richiamo all'art. 161 Cp, come modificato dalla l. 251/2005, ha aperto la strada alla diffusione delle anomalie della legge *ex Cirielli* pure in questo ambito.

Come si è visto, la l. 67/2014 non ha stabilito un termine autonomo per la durata della sospensione della prescrizione in questione, ma si è

¹⁷ Cfr. L. Stortoni, *Estinzione del reato e della pena*, in *DigDPen*, IV, 1990, 358.

¹⁸ La l. 251/2005 si è limitata a riordinare le ipotesi di sospensione della prescrizione e ad aggiungere solamente la causa sospensiva di cui al n. 3 dell'art. 159 Cp, che stabilisce la sospensione del corso della prescrizione in caso di sospensione del processo o del procedimento per ragioni di impedimento delle parti e dei difensori, ovvero su richiesta dell'imputato e del suo difensore. In relazione alle modifiche introdotte dalla legge *ex Cirielli* in materia di sospensione della prescrizione v., per esempio, S. Silvani, *op. cit.*, 312 s.; A. Diddi, *op. cit.*, 119 ss.

limitata a fissare tale termine attraverso un rinvio alla disciplina dettata per l'istituto dell'interruzione: ai sensi della disposizione richiamata, «salvo che si proceda per i reati di cui all'articolo 51 co. 3-*bis* e 3-*quater*, del codice di procedura penale, in nessun caso l'interruzione della prescrizione può comportare l'aumento di più di un quarto del tempo necessario a prescrivere, della metà nei casi di cui all'articolo 99, secondo comma, di due terzi nel caso di cui all'articolo 99, quarto comma, e del doppio nei casi di cui agli articoli 102, 103 e 105».

Vengono così a configurarsi due deroghe al regime della “temporaneità” di questa causa sospensiva della prescrizione¹⁹.

La prima è di natura *oggettiva*. In base ad essa la sospensione della prescrizione diviene *sine die* se il procedimento sospeso ha ad oggetto i reati di cui all'art. 51 co. 3-*bis* e 3-*quater* Cpp²⁰: si delinea in tal modo la possibilità di giungere alla eventuale condanna dell'imputato – qualora venga reperito – in qualsiasi momento²¹.

Lirreperibile, accusato degli illeciti penali annoverati nella summenzionata disposizione, sarà quindi eternamente giudicabile, in quanto in tali ipotesi la sospensione del processo e la sospensione della prescrizione sono inscindibili.

Si possono riproporre in questa sede le perplessità che erano state sollevate in dottrina rispetto alla disciplina dettata all'art. 161 co. 2 Cp all'indomani dell'entrata in vigore della legge *ex* Cirielli. L'esclusione di limiti massimi al prolungamento della prescrizione in presenza di atti interruttivi (e ora per questa ipotesi sospensiva) rispetto ai reati previsti dalle succitate norme del codice di rito pare infatti difficilmente comprensibile, giacché queste ultime non fanno riferimento in via generale agli illeciti penali più gravi previsti nel nostro ordinamento, bensì a quelli rispetto ai quali, per ragioni di complessità, le funzioni di pubblico ministero sono assegnate al procuratore della Repubblica distrettuale e, limitatamente ai reati di cui all'art. 51 co. 3-*bis*, al procuratore nazionale antimafia²². Viceversa, questo prolungamento dei termini pre-

¹⁹ Ovvio poi che nessun limite si incontra per i reati puniti con la pena dell'ergastolo, previsti come imprescrittibili *ex* art. 157 co. 8 Cp.

²⁰ Sono i «...delitti, consumati o tentati di cui agli articoli 416, sesto e settimo comma, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474, 600, 601, 602, 416-*bis* e 630 del codice penale, (...) i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l'attività di associazioni previste dallo stesso articolo, (...) i delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-*quater* del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43 e dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (...) i delitti consumati o tentati con finalità di terrorismo». Rispetto a questi reati il legislatore del 2005, *ex* art. 157 co. 6 Cp, aveva già disposto in via generale il raddoppio dei termini prescrizionali in ragione dell'allarme sociale da essi prodotto.

²¹ Si tenga peraltro conto che gli illeciti penali in questione il periodo necessario per maturare la prescrizione è stato raddoppiato dalla l. 251/2005 stessa.

²² Cfr. F. Giunta, *sub art. 6 l. 5.12.2005 n. 251*, cit., 469. Il catalogo di reati contenuto all'art. 51 co. 3-*bis* e 3-*quater* Cpp viene in rilievo per altri fini processuali, come la possibilità di utilizzazione di intercettazioni tra presenti per agevolare la ri-

scrizionali non si verifica per altri reati particolarmente gravi e di altrettanto arduo accertamento non richiamati dalla succitata norma processuale: si pensi per esempio ai crimini economici, i quali solitamente presentano un elevato grado di difficoltà investigativa²³.

La seconda deroga è di impronta *soggettiva*, in quanto diversifica i termini di durata massima della sospensione *de qua* a seconda che l'accusato sia un reo primario oppure un recidivo aggravato o reiterato ovvero ancora un delinquente abituale o professionale.

Pertanto, l'imputato irrintracciabile, quando recidivo aggravato o reiterato oppure dichiarato delinquente abituale o professionale, vede legarsi sospensione della prescrizione e sospensione del processo per un periodo di tempo maggiore rispetto a quanto si verifica per il reo primario e il recidivo semplice; e alla luce altresì degli aumenti stabiliti – per esempio fino al doppio del tempo di prescrizione per i delinquenti abituali e professionali – esso diverrà in non isolati casi “eternamente giudicabile”. Per esempio: rispetto all'accusato assente di omicidio preterintenzionale con una spiccata dedizione al reato la sospensione del processo e la sospensione della prescrizione potrebbero essere legate per ben 36 anni.

Questi “allungamenti” dei termini di durata della sospensione della prescrizione non trovano invece applicazione nei confronti dell'accusato irreperibile di delitti colposi, anche gravi, poiché a seguito della riforma posta in essere dalla legge *ex* Cirielli questi ultimi (come pure le contravvenzioni) non rilevano ai fini della recidiva.

Ebbene, se la sottoposizione della sospensione della prescrizione a un termine massimo era dettata dalla volontà di evitare la configurazione di un nuovo caso di accusato giudicabile perpetuamente, quest'ultimo risultato non sembra essere stato raggiunto.

Per contro, l'effetto indubbiamente realizzato è il consolidamento di quel “perverso” legame, tipico di un diritto penale d'autore e fatto proprio dalla novella del 2005, tra prescrizione e recidiva, ossia tra due istituti espressivi di una logica del tutto diversa e inconciliabile: per un verso, la prescrizione, che si fonda sull'oggettivo elemento del trascorrere del tempo, da cui discende l'affievolimento del ricordo del reato; per altro verso, la recidiva (come pure l'abitualità e la professionalità nel delitto) che trova la propria ragion d'essere nella pregressa carriera criminale dell'autore. Difatti, nella collettività il ricordo del reato non è più o meno intenso a seconda che il fatto criminoso sia stato perpetrato da un delinquente primario oppure da un soggetto recidivo²⁴. Si consideri peraltro che sia la recidiva aggravata sia quella reiterata – costituendo entrambe circostanze aggravanti ad effetto speciale – vengono già considerate al fine della determinazione del tempo necessario a prescrivere, in

cerca del latitante *ex* art. 295 co. 3-*bis* Cpp, nonché le modalità di disposizione della proroga del termine delle indagini preliminari.

²³ Cfr. G. Marinucci, *La prescrizione riformata*, cit., 980.

²⁴ Cfr. G. Flora, *Le nuove frontiere della politica criminale: le inquietanti modifiche in tema di circostanze e prescrizione*, in *DPP* 2005, 1327.

quanto l'art. 157 Cp statuisce che, per la quantificazione del periodo di prescrizione, si tiene conto del massimo edittale della pena unitamente alle sole «aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e per quelle ad effetto speciale».

Orbene, non si comprende proprio per quale motivo la sospensione della prescrizione debba prolungarsi in maggior misura se l'imputato assente non abbia il certificato del casellario giudiziale immacolato. Si potrebbe giustificare questa scelta sulla base di una più elevata probabilità che il soggetto recidivo si sia volontariamente reso irreperibile. Si tratta ad ogni modo di una giustificazione inaccettabile per due ordini di ragioni: da un lato, giacché la dichiarazione di irreperibilità viene pronunciata solo a seguito di accurate ricerche che dovrebbero escludere la conoscenza da parte dell'imputato dell'esistenza del processo penale a suo carico; dall'altro lato, poiché la *ratio* garantistica sottesa all'ipotesi sospensiva del processo in questione – vale a dire consentire il pieno esercizio del diritto di difesa nel contraddittorio processuale – deve essere assicurata a tutti gli imputati, indipendentemente dalla loro storia criminale. Il diritto costituzionale di difesa non può essere infatti “graduato” sulla base della incensuratezza o meno dell'accusato.

Il legislatore probabilmente – nella fretta di adeguare la disciplina processuale in tema di contumacia ai solleciti della Corte di Strasburgo – non si è posto tali problemi, anche perché, bene o male, con questa normativa “particolare” in tema di prescrizione si convive da quasi un decennio. Forse, avrebbe potuto prevedere un termine di durata massima della causa sospensiva in esame unico e autonomo rispetto a quelli dettati dall'art. 161 co. 2 Cp: sarebbe stata comunque un'operazione più complessa rispetto al semplice rinvio a una disposizione già esistente.

Ciò non si è verificato e dunque le anomalie immesse nel nostro ordinamento dalla legge *ex Cirielli* si sono espanse: sicché ora risulta più che mai improcrastinabile una riforma generale della prescrizione, idonea a fare riacquisire a questa causa estintiva del reato i tratti che dovrebbe possedere in un diritto penale liberaldemocratico.

Infine, quanto all'impatto prodotto dalla norma commentata sull'ingombrante ruolo ricoperto dalla prescrizione nell'ordinamento italiano, è assai probabile che essa non contribuirà a incrementare in maniera significativa il numero delle fattispecie annualmente prescritte: in primo luogo, poiché verosimilmente la portata applicativa della sospensione del processo nei confronti degli irreperibili sarà inferiore alle aspettative, stante le ipotesi non limitate in presenza delle quali la l. 67/2014 consente la celebrazione del processo *in absentia*; in secondo luogo, le succitate deroghe al regime di temporaneità della causa sospensiva della prescrizione in questione renderanno in sostanza imprecrittibili numerosi reati.

In definitiva, così configurata, la disposizione in esame impedisce paradossalmente la prescrizione proprio nei casi in cui quest'ultima dovrebbe trovare applicazione.

Art. 13

Modalità e termini di comunicazione e gestione dei dati relativi all'assenza dell'imputato

1. *Con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'interno, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono stabiliti le modalità e i termini secondo i quali devono essere comunicati e gestiti i dati relativi all'ordinanza di sospensione del processo per assenza dell'imputato, al decreto di citazione a giudizio del medesimo e alle successive informazioni all'autorità giudiziaria.*

Art. 14

Modifica alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271

Dopo l'articolo 143 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, è inserito il seguente:

«Art. 143-bis. - (Adempimenti in caso di sospensione del processo per assenza dell'imputato). - 1. Quando il giudice dispone la sospensione ai sensi dell'articolo 420-

quater del codice, la relativa ordinanza e il decreto di fissazione dell'udienza preliminare ovvero il decreto che dispone il giudizio o il decreto di citazione a giudizio sono trasmessi alla locale sezione di polizia giudiziaria, per l'inserimento nel Centro elaborazione dati, di cui all'articolo 8 della legge 1° aprile 1981 n. 121, e successive modificazioni».

Art. 15

Modifiche al testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre 2002, n. 313

1. *Al testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 14 novembre*

2002, n. 313, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) *all'articolo 3 (L), comma 1, dopo la lettera i-bis) introdotta dall'articolo 6 della presente legge, è inserita la seguente:*

«i-ter) i provvedimenti con cui il

giudice dispone la sospensione del procedimento ai sensi dell'articolo 420-quater del codice di procedura penale»;

b) all'articolo 5 (L), comma 2, dopo la lettera l) è aggiunta la seguente:

«l-bis) ai provvedimenti con cui il giudice dispone la sospensione del procedimento ai sensi dell'articolo 420-quater del codice di procedura penale, quando il provvedimento è revocato».

Profili essenziali di coordinamento normativo

Commento di VALENTINA BONINI

SOMMARIO: 1. Adempimenti comunicativi: generalità. – 2 La comunicazione al centro di elaborazione dati della polizia. – 3. L'iscrizione e la cancellazione dell'ordinanza nel casellario giudiziale.

1. Gli artt. 13, 14 e 15 della legge 67/2014 disciplinano gli adempimenti comunicativi in tema di sospensione del processo disposta in ragione dell'assenza dell'imputato *ex art. 420-quater Cpp*.

Le previsioni sono condivisibili nella loro *ratio* sotto un duplice punto di vista: *in primis* deve osservarsi che il provvedimento sospensivo in parola, a differenza di altri suoi omologhi, riposa su un *deficit* di conoscenza in capo all'imputato che è ascrivibile alla inefficacia delle procedure seguite per raggiungerlo e conseguentemente informarlo del processo a suo carico. Inoltre, poiché la sospensione è giustificata e si giustifica sin tanto che non v'è modo di rintracciare l'imputato, risulta evidente la rilevanza di tutti gli adempimenti funzionali a quel rintraccio, tra i quali sono da collocarsi anche le comunicazioni previste nelle disposizioni in commento¹.

Gli oneri rilevanti a tal fine sono previsti dagli artt. 14 e 15, i quali individuano l'oggetto della comunicazione ed il destinatario della stessa. Invece, l'art. 13 si limita a prevedere l'adozione di un decreto ministeriale volto a disciplinare il *quomodo* di quella comunicazione e della gestione dei relativi dati; constatata la perdurante inadempienza rispetto al termine di sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge per l'emanazione del decreto da parte del Ministro della giustizia, «le modalità e i termini secondo i quali devono essere comunicati e gestiti i dati relativi all'ordinanza di sospensione del processo per assenza dell'imputato, al decreto di citazione in giudizio del medesimo e alle successive informazioni all'autorità giudiziaria» saranno rimessi alla discrezionalità del soggetto gravato dall'onere di comunicazione. Peraltro, la disposizione *de qua* non fornisce alcun elemento in ordine al titolare dell'adempimento comuni-

¹ Rilevano un collegamento tra la previsione introdotta con l'art. 143-bis NAttCpp e le attività volte a ripristinare la conoscenza del processo in capo all'imputato R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Processo sospeso se l'imputato è irrintracciabile*, GD 2014 (21), 99.

cativo di cui si tratta, che, a ben vedere, può essere individuato sia nell'autorità giurisdizionale che ha adottato il provvedimento sospensivo (che è tenuta alle comunicazioni previste dalle successive disposizioni, artt. 14 e 15), sia nella polizia giudiziaria che, incaricata di effettuare le nuove ricerche dell'imputato ai sensi dell'art. 420-*quinquies* Cpp, dovrà fornire poi «informazioni all'autorità giudiziaria» in proposito.

Se l'art. 13 invoca – per ora invano – l'intervento di una fonte secondaria a regolamentare il *quomodo* della trasmissione e della gestione dei dati relativi alla sospensione del processo per assenza dell'imputato, le disposizioni successive hanno forza immediatamente precettiva, prevedendo quali siano le ipotesi di “circolazione” degli atti relativi alla sospensione per assenza che debbono essere curate da parte dell'autorità precedente.

Le previsioni sono volte a realizzare una conoscenza del provvedimento sospensivo in capo alla polizia ed alle autorità giudiziarie, così da innescare un possibile effetto virtuoso volto a raggiungere l'imputato a seguito del suo rintraccio nel corso di altre attività di polizia o nel corso di altri procedimenti penali, e poter conseguentemente informarlo della pendenza di un giudizio a suo carico.

Insomma, il legislatore persegue attraverso più direttrici l'obiettivo della ripresa del processo già sospeso per assenza incolpevole dell'imputato: l'art. 420-*quinquies* Cpp prevede un nucleo essenziale di attività che devono essere compiute nella direzione di un rintraccio dell'imputato, prescrivendo il compimento di ricerche dello stesso con cadenza quantomeno annuale; gli artt. 14 e 15 prevedono una serie di adempimenti comunicativi che rendono possibile il raggiungimento dello stesso obiettivo, seppure al di fuori di una diretta attivazione degli organi giudiziari in tal senso.

2. In particolare, l'art. 14 introduce tra le disposizioni di attuazione del codice di rito un nuovo art. 143-*bis*: al di là della collocazione topografica, non del tutto felice, in quanto evocativa delle cadenze dibattimentali che, invece, solo in via di eccezione saranno interessate dall'ordinanza di sospensione per assenza dell'imputato, l'adempimento lì prescritto risulta scolpito in termini essenziali, ma sufficientemente chiari. Allorquando sia disposta la sospensione del processo *ex* art. 420-*quater* Cpp, l'autorità procedente (ossia il giudice, dando disposizioni in tal senso al personale di cancelleria) deve trasmettere l'ordinanza sospensiva e l'atto di *vocatio in iudicium* (decreto di fissazione dell'udienza preliminare; decreto che dispone il giudizio; decreto di citazione a giudizio) alla locale sezione di polizia giudiziaria; a sua volta, la polizia giudiziaria, così raggiunta dalla conoscenza del fenomeno sospensivo subito dopo il suo verificarsi, dovrà inserire detti atti nel Centro di elaborazione dati di cui all'art. 8 della l. 1.4.1981 n. 121 (Nuovo ordinamento dell'Amministrazione di pubblica sicurezza), istituito presso il Ministero dell'Interno.

Si tratta della banca dati centralizzata per la raccolta delle informazioni e dei dati a cui possono accedere ai sensi dell'art. 9 l. 121/1981 «gli

ufficiali di polizia giudiziaria delle forze di polizia debitamente autorizzati» nonché «[l']autorità giudiziaria ai fini degli accertamenti necessari per i procedimenti in corso e nei limiti stabiliti dal codice di procedura penale»; la finalità della banca dati è individuata dall'art. 6, lett. *a* l. 121/1981 nella «classificazione, analisi e valutazione delle informazioni e dei dati che devono essere forniti anche dalle forze di polizia in materia di tutela dell'ordine, della sicurezza pubblica e di prevenzione e repressione della criminalità e la loro diramazione agli organi operativi delle suddette forze di polizia»; quanto all'oggetto dell'attività di classificazione, questo deve rientrare nell'ambito delimitato dall'art. 7 l. 121/1981, che fa riferimento a «notizie risultanti da documenti che comunque siano conservati dalla pubblica amministrazione o da enti pubblici, o risultanti da sentenze o provvedimenti dell'autorità giudiziaria o da atti concernenti l'istruzione penale [...] o da indagini di polizia».

Pare evidente, quindi, che la *ratio* della comunicazione ora prevista dall'art. 143-*bis* NATtCpp sia rappresentata dall'esigenza di far circolare tra gli organi di polizia la conoscenza dell'evento sospensivo del processo dovuto alla sostanziale irreperibilità dell'imputato assente, così da rendere possibile che, laddove nel corso degli ordinari controlli di polizia ovvero nell'ambito dell'assunzione di informazioni in sede di indagini per altri procedimenti si raggiunga l'imputato², questi possa essere immediatamente reso edotto dell'esistenza di un processo a suo carico sospeso *ex art. 420-quater* Cpp, ottenendo quel profilo di conoscenza utile alla revoca del provvedimento sospensivo con ripresa della sequenza processuale³.

Per tale via, la polizia viene investita dell'onere di comunicare all'autorità giudiziaria che ha pronunciato il provvedimento sospensivo non solo il rintraccio dell'imputato raggiunto a seguito delle nuove ricerche espressamente ordinate dal giudice ai sensi dell'art. 420-*quinquies* Cpp, ma in occasione di ogni emergenza utile alla revoca dell'ordi-

² Cfr. F. Focardi, *Le nuove ricerche e la revoca della sospensione*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di C. Conti, A. Marandola, G. Varraso, Padova 2014, 276 s., che osserva come «grazie a tale meccanismo, non appena una qualsiasi forza di polizia viene in contatto con il ricercando, anche senza averlo ricercato (si pensi ad un controllo su strada in materia di circolazione, o in materia di immigrazione, oppure un controllo alla frontiera, o al caso che sia il ricercato a recarsi presso la polizia giudiziaria per denunciare di aver subito un reato, ovvero di arresto per altro fatto) il controllo nelle Banche Dati consentirà di accertare la esistenza di una notifica da effettuare, sicché l'imputato viene trovato anche se le ricerche non hanno avuto esito o anche se nessuno la ha di fatto ancora cercato».

³ V., già con riguardo al disegno di legge S/113 (Disposizioni in materia di sospensione del processo nei confronti di imputati irreperibili), l'illustrazione dello stesso da parte del proponente, sen. Palma, nel Comunicato alla presidenza del 15.3.2013, ove si osserva come il «provvedimento di sospensione e il decreto di citazione a giudizio sono trasmessi alla polizia giudiziaria e inseriti nel centro di elaborazione dati delle Forze di polizia (previsto dall'articolo 8 della legge 1° aprile 1981, n. 121). Il provvedimento di sospensione è anche annotato nel casellario, In questo modo, qualora l'imputato venga rintracciato dalle Forze di polizia o coinvolto in un altro processo, sarà possibile notificargli la citazione a giudizio (e revocare l'ordinanza di sospensione)».

nanza di sospensione: in questo senso può affermarsi che incombe su tutti gli organi di polizia e in costanza dell'intero periodo di sospensione un obbligo di comunicare all'autorità procedente ogni notizia utile al fine di ripristinare il contatto cognitivo tra imputato e processo.

Semmai, sia nella prospettiva di limitare le incombenze di cui si fa carico alle forze di polizia, sia al fine di tutelare la riservatezza dell'individuo coinvolto negli accertamenti *de quibus*, sarebbe stato doveroso prevedere che, a seguito della revoca dell'ordinanza sospensiva (in particolare laddove la revoca sia motivata dall'esigenza di pronunciare un proscioglimento *ex art.* 129 Cpp), si disponesse la cancellazione dalla banca dati della corrispondente notizia a suo tempo inserita in ossequio agli obblighi comunicativi previsti dall'*art.* 143-*bis* NAttCpp.

3. In questo senso può dirsi che risulti formulata in modo più completo la previsione di cui all'*art.* 15. La disposizione modifica l'*art.* 3 e l'*art.* 5 del d.P.R. n. 313 del 14.11.2002 (t.u. sul casellario giudiziale), disciplinanti rispettivamente i provvedimenti iscrivibili nel casellario giudiziale e la corrispondente eliminazione delle iscrizioni. Nel prevedere l'iscrizione dell'ordinanza sospensiva all'interno del casellario giudiziale, il legislatore assicura la conoscibilità del provvedimento sospensivo in capo alle autorità giudiziarie che, a qualsiasi titolo, acquisiscano il certificato *de quo*. La disposizione è, ancora una volta, funzionale ad assicurare che, attraverso la circolazione della notizia dell'ordinanza sospensiva raggiunta tramite l'impiego procedimentale che ogni autorità giudiziaria fa del certificato del casellario giudiziale, maturino le condizioni per recuperare *aliunde* quella conoscenza del procedimento penale che ha fatto difetto all'interno del medesimo. Per tale motivo si prevede opportunamente che il certificato debba essere oggetto di aggiornamento, allorché per qualsiasi motivo si sia proceduto a revocare l'ordinanza sospensiva, riprendendo o chiudendo *ex art.* 129 Cpp il giudizio ove essa era stata pronunciata.

Peraltro, l'iscrizione ora disposta ai sensi della lett. *i-ter* dell'*art.* 3 d.P.R. 313/2002 può sortire l'effetto di produrre la conoscenza del procedimento sospeso attraverso due distinti binari: potrà verificarsi che l'acquisizione al fascicolo del dibattimento del casellario giudiziale disposto *ex art.* 21 d.P.R. 313/2002 per ragioni di giustizia determini la conoscenza di un processo sospeso ai sensi dell'*art.* 420-*quater* Cpp in capo ad un soggetto che partecipi ad altro procedimento penale quale indagato/imputato, ma anche come persona offesa o testimone. È altresì possibile che sia lo stesso soggetto nei cui confronti è stata pronunciata l'ordinanza di sospensione del processo *ex art.* 420-*quater* Cpp a richiedere il certificato generale o il certificato penale del casellario giudiziale ai sensi degli artt. 24 e 25 d.P.R. 313/2002: in tal caso, non essendo esclusa dall'atto rilasciato al privato l'iscrizione dell'ordinanza sospensiva, potrà dirsi raggiunta quella «prova certa che l'imputato è a conoscenza del procedimento avviato nei suoi confronti» che rappresenta una causa di revoca della sospensione con fissazione della data per la nuova udienza *ex art.* 420-*quinquies* Cpp.

Art. 15-bis

Norme transitorie

Le disposizioni di cui al presente capo si applicano ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della presente legge, a condizione che nei medesimi procedimenti non sia stato pronunciato il dispositivo della sentenza di primo grado.

In deroga a quanto previsto dal

comma 1, le disposizioni vigenti prima della data di entrata in vigore della presente legge continuano ad applicarsi ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della presente legge quando l'imputato è stato dichiarato contumace e non è stato emesso il decreto di irreperibilità.

Un faticoso assetto intertemporale

Commento di SERENA QUATTROCOLO

SOMMARIO: 1. Brevi cenni di inquadramento della vicenda intertemporale. – 2. Le indicazioni della l. 118/2014.

1. Il commento alla presente, complessa legge 67/2014 si conclude con l'insolita previsione di un articolo "bis", a testimonianza della peculiare scelta operata dal legislatore di intervenire, a breve distanza di tempo dalla promulgazione, su un testo che era parso sin da subito carente¹ di disciplina sotto il profilo intertemporale.

Come è stato segnalato, in alternativa ad un'altrettanto plausibile legge di interpretazione autentica², il Governo, promotore del disegno poi approvato con la l. 11.8.2014 n. 118, ha provveduto a graduare l'applicazione delle disposizioni della nuova legge 67/2014 ai procedimenti già in corso alla data di entrata in vigore di quest'ultima. Sebbene, infatti, per regola generale (art. 11 preleggi), la legge non disponga che per il futuro, l'esito dell'operazione normativa sfociata nella previsione qui in esame è quello di regolare l'applicazione della nuova disciplina a far data dal 17.5.2014, giorno di entrata in vigore della l. 67/2014. Il meccanismo, di non semplice lettura, ha comunque lasciato spazio a una sorta di "interregno" perdurato, appunto, sino all'entrata in vigore della legge "integrativa", durante il quale gli orientamenti giurisprudenziali sono stati decisamente variegati.

¹ «Davvero deprecabilmente», afferma Cass. II, 27.6.2014 n. 23882.

² In questo senso, M. Bonetti, *L'incidenza della riforma sui processi in corso*, in AA.VV., *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di D. Vignoli, Torino 2014, 285.

Com'è noto, infatti – e senza soffermarsi più del necessario su un quadro ormai mutato – l'assenza di qualsiasi previsione specifica in tal senso aveva spinto al recupero del solo dato normativo disponibile, ovvero il canone *tempus regit actum*, con l'impellente necessità di individuare quale atto dovesse essere assunto a riferimento. Allo scopo ben si era prestata la recente giurisprudenza delle Sezioni Unite, in materia di successione di leggi in ambito cautelare, con la quale anche il Supremo Collegio³ aveva ribadito la bontà di quell'orientamento che da tempo evidenzia l'ulteriore delicatezza del fenomeno della successione nel tempo di leggi riferibili ad atti aventi struttura complessa⁴. Si tratta di fattispecie del procedimento che non producono un effetto istantaneo – o soltanto istantaneo – ma che proiettano la loro portata nello svolgersi successivo del medesimo, costituendo la base o – meglio – il presupposto per l'emanazione di altri atti o per il compimento di successive attività, che, quindi, in esse trovano il proprio antecedente normativo⁵.

Il problema sollevato dalla sostituzione della previgente disciplina contumaciale con le due possibili alternative dell'assenza o della sospensione riguardava, infatti, non tanto l'individuazione dell'atto la cui disciplina era stata mutata – agevolmente indicato nella verifica della regolare costituzione delle parti – quanto, piuttosto, il comportamento da tenere in tutte le situazioni in cui tale verifica si fosse compiuta sotto l'imperio dei previgenti artt. 420-*bis*, *quater* e *quinquies* Cpp, ma i successivi adempimenti discendenti – come la notifica dell'estratto contumaciale ai fini dell'impugnazione o la restituzione nel termine per proporre, appunto, impugnazione – trovassero esecuzione dopo l'entrata in vigore della l. 67/2014. La già ricordata pronuncia del 27 giugno scorso, adottata dalla seconda sezione della Corte di cassazione, si era occupata proprio di stabilire quale regime restitutorio si dovesse garantire all'imputato che lamentasse la mancata conoscenza del procedimento a suo carico: se quello dell'ormai quasi totalmente abrogato art. 175 c. 2 Cpp, o, piuttosto, quello del nuovo rimedio revocatorio introdotto dall'art. 625-*ter* Cpp. Com'è noto, già la sezione semplice aveva anticipato le conclusioni poi fatte proprie anche dal *plenum* del Supremo Collegio, affermando l'applicabilità della previgente disciplina della restituzione nel termine⁶. Nella successiva pronuncia del 17.7.2014, infatti, proprio in relazione all'applicabilità del nuovo istituto, anche le Sezioni Unite affermavano che «l'art. 625-*ter*, comma 1, prevede che la richiesta possa es-

³ Cfr. Cass., sez. un., 31.3.2011, n. 27919, P.M. in proc. Ambrogio. Richiamavano già tale giurisprudenza, nel commento a prima lettura della l. 67/2014, R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Giudizi pendenti pieni di insidie interpretative*, in *GD* 2014 (21), 105.

⁴ Per un approccio sistematico al fenomeno cfr. O. Mazza, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano 1999, 30 ss.

⁵ Si tratta, invero, di «specifiche serie concatenate di atti, ciascuno dei quali non necessariamente vive “di luce propria”, ma ne può presupporre altri dai quali trae la propria *ratio essendi*»: Cass. 27.6.2014, cit.

⁶ Cass., S.U., 17.7.2014, n. 36848. Circa la tempestiva devoluzione della questione interpretativa alle Sezioni unite, cfr. G. Leo, *Subito alle Sezioni unite la nuova procedura di «rescissione del giudicato» (e la disciplina transitoria per il processo in assenza)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6.6.2014.

sere presentata dal condannato «nei cui confronti si sia proceduto in assenza per tutta la durata del processo». La disposizione non può dunque riguardare un “contumace” quale era stato dichiarato il richiedente nel processo a suo carico. Formulando, quindi, il principio di diritto per cui «ai procedimenti contumaciali trattati secondo la normativa antecedente alla entrata in vigore della l. 28 aprile 2014, n. 67, continua ad applicarsi la disciplina della restituzione nel termine per proporre impugnazione dettata dall’art. 175 Cpp, comma 2, nel testo previgente», le Sezioni Unite osservavano, del resto, come la presentazione del separato e successivo disegno di legge C 331-927 B, per regolare l’applicazione della nuova disciplina dell’assenza nei procedimenti in corso, venisse a sottolineare la volontà del legislatore «di non rendere retroattiva la nuova disciplina».

Con il conforto di tali orientamenti giurisprudenziali, fino all’entrata in vigore della l. 118/2014, gli uffici giudiziari si sono quindi esercitati sui possibili schemi di applicazione concreta del principio *tempus regit actum*, soprattutto in relazione a due vistosi problemi. *In primis*, appunto, quello delle richieste di applicazione di rimedi restitutori a favore dell’imputato ignaro, da trattarsi, alternativamente, in forza del già vigente disposto dell’art. 175 co. 2 Cpp, oppure dei nuovi istituti, caratterizzati, però, da un ben differenziato regime probatorio.

Più frequentemente, poi, si presentava la questione della notifica dell’estratto contumaciale nei procedimenti che si fossero già conclusi – o che stessero per concludersi – in primo o in secondo grado, al momento dell’entrata in vigore della nuova legge. Due le tendenze per lo più registrate, in merito, tra diversi uffici e, spesso, tra le diverse sezioni degli uffici. Per un verso, una lettura riteneva che, applicando il paradigma dell’atto avente conseguenze complesse alla dichiarazione contumaciale, avvenuta prima del 17.5.2014, fosse necessario continuare a notificare l’estratto contumaciale, dalla ricezione del quale sarebbe decorso il termine per impugnare. Diversamente, soprattutto nei casi in cui il dispositivo fosse già stato pronunciato e le motivazioni depositate, la mancata notificazione dell’estratto contumaciale avrebbe determinato la totale incertezza circa il *dies a quo* per impugnare (il 17 maggio 2014 stesso?), determinando la “corsa all’impugnazione” da parte dei difensori dei contumaci, onde evitare il rischio di una improvvida (e tutta da discutere...), declaratoria di inammissibilità del gravame. Altra prassi, invece, riteneva che proprio il canone *tempus regit actum* determinasse la necessità di ripetere, all’indomani dell’entrata in vigore della l. 67/2014, la verifica della mancata costituzione dell’imputato⁷ e di procedere alla

⁷ In questo senso, R. Magi, *Quale regime transitorio per le modifiche in tema di contumacia e irreperibilità?*, in www.questionegiustizia.it, 18.5.2014, il quale segnalava, nell’immediatezza dell’entrata in vigore della l. 67/2014, la «difficoltà di ritenere “valida” una dichiarazione di contumacia avvenuta prima del 17 maggio 2014 ed i cui effetti permangono sino al termine del procedimento». Pertanto, « nei procedimenti di primo grado in corso dopo il 17 maggio 2014 non può prescindersi – a nostro parere – dalla esecuzione di una ‘prova di resistenza’ della intervenuta dichiarazione di contumacia, perché la stessa, attualmente, affascia situazioni molto diverse tra di loro».

nuova declaratoria di assenza o, eventualmente, alla sospensione nei confronti del “non reperibile”⁸. Verificati i nuovi presupposti e tolto di mezzo il precedente “atto complesso”, la sopravvivenza delle vecchie disposizioni, ormai abrogate, non sarebbe più stata necessaria.

Il sopraggiungere della l. 118/2014 ha messo in luce una scelta intermedia del legislatore, tra le due prassi prospettate, pur attraverso soluzioni non del tutto lineari.

2. A partire dal 22 agosto 2014 – è stato statuito – si debbono applicare, in tutti i procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore della l. 67/2014⁹, le disposizioni del Capo III della medesima, purché non sia già stato pronunciato il dispositivo della sentenza di primo grado. Tale momento fissa un primo, ma non rigido, parametro temporale che distingue i casi di applicabilità della nuova disciplina da quelli di inapplicabilità. Tuttavia, l’affermazione, valutata di per sé, non pare in grado di dissolvere tutti i dubbi già sorti in precedenza. Infatti, il contenuto precettivo forse più pregnante del nuovo art. 15-*bis* l. 67/2014 risulta racchiuso nel secondo comma della disposizione, ove si afferma che in deroga proprio alla statuizione di cui sopra, la previgente disciplina continui ad applicarsi nei procedimenti in cui, fermo lo sbarramento della pronuncia del dispositivo di primo grado – oltre il quale, per previsione generale, la nuova disciplina non parrebbe comunque applicabile – l’imputato sia stato dichiarato contumace, ma non risulti anche irreperibile. Pertanto, nei procedimenti già in corso nella fase successiva alla declaratoria di contumacia in udienza preliminare (o all’udienza di comparizione dell’art. 555 Cpp), questa conserva la sua efficacia¹⁰, a meno che l’imputato non sia stato dichiarato irreperibile *ex art.* 159 Cpp, ipotesi nella quale, allora, sarà eventualmente disposta la sospensione, sulla scorta del nuovo “*sub-procedimento*” di cui all’art. 420-*quater* Cpp.

Posto che il decreto di irreperibilità sembra fungere da spartiacque tra casi di applicabilità e inapplicabilità della nuova disciplina, il testo, tuttavia, non scioglie il dubbio rispetto al dipanarsi delle ulteriori fasi del processo non sospeso. In particolare, rimane incerto l’atteggiamento da adottarsi per il caso in cui l’udienza preliminare si sia celebrata con le previgenti regole, ma all’apertura del dibattimento, dopo l’entrata in vigore della l. 118/2014, l’imputato ancora non compaia. Dal tenore dell’art. 15-*bis* co. 1 e 2 l. 67/2014 non è chiaro se debba farsi sempre applicazione della previgente disciplina, secondo una lettura testuale¹¹, o

⁸ Sul punto, A. De Caro, *Processo in absentia e sospensione. Una primissima lettura della legge n. 67 del 2014*, in *AP on line* (3) 2014, 27: «Non si può prescindere, a mio giudizio, dal verificare oggi, anche per i dibattimenti avviati, la correttezza della notifica all’imputato e ripeterla tutte le volte che essa si discosti dalle nuove disposizioni»

⁹ In questo senso, R. Bricchetti, *Sanata una svista, introdotto il regime transitorio per le nuove regole sugli irreperibili*, in *Il Sole 24 Ore*, 1° 9.2014.

¹⁰ In senso contrario D. Chinnici, *La sospensione del processo e il rito degli irreperibili tra novità e ambiguità*, in *AP on line* (3) 2014, 11.

¹¹ In questo senso, M. Bonetti, *L’incidenza della riforma sui processi in corso*, cit., 285.

se la rinnovata verifica della regolare costituzione, all'apertura del dibattimento, debba avvenire con le nuove disposizioni. Lo stesso problema, poi, rischierebbe di riproporsi nelle fasi successive, rispetto alle quali, però, la lettura più immediata del testo di legge sembra cristallizzare il previgente regime normativo. Infatti, il primo dato che si coglie dalla lettura dell'art. 15-bis co. 1 è il "confine" di pertinenza rappresentato dalla pronuncia del dispositivo di primo grado¹²: solo a monte di tale sbarramento sarebbe possibile l'applicazione, ai procedimenti già pendenti alla data del 17.5.2014, della disciplina di nuovo conio.

Non può tuttavia considerarsi del tutto implausibile una diversa lettura, basata sull'autonomia di ciascuna fase e di ciascun grado, all'esordio del quale la verifica della regolare costituzione delle parti dovrebbe seguire, in assenza di diversa volontà del legislatore, la regola *tempus regit actum*¹³. Del resto, è la stessa scansione normativa prevista dal codice a riconoscere una limitata efficacia, nel "tempo processuale", alla declaratoria di *absentia* dell'imputato: ad ogni fase e in ogni grado, la verifica deve essere rinnovata, in base alla disciplina vigente nel momento stesso della valutazione. Soltanto la diversa, inequivoca, volontà del legislatore intertemporale può perpetuare la previgente disciplina a tutti i successivi controlli: insomma, ribadita opportunamente la costante efficacia della declaratoria contumaciale già eseguita in udienza preliminare o in primo grado, secondo il precedente tenore dell'art. 420-bis Cpp, la "naturale" cessazione degli effetti di tale atto dovrebbe determinare l'applicazione, in occasione dei successivi controlli sulla regolare costituzione delle parti, della disciplina da ultimo entrata in vigore.

Ebbene, non pare potersi affermare che una simile volontà emerga in modo certo ed inequivoco dal testo dell'articolo in commento, soprattutto per quanto attiene alla scansione udienza preliminare-giudizio di primo grado. Semmai, una conclusione nel senso della generale sopravvivenza delle norme previgenti può ritenersi raggiunta in via sistematica. Insomma, l'esclusione dell'applicabilità delle disposizioni della l. 67/2014 ai procedimenti che, già in corso alla data della sua entrata in vigore, approdino ora a fasi successive all'udienza preliminare (o al giudizio di primo grado) si può trarre, più che da una perentoria formulazione legislativa, dal quadro d'insieme venuto formandosi in questi mesi. In primo luogo pare utile il richiamo alla considerazione di partenza, ovvero alla teoria della complessità delle ricadute di taluni atti processuali: derivano, dall'essere stata – in prima battuta – applicata al-

¹² Cfr. J. Della Torre, *Le Sezioni unite sulla rescissione del giudicato: nonostante i primi chiarimenti, l'istituto rimane problematico*, in www.penalecontemporaneo.it, 5.12.2014, 14.

¹³ Si veda, nel contesto di una più articolata riflessione la considerazione di P. Silvestri, *Le nuove disposizioni in tema di processo "in assenza" dell'imputato*, Ufficio del massimario della Corte di cassazione, 5.5.2014, 62: «la valutazione della esistenza o meno delle condizioni per la declaratoria di contumacia e, quindi, la stessa dichiarazione di contumacia costituirebbe un atto la cui legittimità deve essere valutata al momento in cui la stessa è compiuta sulla base della normativa in quel momento vigente».

l'imputato la previgente disciplina contumaciale¹⁴, una serie di conseguenze che si irradiano lungo tutto il procedimento. La rilevanza e l'articolazione delle conseguenze di quella declaratoria risultano tali che di certo «il regime delle impugnazioni deve necessariamente restare ancorato al diritto passato»¹⁵. Del resto, anticipando le conclusioni fatte proprie della sezione semplice e dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, la relazione di accompagnamento al progetto, poi approvato con l. 118/2014, affermava – pur con specifico riguardo alla sola rescissione del giudicato – la difficile applicabilità dell'istituto nei procedimenti che non si fossero svolti integralmente sotto il regime della novella introdotta con il Capo III della l. 67/2014. Peraltro, la coerenza di tutto l'apparato degli interventi operati sul piano restitutorio – caratterizzati da misure di grande incisività e innovatività proprio in materia di impugnazioni – avvalorava la lettura pur non incontestabilmente desumibile dall'art. 15-bis co. 1 l. 67/2014, di esclusione dell'applicabilità della nuova disciplina, in occasione delle verifiche sulla regolare costituzione dell'imputato nei giudizi di impugnazione che si aprano dopo l'entrata in vigore della novella. Meno netta la soluzione prospettabile con riguardo al passaggio tra udienza preliminare e giudizio di primo grado: non avendo adottato altro riferimento temporale che la pronuncia del dispositivo di primo grado, il legislatore potrebbe aver voluto intendere che ogni verifica effettuata prima di tale momento – anche in ragione di una lettura “armoniosa” dell'intero procedimento – debba essere effettuata in forza della previgente disciplina.

Insomma, *semel contumax, semper contumax*? Parrebbe di sì, ad esclusione dell'irreperibile¹⁶ nei cui confronti, prima della pronuncia del dispositivo di primo grado, deve essere applicata la sospensione, mentre debbono comunque proseguire, senza sospensione, i procedimenti già pendenti nei confronti di imputati irreperibili, nell'interesse dei quali il difensore, di fiducia o d'ufficio, abbia promosso l'impugnazione.

Anche con riguardo alla disciplina transitoria, allora – come già nell'intero Capo III della legge in commento – la bontà dell'intento del legislatore si è tradotta in formule non precise, attraverso un linguaggio e una logica che non sembrano idonei a cogliere tutte le sfumature con-

¹⁴ Nel commento a prima lettura della l. 67/2014 R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Giudizi pendenti*, cit., 106, affermavano, rispetto al dubbio di come procedere in appello nei confronti di un imputato già dichiarato contumace: «coerenza vorrebbe che si comportasse come il giudice di primo grado (o dell'udienza preliminare)».

¹⁵ Così, testualmente, M. Bonetti, *L'incidenza*, cit., 286.

¹⁶ Pare piuttosto inverosimile che l'imputato già dichiarato contumace secondo la previgente disciplina, in udienza preliminare, possa poi essere dichiarato irreperibile solo all'apertura del dibattimento: la sopraggiunta impossibilità di effettuare la notifica del decreto che dispone il giudizio (*ex art. 429 c. 4 Cpp*) potrà al massimo dar luogo all'applicazione dell'art. 161 c. 2 e ss. Cpp e non all'emissione del decreto di irreperibilità: volendo, cfr. S. Quattrocchio, *La sospensione del processo nei confronti dell'imputato non comparso e la revoca della relativa ordinanza*, in AA.VV., *Il giudizio in assenza dell'imputato*, a cura di D. Vigoni, Torino 2014, 242) ove ciò, tuttavia, si verifici concretamente, dovrà farsi applicazione, in forza dell'art. 15-bis c. 2 l. 67/2014, della sospensione.

crete che nella realtà processuale si posso produrre. È questa la definitiva dimostrazione che più le prospettive della riforma sono ampie e articolate, meno il legislatore può prescindere da una effettiva collaborazione preventiva da parte della dottrina e del mondo degli operatori del diritto?¹⁷ Se così fosse, la legge 67/2014 avrebbe già raggiunto un ragguardevole risultato.

¹⁷ M. Bargis, *La rescissione del giudicato ex art. 625 ter c.p.p.: un istituto da rivedere*, in www.penalecontemporaneo.it.

Rilevanza penale degli atti amministrativi adottati nel vigore della legge c.d. Fini-Giovanardi

di GIUSEPPE TOSCANO

SOMMARIO: 1. Gli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 32/2014 sul sistema tabellare previsto dal TuStup. – 2. La disciplina prevista dall'art. 2 d.l. 20.3.2014 n. 36: a) le tesi a sostegno della retroattività delle nuove tabelle... – 3. b) La necessaria valenza *ex nunc* delle tabelle introdotte. – 4. Il correttivo introdotto dal co. 1-*bis* in sede di conversione.

1. Con l'art. 2 d.l. 20.3.2014 n. 36 (poi conv. con mod. in l. 16.5.2014 n. 79), il legislatore interviene sul c.d. "sistema tabellare" previsto nella legislazione in materia di stupefacenti¹ e, in particolare, sul regime temporale degli atti amministrativi adottati nel vigore del d.l. 30.12.2005, n. 272, convertito, con modificazioni, nella l. 21.2.2006, n. 49 (c.d. legge Fini-Giovanardi), prevedendo che gli stessi riprendano a produrre effetti nonostante la loro caducazione conseguente alla sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale².

Come è noto, in tale occasione la Corte era stata chiamata a pronunciarsi sugli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter* della legge Fini-Giovanardi, che, intervenendo sulla disciplina del TuStup, avevano eliminato la precedente distinzione tra "droghe pesanti" e "droghe leggere" e di conseguenza unificato il trattamento sanzionatorio di tutte le condotte di produzione, traffico e detenzione illecita di stupefacenti.

Per espressa indicazione dei Giudici delle leggi, con la dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme impugnate, «*tornano a ricevere applicazione l'art. 73 del d.P.R. n. 309/1990 e le relative tabelle, in quanto mai validamente abrogati, nella formulazione precedente le modifiche apportate con le disposizioni impugnate*»³: riprende vigore, dunque, il vecchio discrimine "tabellare" tra "droghe pesanti" e "droghe leggere"⁴.

¹ Per un approfondimento sul sistema tabellare e sulle ragioni che hanno indotto il legislatore ad introdurlo nella disciplina in materia di stupefacenti, si rimanda, per tutti, a S. Trombetti, *Le tabelle*, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, IV, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino 2010, 555 ss.

² Il preambolo del decreto dà espressamente conto del fatto che lo stesso sia stato emanato in seguito alla citata sentenza della Corte costituzionale del 12.2.2014, n. 32.

³ C. cost. 25.2.2014. n. 32, in www.cortecostituzionale.it, § 5 del «considerato in diritto».

⁴ Con riguardo al problema della reviviscenza della norma abrogata e della compatibilità di tale effetto col principio della riserva di legge in materia penale, si rimanda a A. Celotto, *Reviviscenza degli atti normativi*, in *EG XVII*, 1998, 1 ss.

Il vizio di costituzionalità era stato ravvisato con riferimento all'art. 77 co. 2 Cost., a causa del «difetto di omogeneità, e quindi di nesso funzionale, tra le disposizioni del decreto legge e quelle impugnate, introdotte dalla legge di conversione»⁵.

Il carattere prettamente procedurale del vizio ha comportato peraltro – per espressa indicazione della Corte – la declaratoria di illegittimità costituzionale dei due articoli nella loro interezza⁶, generando una messe copiosa di problemi teorico-applicativi derivanti dalla conseguente espunzione, con efficacia *ex tunc*, di numerose disposizioni del testo unico (anche di carattere amministrativo) introdotte dalla Fini-Giovanardi.

Nessun problema di disciplina si pone per le principali sostanze, essendo le stesse inserite anche nelle tabelle del testo originario; un vero e proprio vuoto normativo si è invece creato con riguardo alle (nuove) sostanze introdotte nel vigore della legge poi dichiarata incostituzionale⁷.

La pronuncia “ablatoria” si è dunque mostrata gravida di conseguenze non solo sul versante penale, ove si è determinata la sopravvenuta non punibilità delle condotte aventi ad oggetto le sostanze inserite in dette tabelle⁸, ma anche sul fronte amministrativo; basti pensare all'esclusione di dette sostanze dalla vigilanza del Ministero della Salute o

⁵ C. cost. 25.2.2014, n. 32, cit., § 4 del «considerato in diritto». La Corte, in particolare, ha rilevato che «il rispetto del requisito dell'omogeneità e della interrelazione funzionale tra disposizioni del decreto-legge e quelle della legge di conversione ex art. 77, secondo comma, Cost., sia di fondamentale importanza per mantenere entro la cornice costituzionale i rapporti istituzionali tra Governo, Parlamento e Presidente della Repubblica nello svolgimento della funzione legislativa»: C. Cost. 25.2.2014, n. 32, cit., § 4.4 dei «Considerato in diritto». Tale pronuncia, come osservato da V. Manes - L. Romano, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti della democrazia penale*, in *DPenCont* 2014, (1), 215 ss., si colloca in un'ideale linea di continuità con un'altra recente sentenza della stessa Consulta, la n. 5/2014, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2268 d.lgs. n. 66 del 2010 (codice dell'ordinamento militare), nella parte in cui, al n. 297 del co. 1, abroga(va) la disposizione relativa al reato di associazione di carattere militare per scopi politici (d.lgs. 43/1948), sul presupposto di una “carezza” della necessaria delega legislativa.

⁶ V. C. cost. 25.2.2014, n. 32, § 4.5 del «considerato in diritto». Si ricorda che relativamente all'art. 4-*vicies ter*, la censura veniva appuntata non sull'intera disposizione, bensì unicamente sul co. 2 lett. a, e sul co. 3 lett. a n. 6, nella parte in cui aveva sostituito gli artt. 13 e 14 del TuStup, unificando le tabelle che identificano le sostanze stupefacenti. Per un commento, v., fra gli altri, C. Cupelli, *Il testo unico sugli stupefacenti alla prova del “cambio di passo” della giurisprudenza costituzionale*, in *CP* 2013, 3418 ss.

⁷ L'esigenza di un nuovo intervento del legislatore sorta in seguito alla pronuncia della Corte Costituzionale è stata prontamente messa in luce da M. Brancaccio - G. Fidelbo - R. Piccirillo - R. Zizanovich, *Prime riflessioni sulle possibili ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sul trattamento sanzionatorio in materia di sostanze stupefacenti*, 23 ss., in www.cortedicassazione.it.

⁸ Va rammentato, inoltre, che i decreti del Ministero della salute, nella prassi sviluppatasi dal 2006, venivano presi come riferimento per verificare la sussistenza della causa di non punibilità dell'uso personale ovvero per ritenere applicabile l'aggravante dell'ingente quantità: cfr., per tutte, Cass. S.U. 24.5.2012, n. 36258, in *CP* 2013, 515.

alle ripercussioni sull'efficacia dei provvedimenti concernenti le autorizzazioni alla produzione o alla fabbricazione delle sostanze stupefacenti, l'approvazione dei ricettari per prescrivere medicinali con effetti stupefacenti o la registrazione informatica e il trasporto di tali medicinali⁹.

2. In ragione di quanto sin qui osservato, il d.l. 36/2014 ripristina opportunamente le tabelle caducate¹⁰, aggiornandole con qualche centinaio di nuove sostanze stupefacenti (per la maggior parte "droghe sintetiche"), che dal 2006 ad oggi erano state di volta in volta integrate attraverso decreti ministeriali¹¹.

L'intervento del legislatore, per quanto necessario, potrebbe tuttavia non rivelarsi sufficiente a "sanare" anche per il passato il vuoto normativo venuto a crearsi per effetto della sentenza della Corte costituzionale¹². Nonostante l'apposita previsione dell'art. 2 del decreto, permane più di un dubbio circa la possibilità di attribuire, tramite la stessa, efficacia *ex tunc* alle tabelle da ultimo ripristinate. La "cassazione" delle tabelle previste dal TuStup ha difatti prodotto una serie di *abolitiones criminis* relativamente alle condotte poste in essere prima dell'entrata in vigore del decreto legge ed aventi ad oggetto le sostanze previste nelle tabelle caducate. Una "sanatoria" *ex post* di questa situazione, presentando innegabili ricadute *in malam partem*, sembrerebbe di per sé in contrasto con il canone assoluto dell'irretroattività della legge più sfavorevole che domina la materia penale.

Nell'intento di salvare la validità delle tabelle introdotte dalla Fini-Giovanardi e i relativi decreti di aggiornamento, si è suggerito di considerare tali atti amministrativi come autonomi ed indipendenti dalla vigenza degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter*¹³. Nella sentenza n. 32/2014, con riguardo alle disposizioni non direttamente colpite dalla declaratoria di

⁹ Cfr. la Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, V. Paziienza, "Novità legislative: L. 16 maggio 2014, n. 79 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 20 marzo 2014, n. 36, recante disposizioni urgenti in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, nonché di impiego di medicinali meno onerosi da parte del Servizio sanitario nazionale", in www.cortedicassazione.it.

¹⁰ Dal momento che la sentenza della Corte ha censurato i vizi procedurali e non gli aspetti sostanziali delle disposizioni dichiarate incostituzionali (v., *supra*, § 1 e relativa nota 5), l'art. 2 del d.l. 36/2014, al di là della sua efficacia temporale, rispetta comunque i limiti di validità posti dalla legge n. 400 del 1988, che, all'articolo 15 co. 2, lett. e preclude al Governo la possibilità di ripristinare mediante decreto-legge «l'efficacia di disposizioni dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale per vizi non attinenti al procedimento».

¹¹ Sottolinea la natura amministrativa dei decreti di aggiornamento e modifica delle tabelle S. Trombetti, *Le tabelle, cit.*, 571.

¹² V., *supra*, § 1.

¹³ Si veda il documento predisposto dalla procura della Repubblica presso il Tribunale di Lanciano, *Disciplina penale in materia di sostanze stupefacenti conseguenti al d.l. n. 36/14, conv. nella l. 79/14. Linee guida*, 22.5.14, 6 ss., consultabile sul sito www.magistraturademocratica.it.

incostituzionalità, la Corte aveva difatti demandato al giudice ordinario il compito di individuare quali tra esse «non fossero più applicabili perché divenute prive del loro oggetto e quali, invece, dovessero continuare ad avere applicazione in quanto non presuppongono la vigenza degli artt. 4-bis e 4-vicies ter»¹⁴. Secondo tale interpretazione, i decreti contenenti le nuove tabelle rientrerebbero proprio in quest'ultima categoria e, pertanto, non possono dirsi travolti dalla pronuncia di incostituzionalità. Tale orientamento, sulla base del principio del *favor rei*, conclude nel senso di far rientrare in ogni caso tali sostanze nelle tabelle II e IV (“droghe leggere”), di modo da far operare gli effetti più favorevoli all'imputato¹⁵.

Tale prospettazione, tuttavia, non pare potersi accogliere, posto che, avendo la pronuncia investito direttamente gli artt. 13 e 14 TuStup, nella formulazione modificata dalla c.d. legge “Fini-Giovanardi”, anche i decreti emanati per la loro attuazione necessariamente vengono meno: il travolgimento della base normativa primaria non può che comportare il travolgimento dei regolamenti che su quella base si fondavano¹⁶.

Maggiore approfondimento esige invece un secondo indirizzo che, mosso sempre dall'intento di evitare il vuoto normativo nel periodo di vigenza della Fini-Giovanardi, ammette la possibilità di un intervento *ex post* del legislatore, ritenendolo non una (inammissibile) deroga al canone assoluto della irretroattività della *lex gravior*, bensì un limite all'operatività del principio della retroattività della *lex mitior*¹⁷. Viene all'uopo rilevato come, nel nostro ordinamento, la dichiarazione di incostituzionalità rientri tra le diverse ipotesi, disciplinate positivamente (art. 30 co. 4 l. 11.3.1953 n. 87), in cui si determina l'introduzione di una *lex mitior* in senso stretto in ambito penalistico, con la produzione di un “mutamento favorevole retroattivo” nel sistema delle incriminazioni¹⁸. In tale prospettiva, una disciplina quale quella dettata dalla disposizione qui considerata ben potrebbe operare retroattivamente come deroga al principio della retroattività degli effetti delle sentenze di incostituzionalità di una norma penale. Si sottolinea, in particolare, come tale prospettazione trovi conforto nello statuto costituzionale del principio della retroattività *in mitius* che, secondo l'insegnamento consolidato di dottrina e giurisprudenza¹⁹, consente al legislatore, in considerazione di

¹⁴ Cfr. C. cost. 25.2.2014, n. 32, § 6 del «considerato in diritto».

¹⁵ Cfr., procura della Repubblica presso il Tribunale di Lanciano, *Disciplina penale in materia di sostanze stupefacenti*, cit., 16.

¹⁶ Così F. Viganò, *Droga: il governo corre ai ripari con un d.l. sulle tabelle, ma la frittata è fatta (e nuovi guai si profilano all'orizzonte...)*, in www.penalecontemporaneo.it, 24.3.2014.

¹⁷ Cfr. M. Gambardella, *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, in CP 2014, suppl. n. 9, 30 ss.; Id., *Il ripristino ope legis delle tabelle degli stupefacenti*, in AP 2014, 2, 8 ss.

¹⁸ V., *amplius*, M. Gambardella, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino 2012, 56 ss.

¹⁹ Dottrina e giurisprudenza maggioritaria ricollegano difatti il principio di retroattività non al principio di legalità di cui all'art. 25 co. 2 Cost., bensì al principio d'eguaglianza, che, oltre a fissarne il fondamento costituzionale, ne segna anche il limite di operatività. Cfr., tra gli altri, T. Padovani, *Tipicità e successione di leggi penali*.

una più ragionevole ponderazione degli altri interessi in gioco, di evitare che gli effetti più favorevoli della nuova disciplina retroagiscano. Proprio una valutazione di carattere assiologico suggerirebbe nella fattispecie di assicurare la continuità degli effetti prodotti dalle disposizioni attuative degli artt. 13 e 14 del TuStup adottate nel vigore della legge “Fini-Giovanardi”²⁰.

3. Anche tale impostazione, seppur pregevole nel proprio intento, non pare tuttavia convincente.

Nell'individuare l'esatta incidenza della pronuncia della Corte costituzionale sul sistema tabellare introdotto dalla l. “Fini-Giovanardi”, pare opportuno prendere le mosse dalla natura giuridica delle tabelle e dei relativi decreti di aggiornamento.

Ci giunge in soccorso, in proposito, quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione relativamente al sistema di incriminazione previsto dal TuStup, secondo cui «non trova applicazione la normativa in materia di stupefacenti ove le condotte abbiano ad oggetto sostanze droganti non incluse nel catalogo di legge»²¹. Il legislatore, attraverso il sistema tabellare, ha dunque introdotto una nozione *legale* di sostanza stupefacente²² e, pertanto, possono essere sanzionate penalmente *soltanto* quelle condotte che riguardino sostanze inserite nelle tabelle allegate alla legge.

La tecnica normativa utilizzata dal legislatore nel TuStup rientra, in particolare, nel fenomeno dell'integrazione di norma incriminatrice

La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice e della sua sfera di applicazione nell'ambito dell'art. 2, 2° e 3° comma, c.p., in RIDPP 1982, 1354 e ss.; G. Vassalli, Abolitio criminis e principi costituzionali, in GC 1983, 377. Si spinge oltre G. de Vero, Corso di diritto penale, Torino 2012, 300 ss., che individua quale fondamento costituzionale del principio di retroattività anche il finalismo rieducativo di cui all'art. 27 co. 3 Cost. Secondo l'A. non avrebbe senso continuare ad applicare la pena ad un reo che non è più portatore di alcuna istanza di tipo rieducativo. La Corte costituzionale ha tuttavia avallato l'orientamento maggioritario dapprima citato, ravvisando nel solo principio di uguaglianza il fondamento (ma anche il limite) del canone della retroattività: v. C. cost. 23.11.2006, n. 394, in DPP 2007, 324.

²⁰ In tal senso v., ancora, M. Gambardella, *La nuova disciplina*, cit., 30 ss.; Id., *Il ripristino*, cit., 10.

²¹ Cfr. Cass. 16.2.2007, n. 19056, in RP 2007, 860, ove la Suprema Corte ha disposto la scarcerazione del titolare di uno “smart shop” che aveva venduto semi di *rosa hawaiana* (sostanza dai comprovati effetti allucinogeni) ad uno studente poi suicidatosi, sul presupposto che tale vegetale non risultava incluso nelle tabelle.

²² Il sistema c.d. tabellare è stato invero adottato per la prima volta con la l. 22.10.1954 n. 1041 e ha successivamente trovato applicazione nella l. 22.12.1975 n. 685. Per un quadro dell'evoluzione storica della disciplina in materia di stupefacenti, cfr. L. Papi, *Normativa in materia di detenzione e spaccio di sostanze stupefacenti: l'evoluzione legislativa e gli aspetti salienti della regolamentazione attuale*, in RIMedLeg 2008, 181; A. Bassi, *La disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, Padova 2010, 3 ss.; G.C. Amato - G. Fidelbo, *L'evoluzione storica e gli obblighi pattizi: dalle “sostanze velenose” alla riforma del 2006*, in AA.VV., *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, Torino 2012, IX, 271 ss. Sulla natura “legale” della nozione di sostanza stupefacente è unanime anche la giurisprudenza, cfr., per tutte, Cass. S.U. 24.6.1998, n. 9973, in FI 1998, II, 758 ss.

per il tramite di fonte largamente subordinata²³, e tuttavia, per generale riconoscimento²⁴, compatibile con la riserva di legge, in quanto specificatrice sul piano strettamente tecnico del corrispondente elemento costitutivo²⁵.

I decreti ministeriali che istituiscono e aggiornano le tabelle contengono, dunque, *norme integratrici* nel senso sopra indicato: il loro venire meno genera pertanto fenomeni di successione c.d. “mediata”²⁶ che, secondo parte della dottrina²⁷, si risolvono nell’*abolitio criminis*. Risulta dunque precluso al legislatore intervenire *a posteriori* per colmare il conseguente vuoto normativo, a ciò ostando il disposto di cui all’art. 25 co. 2 Cost., che vieta la possibilità di interventi retroattivi *in malam partem*²⁸.

²³ Va ricordato che, sul versante dell’art. 2 co. 2 Cp, diversamente da quanto accade con riferimento all’art. 47 co. 3 Cp, la giurisprudenza tende quasi sempre a negare la sussistenza di rapporti di “integrazione” tra norma penale ed extrapenale. Secondo un orientamento ormai consolidato, «la successione nel tempo di leggi extrapenali, che modificano il contenuto del precetto sanzionato penalmente, non intacca la configurazione tipica della norma incriminatrice, la quale definisce soltanto la struttura essenziale e circostanziale del reato, e non fa venir meno il disvalore del fatto anteriormente commesso». Cfr., tra le altre, Cass. 24.1.2003, n. 1571, *DPP* 2003, con nota di L. Riscicato, *Interventi di recupero edilizio e successione di norme extrapenali: le c.d. “modifiche mediate” della fattispecie incriminatrice*, 993 e ss. Anche secondo tale interpretazione “restrittiva”, l’art. 2 co. 2 Cp, sarebbe tuttavia applicabile nelle ipotesi di norme extrapenali “integratrici”; v., ancora, G.L. Gatta, *Abolitio criminis e successione di norme “integratrici”: teoria e prassi*, Milano 2008, 68. Per una sintesi sui diversi indirizzi emersi in merito all’applicabilità dell’art. 2 co. 2 Cp nelle diverse ipotesi di c.d. modifiche mediate, cfr. L. Riscicato, *La restaurata ostilità delle Sezioni unite nei confronti della modifiche mediate della fattispecie penale*. Il commento, in *DPP* 2008, 314 ss.

²⁴ V., per tutti, G. Marinucci - E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, Milano 2001, 99 ss.

²⁵ Il fenomeno si pone al confine con quello delle c.d. “norme parzialmente in bianco”, ovvero sia quelle norme ove la legge penale commina la sanzione e descrive solo una parte della fattispecie legale astratta, demandando la descrizione di uno o più elementi costitutivi del reato ad una norma diversa. Fa rientrare in tale tecnica normativa il sistema previsto dal TuStup, G.L. Gatta, *op. cit.*, 76. Sulla controversa distinzione tra norme parzialmente in bianco ed elementi normativi di fattispecie, è imprescindibile il riferimento a L. Riscicato, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano 2004, 95 ss. L’A., rilevata la “salda base comune” tra le due tipologie in esame rappresentata dal meccanismo di eterointegrazione che in diversa misura le contraddistingue, individua nell’«intensità» e nell’«estensione» del collegamento tra norma penale e norma extra-penale l’unico *discrimen* possibile tra le due diverse tecniche normative.

²⁶ Sulle c.d. modifiche mediate della fattispecie incriminatrice, v. S. Camaioni, *Successione di leggi penali*, Padova 2003, 46 e ss.; G. de Vero, *La successione di leggi penali, in La legge penale, il reato, la persona offesa*, a cura di G. de Vero, *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, Torino 2010, 55 ss.; G. Marinucci - E. Dolcini, *Corso*, cit., 273 e ss.; T. Padovani, *Tipicità e successione*, cit., 1354 e ss.; F. Palazzo, voce *Legge penale*, in *DigDPen*, VII, Torino 1993, 364 e ss. Con specifico riferimento al sistema tabellare adottato dal TuStup, v. G.L. Gatta, cit., 875.

²⁷ Cfr., tra gli altri, L. Riscicato, *Gli elementi*, cit., 273; G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*⁶, Bologna 2010, 95 ss.; G. de Vero, *Corso*, cit., 306; *Contra* G. Marinucci - E. Dolcini, *Corso*, cit., 273; M. Romano, *sub art. 2 Cp*, in Id., *Commentario sistematico del codice penale*³, I, Milano 2004, 59.

²⁸ Suggestiva l’immagine evocata da G. Marinucci - E. Dolcini, *Corso*, cit., 253: per gli A. se «il giudice o il legislatore potessero disporre *ex post* della sua libertà per-

Eloquente si mostra in tal senso l'interpolazione normativa avvenuta sulla disposizione che ci occupa in sede di conversione. Mentre nel decreto legge veniva previsto che gli atti amministrativi adottati sino alla data della pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 32/2014 «continuano» a produrre effetti, in sede di conversione, più opportunamente il verbo «continuano» è stato sostituito con «riprendono».

Si è così condivisibilmente scritto che la sostituzione serve «a fugare in radice il dubbio che il legislatore intendesse introdurre una disciplina con efficacia retroattiva, volta ad evitare l'effetto di frattura della continuità normativa prodottasi nella rilevanza penale delle sostanze introdotte per la prima volta nelle tabelle dalla stessa legge n. 49 del 2006»²⁹.

In tale prospettiva, la disciplina transitoria prevista dalla disposizione in esame, relativamente alle sostanze reintrodotte dalle (nuove) tabelle coeve al decreto, determina esclusivamente la rilevanza penale delle condotte poste in essere *dopo* la sua entrata in vigore, ma non produce (e non potrebbe produrre) alcun effetto retroattivo rispetto alle condotte compiute sino al 21.3.2014 (data di entrata in vigore del d.l. 36/2014), a ciò ostando il principio costituzionale di irretroattività della legge penale più sfavorevole di cui all'art. 25 co. 2 Cost³⁰.

La sentenza della Corte Costituzionale ha dunque prodotto, *irrimediabilmente*, una serie di *abolitiones criminis* rispetto a tutti i fatti concernenti le sostanze introdotte per la prima volta nelle tabelle dal 2006 e commessi prima dell'entrata in vigore del d.l. 36/2014: a tali ipotesi andrà pertanto applicata la disciplina dell'art. 2 co. 2 Cp³¹. Va osservato difatti come tali condotte siano state compiute in un arco temporale durante il quale le sostanze cui si riferivano non erano ancora state *validamente* inserite nelle tabelle previste dal TuStup³²: tanto basta ad escluderne *de plano* la rilevanza penale³³.

sonale, il cittadino sarebbe alla mercé dello Stato che, come il mostro biblico, sarebbe solo un oppressivo Leviatano».

²⁹ F. Viganò, *Convertito in legge il d.l. n. 36/2014 in materia di disciplina degli stupefacenti, con nuove modifiche (tra l'altro) al quinto comma dell'art. 73*, in www.penalecontemporaneo.it, 19.5.2014; solleva qualche perplessità rispetto a tale conclusione L. Romano, *La riforma della normativa di contrasto agli stupefacenti: osservazioni sulla legge 16 maggio 2014, n. 79*, in www.penalecontemporaneo.it, 29.5.2014, 14 ss.

³⁰ Per un quadro della giurisprudenza costituzionale sul principio di irretroattività tracciato in occasione del cinquantenario dell'istituzione della Corte costituzionale, v. G. Marinucci, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte Costituzionale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli 2006, 77 s. Sulla «versione europea» dell'irretroattività penale v. V. Valentini, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Bologna 2012, 97 ss.

³¹ V. F. Viganò, *Droga*, cit., punto 2.

³² V., *supra*, § 1.

³³ Sul versante giurisprudenziale, la tesi dell'*abolitio criminis* è stata sostenuta di recente dal procuratore della Repubblica di Busto Arsizio nella richiesta di revoca (reperibile sul sito www.penalecontemporaneo.it) formulata in data 7 aprile 2014, ai sensi dell'art. 673 Cpp, in relazione ad una sentenza di patteggiamento emessa per il delitto di illecita importazione di *Catha Edulis* essiccata. Nella richiesta, il p.m. ha an-

Ne consegue che, relativamente ai processi in corso, dovrebbe essere emessa, *ex art.* 129 Cpp, sentenza di proscioglimento perché il fatto non è previsto dalla legge come reato; riguardo invece alle sentenze già passate in giudicato, esse andrebbero revocate *ex art.* 673 co. 1 Cpp³⁴.

4. Alla disposizione transitoria di cui al co. 1 art. 2 d.l. 32/2014, il Parlamento, in sede di conversione, ha aggiunto un comma 1-*bis*, proprio al fine di consentire ai decreti emanati fino alla data di pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 32/2014 di *riprendere* vigore. Posta la reviviscenza del sistema differenziato, tale ultima disposizione prevede che «ogni richiamo alla tabella II è da riferirsi alla tabella dei medicinali, di cui all'allegato A del presente decreto». Nel vigore della legge "Fini-Giovanardi", a causa dell'unificazione della disciplina sanzionatoria, venivano previste unicamente due tabelle: la tabella I ove venivano indicate le sostanze che non trovavano alcun impiego terapeutico e che, quindi, non potevano essere prescritte; e la tabella II ove, invece, venivano raggruppate, in cinque differenti sezioni, le sostanze aventi proprietà curative e pertanto definite come medicinali³⁵. Attraverso tale correttivo di natura formale, i decreti applicativi del Tu-Stup potranno riprendere vigore anche nel restaurato sistema sanzionatorio differenziato scaturente dalla sentenza della Corte costituzionale, oggi strutturato su cinque nuove tabelle.

zitutto evidenziato che la predetta sostanza è stata inserita nella tabella I, allegata al testo unico sugli stupefacenti, attraverso la legge n. 49/2006, di conversione del d.l. n. 272 del 2005, dichiarata costituzionalmente illegittima dalla sentenza 32/2014 (precisandosi che l'inserimento era avvenuto proprio con la legge di conversione, e non con un successivo decreto ministeriale). Il p.m. ha quindi richiamato la giurisprudenza della Corte di cassazione sul carattere "legale" della nozione di sostanza stupefacente, riportando la massima della sentenza della Suprema Corte, 23.6.2003 n. 34072, che proprio in relazione alla pianta di "*Catha Edulis*" aveva escluso la rilevanza penale della condotta, non essendo la pianta inserita in alcuna tabella e risultando irrilevante la possibilità di estrarre, da essa, un principio attivo che risultasse inserito in tabella. Nel sollecitare la revoca della sentenza, il p.m. ha infine evidenziato l'irrilevanza del fatto che la *Catha Edulis* fosse stata oggi reinserita nella tabella I dal sopravvenuto d.l. 36/2014.

³⁴ Occorre segnalare che la quarta sezione della Corte di Cassazione, con ordinanza del 12.11.2014, ha rimesso alle Sezioni Unite la questione relativa alla rilevanza penale dei fatti concernenti sostanze introdotte per la prima volta nelle tabelle seguite alla legge 21.2.2006 n. 49 e commessi prima dell'entrata in vigore del d.l. 21.3.2014 n. 36, convertito in legge 16.5.2014 n. 79.

³⁵ Sul contenuto delle tabelle emanate nel vigore della legge "Fini-Giovanardi" v., per tutti, G.C. Amato, *Le definizioni e le classificazioni essenziali*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, cit., 249 ss.

Hanno collaborato a questo fascicolo

VALENTINA BONINI

Ricercatore di diritto processuale penale, Università di Pisa

PASQUALE BRONZO

Ricercatore di diritto processuale penale, Università Sapienza di Roma

DAVID BRUNELLI

Ordinario di diritto penale, Università di Perugia

ANDREA CALLAIOLI

Avvocato in Pisa

MATTIA CELVA

Dottorando di ricerca in scienze giuridiche, Università di Parma in convenzione con l'Università di Modena e Reggio Emilia

MASSIMO CERESA-GASTALDO

Ordinario di diritto processuale penale, Università Bocconi, Milano

CLAUDIA CESARI

Ordinario di diritto processuale penale, Università di Macerata

MARIA TERESA COLLICA

Ricercatore di diritto penale, Università di Messina

ANNALISA MANGIARACINA

Ricercatore di diritto processuale penale, Università di Palermo

ADRIANO MARTINI

Associato di diritto penale, Università di Pisa

ENRICO MARZADURI

Ordinario di diritto processuale penale, Università di Pisa

FRANCESCO MORELLI

Ricercatore di diritto processuale penale, Università di Ferrara

DOMENICO NOTARO

Ricercatore di diritto penale, Università di Pisa

SERENA QUATTROCOLO

Associato diritto processuale penale, Università di Torino

PAOLA SPAGNOLO

Associato diritto processuale penale, Università L.U.M.S.A., Roma

GIUSEPPE TOSCANO

Dottorando di ricerca in scienze giuridiche, Università di Messina

PAOLO VENEZIANI

Ordinario di diritto penale, Università di Parma

MARCO VENTUROLI

Assegnista di ricerca in diritto penale, Università di Ferrara

CARMINE LUCA VOLINO

Perfezionando in diritto penale, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

ANGELO ZAPPULLA

Associato di diritto processuale penale, Università di Catania