

IPSOA

Diritto penale e processo

Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina

ISSN 1591-5611 - ANNO XXIV - Direzione e redazione Via dei Missaglia, n. 97 - 20142 Milano

3/2018

 edicolaprofessionale.com/DPP

**Ipertrofia normativa e declino
del sistema processuale**

**Differimento della pena per grave
infermità e principi costituzionali**

**Danno, pericolo e condotta tipica
nella bancarotta**

RIFORMA

LEGGE ORLANDO

- Intercettazioni
- Impugnazioni

DIREZIONE SCIENTIFICA

Giorgio Spangher
Paolo Pisa (condirettore)

COMITATO SCIENTIFICO

Roberto Bartoli
Paolo Ferrua
Luigi Kalb
Antonella Marandola
Francesco Palazzo
Marco Pelissero
Sergio Seminarà
Paolo Tonini

TARIFFA B.O.C. - POSTE ITALIANE SPA - SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO



Wolters Kluwer

CODICE DI PROCEDURA PENALE COMMENTATO

a cura di Angelo GIARDA e Giorgio SPANGHER

AGGIORNATO CON LA RIFORMA ORLANDO

€ 320

Cod. 00201550

L'Opera fornisce il commento degli articoli del Codice di procedura penale, delle Norme di attuazione di coordinamento e transitorie, del trattato di Lisbona, delle Disposizioni sul processo penale a carico di minorenni e sulle relative norme di coordinamento e transitorie, del Giudice penale di pace, della Responsabilità degli enti, del Mandato d'arresto europeo, delle Spese di giustizia, dell'Ordinamento penitenziario, del Procedimento di prevenzione, del T.U. Stupefacenti, dell'Immigrazione clandestina, della Violenza negli stadi, della legge Pinto e della Banca Dati DNA.

Per la prima volta sono commentati: la Carta di Nizza; la CEDU; il Processo di criminalità organizzata; la DA.SPO.; l'art. 131 bis c.p.

La V edizione è aggiornata con tutte le **novità normative**, da ultimo, il commento alla Riforma Orlando; il testo del D.Lgs. n. 52/2017 **"Attuazione della Convenzione di Bruxelles del 29.5.2000"** e dello schema di d.lgs. approvato il 17.3.2017 **"Ordine europeo di indagine penale"** e con la **giurisprudenza più recente**.



**EDITORIALE**

Riforma del processo penale	IPERTROFIA NORMATIVA E DECLINO DEL SISTEMA PROCESSUALE di <i>Sergio Lorusso</i>	285
------------------------------------	--	------------

SPECIALE - RIFORMA ORLANDO (II)

Intercettazioni	INTERCETTAZIONI: UNA RIFORMA COMPLICATA E INUTILE di <i>Leonardo Filippi</i>	294
Appello	LA SPECIFICITÀ ESTRINSECA DEI MOTIVI DI APPELLO TRA SEZIONI UNITE E RIFORMA ORLANDO di <i>Guido Pierro</i>	306
Appello	LA RINNOVAZIONE DELL'ISTRUTTORIA DIBATTIMENTALE IN APPELLO: DUBBI APPLICATIVI E QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE di <i>Barbara Nacar</i>	314

LEGISLAZIONE

NOVITÀ NORMATIVE	332
------------------	------------

OSSERVATORIO

OSSERVATORIO CORTE COSTITUZIONALE a cura di <i>Giuseppe di Chiara</i>	335
OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE a cura di <i>Giulio Garuti</i>	339
OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - DIRITTO PENALE a cura di <i>Stefano Corbetta</i>	343
OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - PROCESSO PENALE a cura di <i>Antonella Marandola</i>	349
OSSERVATORIO CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI a cura di <i>Irene Scordamaglia</i>	353

GIURISPRUDENZA

Estorsione	I CONFINI FRA ESERCIZIO ARBITRARIO DELLE PROPRI E RAGIONI CON VIOLENZA ALLE PERSONE ED ESTORSIONE <i>Cassazione Penale, Sez. II, 26 settembre 2017 (ud. 13 settembre 2017), n. 44234</i> di <i>Sofia Braschi</i>	357 358
Esecuzione	DIFFERIMENTO DELLA PENA PER GRAVE INFIRMITÀ E PRINCIPI COSTITUZIONALI <i>Cassazione Penale, Sez. I, 5 giugno 2017 (c.c. 22 marzo 2017), n. 27766</i> <i>Cassazione penale, Sez. I, 23 novembre 2016 (c.c. 22 giugno 2016), n. 49825</i> di <i>Giulia Mugnai</i>	370
Bancarotta	DANNO, PERICOLO E CONDOTTA TIPICA NELLA BANCAROTTA <i>Cassazione Penale, Sez. V, 7 aprile 2017 (ud. 24 marzo 2017), n. 17819</i> di <i>Ugo Pioletti</i>	384

OPINIONI

Vittima del reato TUTELA DELLA VITTIMA E FUNZIONE DELLA PENA di <i>Valentina Masarone</i>	397
---	------------

OSSERVATORIO

OSSERVATORIO CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO a cura di <i>Carlotta Conti</i>	407
OSSERVATORIO CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA a cura di <i>Silvio Riondato</i>	412

INDICI

INDICE AUTORI, CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI, ANALITICO	416
---	------------

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Diritto penale: G. Amarelli; A. Bernardi; M. Bertolino; S. Canestrari; A. Ceretti; F. D'Alessandro; G. De Francesco; M. V. Del Tufo; E. Dolcini; M. Donini; G. Fiandaca; A. Fiorella; G. Flora; G. Fornasari; G. Forti; A. Gargani; G.L. Gatta; G. Grasso; R. Guerrini; G. Insolera; S. Larizza; C. de Maglie; V. Maiello; V. Manes; G. Mannozi; F. Mantovani; A. M. Maugeri; E. Mezzetti; V. Militello; A. Pagliaro; C. E. Paliero; M. Papa; L. Picotti; L. Risicato; M. Romano; A. Rossi; A. Vallini; F. Viganò.

Processo penale: E. Amodio; A. Bargi; G. Bellantoni; T. Bene; A. Bernasconi; P. Corso; A. De Caro; D. Curtotti; P. Dell'Anno; O. Dominion; V. Fanchiotti; M. Ferraioli; L. Filippi; C. Fiorio; A. Gaito; A. Giarda; P. Gualtieri; S. Lorusso; M.R. Marchetti; E. Marzaduri; M. Menna; P. Moscarini; G. Pansini; V. Patane; A. Pennisi; G. Pierro; A. Presutti; S. Sau; A. Scaglione; M. Scaparone; A. Scella.

Giurisprudenza italiana n. 1/2018:

Diritto penale:

- S. Cavallini, *La bancarotta fraudolenta "in trasformazione": verso il recupero della dimensione lesiva dell'archetipo prefallimentare?* (Cassazione penale, Sez. V, 1° agosto 2017 (c.c. 23 giugno 2017), n. 38396); 183.

- A. Alberico, *Connessione funzionale tra qualifica e illecito nel delitto di depistaggio* (Cassazione penale, Sez. VI, 17 maggio 2017 (c.c. 30 marzo 2017), n. 24557); 196.

Diritto Processuale Penale:

- V. Aiuti, *Rinnovazione del dibattimento e "provata condotta illecita"* (Cassazione penale, Sez. II, 11 dicembre 2017 (c.c. 26 settembre 2017), n. 55068); 205.

- K. La Regina, *Brevi note sul riconoscimento della voce nel processo penale* (Cassazione penale, Sez. II, 16 marzo 2017 (c.c. 27 gennaio 2017), n. 12858); 212.

Riforma del processo penale

Ipertrafia normativa e declino del sistema processuale

di Sergio Lorusso

Il progressivo declino del sistema processuale disegnato nel codice 1988 è frutto di numerose variabili che hanno prodotto la sconfessione dell'originaria opzione accusatoria. Tra le cause principali, il prepotente emergere di politiche della sicurezza, fonte di una legislazione emotiva che considera il processo penale quale strumento privilegiato di contrasto ai fenomeni criminali.

Da qui l'ipertrafia della fase procedimentale, in grado di assicurare risultati tempestivi e facilmente spendibili nel dibattito pubblico. Le innovazioni in materia di riti differenziati confermano tale tendenza: l'intento di produrre economie processuali è realizzato spesso a scapito delle garanzie difensive.

L'auspicio di una rifondazione del diritto processuale penale che recuperi lo spirito di fondo del codice Vassalli, superando le derive inquisitorie, deve fare i conti con una classe politica refrattaria a visioni di lungo (o medio) periodo, avvinta da tentazioni efficientistiche - immediatamente appaganti in termini di consenso - che fanno propendere per un processo penale di stampo punitivo.

The progressive decline of the procedural system designed in the 1988 code is the result of numerous variables that have produced the repudiation of the original accusatory option. Among the main reasons, the overpowering emergence of security policies, source of emotional legislation that considers the criminal proceedings a key tool to combat criminal activities.

From here the hypertrophy of the pre-trial stage, able to ensure timely results, easily usable by the public's opinion. The innovations in the field of the special forms of procedure confirm this trend: the aim of producing procedural economies is often achieved to the detriment of rights of defence.

The desire for a refoundation of the criminal procedural law that recovers the underlying spirit of the Vassalli code, overcoming the inquisitorial drifts, must deal with a political establishment that is refractory to long (or medium) period visions, endured by temptations to make the trial more efficient - immediately satisfying in terms of consensus - which rather lead to a punitive criminal proceedings.

Il sistema frammentato

L'ennesimo intervento legislativo in materia di processo penale (1) offre l'occasione per alcune considerazioni sul progressivo declino del sistema processuale disegnato ormai quasi trent'anni orsono, a coronamento di un interminabile *iter* di riforma che ha attraversato fasi e snodi fondamentali della vita del nostro Paese nella seconda metà del secolo scorso. Già nel 1961, nell'imminenza dell'elaborazione della bozza Carnelutti - primo ed ardito tentativo di sovvertire gli equilibri del codice Rocco pur novellato

nel 1955 al fine di adeguarlo, per quanto possibile, ai canoni costituzionali -, si evidenziava da parte di autorevole dottrina come ogni riscrittura dell'ordito normativo esigesse l'apporto congiunto (e sinergico) della scienza e della tecnica del processo penale, "che si realizza attraverso una proficua divisione del lavoro e una distribuzione di competenze: la tecnica ha bisogno del nutrimento dei principi elaborati dalla scienza, se vuole sollevarsi dall'empirismo; la scienza ha bisogno a sua volta della tecnica, se vuole liberarsi dalle pastoie di un dommatismo sterile" (2).

(1) Il riferimento è alla L. 23 giugno 2017, n. 103, e alle deleghe legislative a questa collegate, che hanno originato il D.Lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, recante *Disposizioni in materia di intercettazioni o comunicazioni*, e lo schema di D.Lgs. recentemente licenziato dal Governo e ora all'attenzione del Parlamento, relativo alla riscrittura dell'ordinamento penitenziario generale, che ha (in

parte) recepito le indicazioni fornite dalla Commissione istituita con decreto dal Guardasigilli il 19 luglio 2017 e presieduta da Glauco Giostra.

(2) G. De Luca, *Introduzione*, in Aa.Vv., *Primi problemi della riforma del processo penale*, a cura di G. De Luca, Atti del Convegno (Venezia, 15-17 settembre 1961), Firenze, 1962, 7.

Editoriale

Processo penale

Uno “sforzo comune”: è quel che è mancato e manca - più di ogni altra cosa - nella generosa attività di riscrittura del codice, in quell’attivismo normativo che ha contraddistinto il legislatore *post* riforma senza soluzione di continuità. Perché si è sempre meno tenuto conto degli *input* della dottrina, anche per responsabilità ascrivibili a quest’ultima non di rado incline all’autoreferenzialità e al culto di una propria intrinseca superiorità, tutta da dimostrare; al pari dei suggerimenti dell’avvocatura, strenuamente impegnata nella battaglia a difesa delle garanzie individuali troppo spesso condotta, però, con levate di scudi, irrigidimenti e chiusure che hanno inficiato le pur legittime rivendicazioni di coloro che esercitano la funzione difensiva; mentre si è dato uno spazio crescente alle indicazioni rinvenienti dalla magistratura - specie dalla giurisprudenza di legittimità - cooptate acriticamente e “in ordine sparso” nell’apparato normativo, nella convinzione che fosse l’unico interlocutore credibile dei *conditores* in ragione dell’esperienza maturata “sul campo” (a volte carente negli esponenti dell’accademia) e del non essere portatrice di interessi “di parte” (come invece accade, almeno stando alla *vulgata* corrente, per il ceto forense). Da qui un processo di disgregazione e di polverizzazione lento, costante e inarrestabile, che ha condotto ineluttabilmente all’attuale assetto originando quello che è possibile definire un “non sistema”, un sistema frammentato del quale è arduo - se non impossibile - abbozzare una ricostruzione concettuale dotata di un minimo di coerenza interna (3).

Venti anni vissuti pericolosamente

Se allarghiamo l’angolo di osservazione all’ultimo ventennio, ci accorgiamo che lo stesso risulta essere caratterizzato dall’esplosione di politiche della

sicurezza le quali - sul fronte processuale - hanno comportato una frammentazione delle regole frutto di una visione della macchina giudiziaria intesa quale strumento privilegiato (quando non esclusivo) da utilizzare nell’azione di contrasto ai fenomeni criminali più diffusi e di maggiore allarme sociale.

Tale opzione - i cui risultati sul campo, com’è noto, risultano tutt’altro che appaganti e corrispondenti alle attese - è accuratamente coltivata e ampiamente praticata dai *conditores* (senza distinzioni significative in relazione ai vari schieramenti e appartenenze), ghermiti dalle sirene di agevoli successi nel breve periodo spendibili di fronte all’opinione pubblica e dunque, in ultima analisi, fruibili in termini di crescita del consenso.

Da qui il proliferare di “pacchetti sicurezza”, figli della “legislazione dell’emergenza” (reale o presunta) (4), di una legislazione emotiva che spesso deborda in una concezione emotiva della giustizia tesa ad arginare “in tempo reale” la domanda di giustizia della collettività, attenta più ai risultati immediati conseguibili che all’esigenza di realizzare un accertamento processuale accurato, meditato, garantito e rispettoso delle regole che l’ordinamento si è dato.

Agli albori del terzo millennio, con la L. 26 marzo 2001, n. 128, recante *Interventi legislativi in materia di tutela della sicurezza dei cittadini*, ci troviamo di fronte ad un prodotto normativo composito, che tocca ambiti tra loro eterogenei (dal diritto penale sostanziale a quello processuale, da quello concernente le misure di prevenzione a quello strettamente legato alla materia dell’ordine e della sicurezza pubblica), uniti dalla finalità di offrire nuovi e più efficaci strumenti (preventivi e repressivi) di lotta alla criminalità, specie nella sua declinazione di più immediata e stringente percezione sociale (emblematica,

(3) Fin dal 2000, del resto, accorta dottrina evidenziava come fosse sovente difficile, dato il sovrapporsi disordinato delle novelle legislative, “individuare la coerenza con un organico disegno riformatore” di interventi “a pioggia” resistenti ad una sia pur minima ricostruzione sistematica (G. Conso - V. Grevi, *Premessa alla prima edizione*, in Aa.Vv., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso - V. Grevi - Marta Bargis, VIII ed., Milano, 2016, XLVII).

E un decennio prima, all’indomani dell’*annus horribilis* segnato da pesanti interventi della Corte costituzionale e del legislatore che stravolgevano l’assetto originario del codice 1988, F. Cordero, *Procedura penale*, II ed., 1992, *Premessa*, V, rilevava che “non s’era mai visto un codice così fluido e deperibile”, corrosivo da innesti normativi e riletture cogenti del dato positivo che “dissonano dal sistema, a supporre che ne esista ancora uno”, generando ibridi di non facile classificazione. “È finito il tempo delle norme scolpite nel marmo”, sentenziava l’illustre A., prefigurando la cronica provvisorietà cui il codice di rito era ormai destinato.

Più recentemente G. Spangher, *Considerazioni sul processo “criminale” italiano*, Torino, 2015, 17 s., ha ampliato la visione

prospettica tesa a illuminare l’orizzonte incerto del processo penale rilevando come il sistema si stia progressivamente “destrutturando in alcuni sottosistemi con sue peculiari caratteristiche, connotati da percorsi differenziati e da significative deroghe alle regole ed ai principi del modello *standard*” legate alla natura del reato, con significative ricadute su profili variegati e basilari quali la durata delle indagini, le misure cautelari o le modalità acquisitive della prova. Ritiene viceversa che “l’incessante ed a volte spasmodica proliferazione legislativa [...] non deve far pensare che il *diritto processuale penale* manchi di una sua *intrinseca sistematicità*” A. Giarda, *Il sistema delle «fonti» del diritto processuale penale*, in Aa.Vv., *Compendio di procedura penale*, cit., LXV.

(4) Come già evidenziato in S. Lorusso, *Il fascino discreto dell’emergenza*, in Aa.Vv., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, a cura di S. Lorusso, Padova, 2008, XXI, il fenomeno è risalente, tanto da essere ormai diventato un dato strutturale che il varo del codice 1988 ha finito paradossalmente per aggravare, elevando a regola l’eccezione e sdoganando una “cultura dell’emergenza” fonte d’instabilità e d’incoerenza del costruito normativo e, in ultima analisi, d’irrazionalità del sistema.

da questo punto di vista, è l'introduzione delle fattispecie di furto in abitazione e furto con strappo *ex art. 624-bis c.p.*). Il risultato si connota in termini di scarsa organicità, elevata frammentarietà e "tendenza all'alterazione degli equilibri normativi sottesi all'impostazione originaria del codice", facendo emergere "non poche difficoltà di lettura e di armonizzazione normativa" e contribuendo a rendere il codice "praticamente ingestibile e culturalmente indecifrabile" (5).

Inascoltato l'appello rivolto al legislatore a calibrare con maggiore oculatezza la sua azione, bandendo "improvvide estemporaneità" nel segno di "un'attenta rimediazione delle trame del sistema" alla luce della rinnovata cornice costituzionale, i prodotti normativi *post* 11 settembre ribadiscono (e rafforzano) una linea d'intervento "settorial(e), episodica (a), avuls(a) da convincenti strategie d'insieme di politica del processo" (6). Collante di tale disordinato operare, anche stavolta, l'afflato dell'emergenza e della sicurezza pubblica, variamente declinato: da fenomeni indubitabilmente eclatanti quali il terrorismo internazionale e l'immigrazione clandestina (7), ai più circoscritti (ma non meno allarmanti) episodi di violenza in occasione di eventi sportivi (8). L'assenza di una visione unitaria produce tracciati di politica legislativa antitesi dalle forti antinomie, difficilmente componibili, nonostante finiscano per prevalere logiche efficientistiche a scapito delle garanzie individuali.

Nella stessa direzione si muove il d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con modificazioni nella L. 24 luglio 2008, n. 125, recante *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*. Si ripropone il binomio "urgenza-sicurezza pubblica", condensato in un "pacchetto" la cui sintetica denominazione ancora una volta è un diminutivo solo apparente che non evoca ridotte risorse normative bensì un

insieme - seppur disorganico, a dispetto delle aspirazioni dei *conditores* - di misure legislative che spaziano in vari campi: diritto penale, diritto processuale penale, sistema delle misure di prevenzione, ordinamento giudiziario, diritto amministrativo. Le norme all'uopo confezionate denunciano i limiti anzidetti: disarmonicità, mancanza di progettualità, frammentazione, sguardo miope e circoscritto al contingente (9).

Basti pensare, sotto il profilo della contraddittorietà, alle scelte operate in materia di riti differenziati, che da un lato - seppur mosse da una logica di esemplarità - esaltano l'accelerazione e quindi l'economia processuale (giudizio direttissimo, giudizio immediato), dall'altro con questa confliggono (abrogazione del concordato sui motivi in appello sulla base di discutibili argomentazioni (10), nonostante gli ottimi risultati conseguiti e le sue ricadute in punto di durata ragionevole del processo), non consentendo di individuare una linea d'intervento unitaria che esuli dai temi - di certo non processuali - della sicurezza e del contrasto all'illegalità diffusa.

Considerazioni non dissimili valgono per il temporalmente contiguo "pacchetto sicurezza" del 2009 (d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito con modificazioni nella L. 23 aprile 2009, n. 38, recante *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori*; L. 15 luglio 2009, n. 94, icasticamente intitolata *Disposizioni in materia di pubblica sicurezza*), che interviene su diritto penale sostanziale e processuale, misure di prevenzione, responsabilità da reato delle persone giuridiche, ordinamento penitenziario, diritto amministrativo. Le "nuove emergenze" ispirano un coacervo di norme la cui unica *liaison* è, per l'appunto, la sicurezza pubblica, elevata a matrice di un "sottosistema" (11), estrinsecazione di quella "società della paura" invalsa nel mondo occidentale in questo primo scorcio del terzo

(5) In questi termini G. Spangher, *Premessa*, in Aa.Vv., *Le nuove norme sulla tutela della sicurezza dei cittadini (cd. "Pacchetto sicurezza")*, coordinato da G. Spangher, Milano, 2001, XI s., che più in generale sottolinea l'accentuarsi della "precarietà delle norme destinate, spesso, a vivere una brevissima stagione" anche a causa del tumultuoso legiferare che impedisce di tracciare "almeno le linee guida del modello processuale, risultando addirittura improponibile sviluppare riflessioni di 'sistema'".

(6) Così G. Di Chiara, *Presentazione*, in Aa.Vv., *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di G. Di Chiara, Torino, 2003, VII, nel rimarcare come "una proliferazione alluvionale di norme [sia] foriera di effetti destabilizzanti sui generali ormai sfaldati equilibri di sistema".

(7) Cfr. S. Lorusso, *Strappi e scorciatoie nel trattamento del migrante clandestino*, in *questa Rivista, Speciale immigrazione*, 2009, 51.

(8) Si veda, più diffusamente, S. Lorusso, *Sicurezza pubblica e diritto emergenziale: fascino e insidie dei rimedi processuali*, in *questa Rivista*, 2010, 269 s.

(9) V. le considerazioni svolte in S. Lorusso, *Il fascino discreto dell'emergenza*, cit., XXI s., anche per quanto concerne il ricorso smisurato e inopportuno alla decretazione d'urgenza, in spregio agli ordinari meccanismi di normazione, che mortifica la sovranità del Parlamento.

(10) Cfr. la *Relazione al decreto legge 23 maggio 2008, n. 92*, in AS 692, *Schede di lettura*, 2008, 8, 46.

(11) È la tesi di G. Spangher, *I profili processuali del "sottosistema" della sicurezza*, in Aa.Vv., *Il sistema della sicurezza pubblica*, a cura di F. Ramacci - G. Spangher, Milano, 2010, XXXIX, che sottolinea come la necessità di acquisire e mantenere il consenso abbia contribuito a valorizzare il tema della "sicurezza", facendogli assumere una forte connotazione "politica" e alimentando l'urgenza di risposte parametriche all'intensità delle questioni poste sul tappeto.

Editoriale

Processo penale

millennio (12) che legittima il predominio dell'esecutivo, la contrazione dei diritti individuali (anche di quelli definiti inviolabili dalle Carte fondamentali) (13) e l'adozione di strumenti di tutela extrapenale che comprimono le libertà fondamentali della persona umana senza le garanzie proprie del sistema penale (14).

Successivi e più circoscritti provvedimenti legislativi confermano il quadro fin qui delineato, intervenendo con un *mix* di norme di diritto penale sostanziale e processuale non sempre coerente in risposta a fenomeni criminali particolarmente deprecabili e di elevato impatto sociale che colpiscono soggetti deboli: dai reati legati allo sfruttamento e all'abuso sessuale nei confronti dei minori (L. 1° ottobre 2012, n. 172, legata alla necessità di ratificare la Convenzione di Lanzarote, che si pone in una linea di continuità con la L. 6 febbraio 2006, n. 38) alla violenza di genere (d. l. 14 agosto 2013, n. 93, convertito con modificazioni nella L. 15 ottobre 2013, n. 119).

La L. 28 aprile 2014, n. 67, insieme al D.Lgs. 16 marzo 2015, n. 28, appaiono poi volti sotto vari profili a realizzare le istanze di sfooltimento dei carichi giudiziari, in omaggio alle esigenze di speditezza e di economia processuale - naturale portato del canone della durata ragionevole del processo (art. 111 comma 2 Cost.) -, convergendo sotto un duplice profilo nella direzione tracciata dalle politiche della sicurezza pubblica: per un verso, difatti, irrobustiscono la concezione efficientistica (ed economicistica) della giustizia penale, che sta alla base delle predette opzioni normative; per altro verso (al primo intimamente collegato) liberano risorse - o almeno si propongono di farlo - da destinare alla repressione dei fenomeni criminali di maggiore allarme sociale, grazie all'incremento dei meccanismi che consentono un'uscita anticipata dal circuito giudiziario

(sospensione del processo con messa alla prova, condotte riparatorie, estinzione del reato per particolare tenuità del fatto).

Da ultimo, la L. 23 giugno 2017, n. 103, pur slegata da palesi istanze securitarie, avvalorata l'immagine di un legislatore non particolarmente versato nell'approccio coerente e sistematico alle tematiche (e alle problematiche) della giustizia penale, punto sul quale avremo modo di ritornare più avanti; e questo nonostante le pretese di organicità avanzate e rivendicate dall'esecutivo, che di questa riforma è stato il motore. Un non blando segnale dell'incidenza che le politiche della sicurezza ha sulle scelte in materia di politica criminale, tuttavia, può cogliersi nell'inatteso *stop* che l'attuazione della delega legislativa in materia di ordinamento penitenziario contenuta nella L. 103/2017 ha subito in prossimità della consultazione elettorale: le indubbie ricadute negative, in termini di consenso, di una riforma considerata da talune forze politiche una generosa e inopportuna concessione a categorie di detenuti di elevata pericolosità sociale ha evidentemente pesato sull'atteggiamento prudenziale assunto dal governo.

Questo, in sintesi (e senza pretese di completezza), il bilancio di un ventennio "vissuto pericolosamente", all'insegna della sicurezza quale *imprinting* di (quasi) ogni intervento legislativo in materia di processo penale, impropriamente piegato a strumento elettivo di contrasto nei confronti di fenomeni criminali sempre più evoluti, insistenti, complessi e pervasivi (o comunque più fortemente percepiti dall'opinione pubblica), rispetto ai quali i tradizionali rimedi preventivi si dimostrano in verità poco efficaci. Il tutto, peraltro, in linea di continuità con una tendenza emersa nella seconda metà del secolo scorso, quando era ancora in vigore il codice Rocco (15)

(12) Illuminanti a tal proposito le riflessioni di J. Simon, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, ed. it., Milano, 2008, *passim*, che evidenzia come l'"ossessione criminale" abbia messo in crisi le fondamenta dello Stato di diritto nordamericano.

Più in generale, sulla presenza pervasiva nella società occidentale di paure latenti nonostante gli *standard* di sicurezza e di benessere economico raggiunti, v. Z. Baumann, *Paura liquida*, ed. it., Roma-Bari, 2008, *passim*.

(13) V., sul punto, le pregnanti considerazioni di R. Orlandi, *Esistono davvero diritti inviolabili?*, in Aa.Vv., *Il contrasto alla criminalità organizzata. Contributi di studio*, a cura di V. Fanchiotti - M. Miraglia, Torino, 2016, 265 s., che sottolinea come, "nell'esperienza penalistica, l'inviolabilità dei diritti [sia] soggetta a torsioni e compressioni di vario grado, in ragione della gravità, dell'insidiosità, della temibilità dei fenomeni da reprimere o prevenire".

(14) È quanto rimarcano O. Mazza e F. Viganò, *Introduzione*, in *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di O. Mazza - F. Viganò, Torino, 2009, XVIII s.

(15) Lo evidenzia G. Spangher, *Considerazioni sul processo "criminale italiano"*, cit., 11, ripercorrendo le tappe che hanno condotto, a partire dalla stagione delle stragi e del terrorismo interno (culminata nei c.d. "anni di piombo"), a riversare sul processo penale - considerato lo strumento più flessibile e dunque da rafforzare - ogni speranza di esito positivo della battaglia contro la criminalità.

Nella stessa direzione A. Marandola, *Il nuovo obiettivo della giustizia penale: la decongestione endoprocessuale*, in Aa.Vv., *Verso un processo penale accelerato. Riflessioni intorno alla l. 67/2014 al d.lgs. 28/2015 e al d.l. 2798/2014*, a cura di A. Marandola - K. La Regina - Roberta Aprati, Napoli, 2015, XV s., che sottolinea il (necessitato) "rafforzamento dell'intervento penale e la progressiva dilatazione del processo a sede deputata alla difesa e alla prevenzione sociale, facendole perdere la sua vocazione e la sua genesi".

Radicale, in proposito, è la presa di posizione di L. Violante, *Il nuovo codice e il contesto: un impegno difficile ma necessario*, in Aa.Vv., *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero*, Atti del

contrassegnato da ben diversi rapporti di forza tra le fasi del processo.

Il superamento della cesura cognitiva tra investigazione e giudizio

Anche ai tempi della bozza Carnelutti il dibattito sulla riforma si incentrò fin da subito sulla prima fase del processo, l'istruttoria del codice 1930, ritenuta a ragione l'ambito che più di ogni altro richiedeva rimedi "urgenti e radicali", in ragione dell'"inutile complicazione della sua struttura" che prolungava in maniera intollerabile la durata del processo aggravandone i costi per l'imputato e dell'"assenza, nel momento della formazione della prova, del contraddittorio tra le parti", con conseguente - quanto inevitabile - "svalutazione del dibattimento" (16).

Dunque, nulla è cambiato?

Estensione temporale irragionevole del processo e *deficit* di contraddittorio tra accusa e difesa continuano ad essere le patologie più evidenti - e importanti - del processo penale italiano, nonostante il ribaltamento (almeno apparente) dell'archetipo processuale operato dal codice 1988 sulla scia di una delega legislativa che imponeva di attuare principi e criteri quali la massima semplificazione nello svolgimento dell'*iter* processuale (con eliminazione di ogni atto o attività non essenziale) (direttiva n. 1), l'adozione del metodo orale (direttiva n. 2) e la partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento (direttiva n. 3).

Quanto alla prima, evidentemente, l'esperienza giudiziaria di questi ultimi anni non può che rafforzare la convinzione secondo cui più delle riforme destinate

ad incidere sulle dinamiche processuali sono quelle che incidono sulle strutture e sull'organizzazione della giustizia penale a condizionare - quando non a dettare - i tempi del processo, insieme ad un mutamento culturale degli operatori difficile da realizzare nel breve periodo ma necessario affinché le nuove norme non vengano fatalmente piegate a vecchie logiche.

Rispetto alla seconda occorre dire che - a dispetto delle inequivocabili opzioni del legislatore nel 1988 - la progressiva retrocessione del fulcro del processo alla fase delle indagini preliminari (17) ha prodotto giocoforza un correlativo arretramento delle garanzie difensive, *in primis* sotto il profilo del diritto di interloquire su materiali probatori "grezzi" ma destinati ad incidere pesantemente sulla decisione finale (e non solo nel caso di opzione per epiloghi differenziati di natura premiale).

Infranta la regola della separazione tra fasi, espressione della cesura cognitiva tra indagini e dibattimento, il *vulnus* all'effettività del contraddittorio si manifesta in tutta la sua potenza e produce immancabili ricadute sui tempi del processo, dilatandoli. L'approdo dibattimentale si fa più remoto, e con esso la possibilità di dispiegare pienamente la forza del contraddittorio quale metodo di conoscenza dei fatti (18) (a dispetto di quanto prescritto dall'art. 111 comma 4 Cost. e dalla sua pacifica interpretazione, avallata anche dalla Consulta (19)), che è alla base di ogni opzione processuale orientata - seppur con un indice di fedeltà al modello astratto più o meno elevato - in direzione accusatoria. Il nuovo assetto non è scevro di conseguenze in punto di caratterizzazione dei ruoli processuali (almeno di quelli principali) e delle relative interazioni, di cui determina una metamorfosi talora radicale.

seminario di Torino (4-5 maggio 1990), a cura di M. Chiavario, Milano, 1991, 287, che denuncia l'assorbimento di ogni politica di contrasto del crimine nel processo penale, innalzato a una sorta di grande *totem* chiamato a risolvere i problemi politici, di ordine pubblico, della responsabilità civile e amministrativa, con conseguente inevitabile fallimento, "indipendentemente dal contenuto delle regole".

(16) E quanto afferma G. De Luca, *Introduzione*, cit., 10.

Per una puntuale ricostruzione dei contenuti della bozza Carnelutti si veda O. Mazza, *L'illusione accusatoria: Carnelutti e il modello dell'inchiesta preliminare di parte*, in Aa.Vv., *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, a cura di L. Garlati, Milano, 2010, 153 s.

(17) Dato risolutivo nel processo che ha defraudato il *corpus* normativo della propria identità, come rilevato in S. Lorusso, *La fase preliminare vent'anni dopo*, in Aa.Vv., *Il codice di procedura penale in vent'anni di riforme. Frammenti di una costante metamorfosi*, Atti del Convegno (Roma, 20 novembre 2008), Torino, 2009, 3 s.

(18) Sottolinea "la forza epistemica del contraddittorio, la sua natura di strumento utile alla ricostruzione dei fatti, pur nella fallibilità di ogni criterio (non esiste il Metodo della Verità)" P. Ferrua, *La*

prova nel processo penale, vol. I, *Struttura e procedimento*, II ed., Torino, 2017, 132 s., la cui forza sta "nell'opposizione dialettica, nello scontro ritualizzato", grazie al quale la verità si rivela "contro il volere stesso delle parti, proprio nel conflitto delle opposte prospettive", e non "per le intuizioni solitarie di un giudice onnisciente (secondo la logica inquisitoria), né per la ricerca sincera e disinteressata delle parti (come nel dialogo platonico)".

(19) Cfr. Corte cost., sentenza 26 giugno 2009, n. 184, in *Giur. cost.*, 2009, 2039 s., ove si afferma che il principio del contraddittorio nel momento genetico della prova costituisce (principalmente) "uno strumento di salvaguardia 'del rispetto delle prerogative dell'imputato'", come già evidenziato da Corte cost., sentenza 6 febbraio 2009, n. 29, in *Giur. cost.*, 2009, 210 s.; v. anche, in precedenza, Corte cost., ordinanza 14 febbraio 2002, n. 36, in *Giur. cost.*, 2002, 324 s., secondo cui l'art. 111 Cost. novellato ha "espressamente attribuito risalto costituzionale al principio del contraddittorio, anche nella prospettiva della impermeabilità del processo, quanto alla formazione della prova, rispetto al materiale raccolto in assenza della dialettica tra le parti"; Corte cost., sentenza 14 febbraio 2002, n. 32, in *Giur. cost.*, 2002, 291 s.

Editoriale

Processo penale

Il pubblico ministero, *dominus* della fase investigativa, diviene “produttore” di prove insieme alla polizia giudiziaria e gli strumenti cognitivi così raccolti possono risultare determinanti nell’elaborazione della decisione finale, specie in quei procedimenti ove la c.d. “prova scientifica” - e più in generale le acquisizioni fondate su nuove risultanze scientifiche e tecnologiche - ricopre la veste di protagonista dell’accertamento processuale. Materiali cognitivi condensati in rilievi effettuati nell’immediatezza del fatto, accertamenti tecnici nati come ripetibili, banche dati informatiche, tabulati telefonici, ma anche i risultati di perquisizioni informatiche, pedinamenti “elettronici” effettuati tramite GPS e intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, effettuate magari mediante il c.d. captatore informatico, solo di recente regolamentato dal legislatore (20), sono sottoposti per evidenti ragioni al vaglio di un contraddittorio solo differito, producendo una rinuncia necessaria alla dimensione oggettiva di quest’ultimo (che del processo accusatorio costituisce un cardine) inteso quale metodo di conoscenza elettivo. Le parti potranno esercitare su detto materiale cognitivo soltanto le proprie doti dialettiche, sviluppando una “critica della prova” già formatasi (prima e) altrove, al di fuori del recinto dibattimentale deputato per definizione alla formazione dei materiali conoscitivi necessari al giudice per elaborare la decisione finale, in maniera non dissimile da quanto previsto nel tanto vituperato sistema “misto” tracciato dal codice Rocco.

L’indagato prima e l’imputato poi, con il loro difensore, di contro, vedono ridotte al lumicino le opportunità difensive e gli strumenti per esercitare validamente l’azione di contrasto all’azione investigativa (prima) e all’imputazione (poi) poste in essere dal pubblico ministero, rinnegando - o quanto meno sminuendo - quella contrapposizione dialettica che pure dovrebbe costituire l’essenza del processo. Si è già detto di come il confronto tra accusa e difesa venga giocoforza ridimensionato e ricondotto alla più esigua e scarna dimensione del contraddittorio “sulla prova” (21), dell’argomentazione tesa ad analizzare un materiale probatorio prevalentemente formatosi al di fuori (e prima) dell’udienza

dibattimentale, ove la componente agonistica del rito trova la sua massima espressione.

Scarsamente praticabili risultano essere gli spazi offerti dalle investigazioni difensive - chimera del processo penale contemporaneo che dovrebbe riequilibrare i rapporti tra accusa e difesa nella fase delle indagini preliminari, ma il cui utilizzo si scontra con i costi che esse comportano (da cui scaturisce un’evidente disparità di trattamento, per ragioni di censo, tra i soggetti sottoposti a procedimento penale) e con le difficoltà oggettive derivanti dalla naturale asimmetria della fase preprocessuale, nella quale l’organo requirente detta immancabilmente tempi e modi dell’agire - spesso condizionati, peraltro, dal momento in cui la persona sottoposta alle indagini viene a conoscenza del procedimento a suo carico, denso di conseguenze (com’è intuibile) ai fini della predisposizione di una strategia difensiva appropriata.

L’organo giudicante, da far suo, risulta essere da un lato valorizzato nel suo ruolo di “arbitro” del processo, chiamato a controllare e a regolare l’operato delle parti, dall’altro vede sensibilmente accresciuti i propri poteri istruttori: nell’udienza preliminare espressamente, nel giudizio dibattimentale in ragione della lettura estensiva (ma sarebbe meglio dire generosa) di quell’art. 507 c.p.p. che prevede i poteri - integrativi, o che tali dovrebbero essere, secondo una corretta interpretazione sistematica - del giudice in materia probatoria, tesi a colmare le lacune (e le omissioni) delle parti. La terzietà del giudice, in ogni caso, risulta lesa in più ambiti, infrangendo ancora una volta i canoni del processo accusatorio.

Le mutazioni genetiche dei riti differenziati

Non è più rassicurante il quadro che emerge dalle innovazioni legislative in materia di procedimenti speciali.

La differenziazione processuale, che nel sistema tracciato dal legislatore nel codice 1988 risultava essere - sull’onda dell’esperienza nordamericana (22) - la “valvola di sfogo” di un processo fortemente garantito nella fase dibattimentale, altrimenti destinato al

(20) Il riferimento è all’art. 7 del D.Lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, attuativo della delega contenuta nella L. 23 giugno 2017, n. 103, che si propone di tracciare dei punti fermi nella disciplina di uno strumento tanto tecnologicamente avanzato quanto insidioso ed invasivo della sfera di riservatezza di ciascuno, il cui utilizzo in precedenza era rimesso all’opera della giurisprudenza.

(21) Si richiama qui la nota e consolidata contrapposizione concettuale tra contraddittorio “per la prova” e contraddittorio “sulla prova”, prospettata all’indomani del varo del codice Vassalli da D. Siracusano, *Vecchi schemi e nuovi modelli per l’attuazione di un processo di parti*, in *Legisl. pen.*, 1989, 84.

(22) La comparazione, tuttavia, è risultata essere impropria, stante le peculiarità dell’ordinamento nordamericano nel quale vige la discrezionalità dell’azione penale - con conseguente possibilità effettuare una “contrattazione” anche sull’accusa, derubricandola (*charge bargaining*) o sfrondandola nel caso di pluralità di imputazioni (*count bargaining*), o sulla descrizione del fatto (*fact bargaining*) e non soltanto sull’entità della pena (*sentence bargaining*) - e la decisione finale viene resa da laici.

Anche il sistema processuale d’oltreoceano, d’altronde, vive da tempo una stagione di crisi densa di riverberi sulle dinamiche probatorie e sulla stessa conformazione degli organi giudiziari