

RASSEGNA PENALE

CONTRIBUTI PER UN DIRITTO PENALE LIBERALE

«**Rassegna Penale – Contributi per un Diritto penale liberale**» è una rivista trimestrale, fondata da Aldo Franceschini e curata dal Centro Studi “Giovanni Bisogni” della Camera Penale di Napoli. Propone contenuti divulgativi e di approfondimento di temi giuridici in materia di giustizia penale. Le linee di azione lungo le quali si muove la Rivista sono principalmente tre. Offrire una panoramica ragionata delle novità normative e della giurisprudenza prodotta dalle Corti, superiori e sovranazionali, attraverso le schede di analisi e le note di commento dei provvedimenti, ciascuna corredata di massima redazionale e di altri utili riferimenti. Ospitare le riflessioni di autorevoli giuristi di diversa estrazione – esponenti del libero foro, docenti universitari e magistrati –, nella prospettiva di coltivare e alimentare la cultura del Diritto penale liberale. Monitorare e annotare la giurisprudenza di merito, con le note di commento alle più interessanti pronunce dei giudici del Distretto di Corte di appello di Napoli. Le ultime sezioni della Rivista sono dedicate all’informazione sulle iniziative culturali e formative organizzate dalla Camera Penale di Napoli, nonché a fornire utili suggerimenti bibliografici. Nella versione digitale gli estremi del provvedimento “nascondono” il collegamento ipertestuale al testo integrale in formato pdf, fatta eccezione per quelli in fase di oscuramento e di quelli di merito.

Il Centro Studi “Giovanni Bisogni” è un organo della Camera Penale di Napoli istituito nel 2016. È strutturato in tre dipartimenti. Il Dipartimento “Ricerca e Analisi” sviluppa progetti di ricerca volti ad approfondire specifiche tematiche della giustizia penale, con particolare riguardo alle principali novità normative; il primo lavoro prodotto è stato quello su *La riforma Orlando. Analisi dei contenuti e valutazioni “a prima lettura” della legge n. 103 del 23 giugno 2017*, edito nel 2018 per i tipi di Aracne; l’obiettivo è quello di dare vita ad una vera e propria collana di pubblicazioni della Camera Penale di Napoli. Il Dipartimento “Biblioteca” cura e gestisce la Biblioteca “Adriano Reale”, ospitata nella sede della Associazione; frutto della generosa donazione della famiglia del Maestro, rappresenta un patrimonio librario di enorme valore scientifico. Il Dipartimento “Rassegna” cura la Rivista trimestrale della Camera Penale.



Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXXI
Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.giacchinoonoratieditore.it
info@giacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-4079-6
ISSN 2723-9471

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: febbraio 2021

Registrazione presso il Tribunale di Napoli al n. 7/2020.

“Giudicare un nostro simile è impresa terribile che supera i limiti della condizione umana; anche qui la caccia val più della preda e cioè il modo in cui si agisce conta più del risultato”

Cordero F., *Diatrife sul processo accusatorio*, in *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 220

Indice

Opinioni **p. 9**

Ancora per la legalità processuale, contro il fenomeno della delegificazione
di Aldo Franceschini p. 9

Novità normative **p. 15**

Novità in tema di accesso al “Fondo delle vittime dei reati intenzionali violenti”
Legge 28 febbraio 2020, n. 8 p. 15

Giurisprudenza sovranazionale **p. 17**

Diritto di controesaminare il teste fondamentale innanzi al giudice della decisione
C. edu, Sez. V, 12 marzo 2020, ric. 53791/11, caso Chernika vs Ucraina p. 17

Diritto di avvalersi del difensore in caso di mancata comparizione dell'indagato
CGUE, Sez. II, 12 marzo 2020, causa C-659/18 p. 19

Giurisprudenza costituzionale **p. 21**

Modifica della imputazione e messa alla prova
C. cost., 16 gennaio 2020, dep. 11 febbraio 2020, n. 14
con nota sintetica di Amedeo Bucci De Santis p. 21

Assaggio di pena ed esecuzione reati vs PA
C. cost., 26 febbraio 2020, dep. 11 marzo 2020, n. 32
con nota sintetica di Amedeo Bucci De Santis p. 24

Giurisprudenza di legittimità **p. 29**

Sezioni unite **p. 29**

Note di commento **p. 29**

*Utilizzabilità delle intercettazioni a strascico e definizione di “altro procedimento”,
le Sezioni Unite danno una lettura costituzionalmente orientata*
Cass., Sez. Un., 28 novembre 2019, dep. 2 gennaio 2020, n. 51
di Claudio D’Aniello p. 29

<i>Le Sezioni unite cambiano rotta e aderiscono ad una lettura costituzionalmente orientata: ammissibilità delle contestazioni suppletive fisiologiche nel giudizio abbreviato condizionato</i> Cass., Sez. Un., 18 aprile 2019, dep. 13 febbraio 2020, n. 5788 di Caterina Migliaccio	p. 36
<i>Per le Sezioni Unite, Bruno Contrada è “figlio unico”: sull’inevitabilità erga alios della sentenza Contrada c. Italia</i> Cass., Sez. Un., 24 ottobre 2019, dep. 3 marzo 2020, n. 8544 di Valentina Semplice	p. 45
Sezioni semplici	p. 53
I. Diritto penale	p. 53
Note di commento	p. 53
<i>Libertà di espressione del pensiero o propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa?</i> Cass., Sez. I, 13 dicembre 2019, dep. 16 gennaio 2020, n. 1602 di Gerardo Auletta	p. 53
<i>La gelosia e le circostanze attenuanti generiche: l’incidenza sulla personalità del reo e sulla capacità di autocontrollo, nel recente pronunciamento della Cassazione sulla “tempesta emotiva”</i> Cass., Sez. I, 8 novembre 2019, dep. 24 gennaio 2020, n. 2962 di Marco Muscariello	p. 57
<i>Configurabilità dell’aggravante del metodo mafioso: il caso Spada</i> Cass., Sez. V, 13 novembre 2019, dep. 20 febbraio 2020, n. 6764 di Alessandro Orabona	p. 60
<i>Il processo mediatico alla riscoperta del dolo eventuale: il caso Vannini</i> Cass., Sez. I, 7 febbraio 2020, dep. 6 marzo 2020, n. 9049 di Francesco Talamo	p. 66
Schede di analisi	p. 76
<i>Concorso di circostanze e cooperazione nel delitto colposo</i> Cass., Sez. III, 21 novembre 2019, dep. 22 gennaio 2020, n. 2281	p. 76
<i>La prova dello stato d’ansia o di paura nel delitto di atti persecutori</i> Cass., Sez. V, 13 dicembre 2019, dep. 23 gennaio 2020, n. 2725	p. 77
<i>La truffa è configurabile anche in fase di esecuzione del contratto</i> Cass., Sez. II, 11 settembre 2019, dep. 29 gennaio 2020, n. 3790	p. 78
<i>Il momento consumativo nel reato di appropriazione indebita</i> Cass., Sez. II, 18 ottobre 2019, dep. 31 gennaio 2020, n. 4130	p. 79

<i>La cessione di materiale pedopornografico autoprodotta dal minore e diffusa da terzi</i> Cass., Sez. III, 21 novembre 2019, dep. 12 febbraio 2020, n. 5522	p. 79
<i>La responsabilità per omissione del genitore per episodi di violenza ad opera del coniuge in danno al minore</i> Cass., Sez. V, 8 novembre 2019, dep. 17 febbraio 2020, n. 6209	p. 80
<i>Abbandono di animali e dolo eventuale</i> Cass., Sez. III, 20 novembre 2019, dep. 20 febbraio 2020, n. 6609	p. 81
<i>Rapporti concorsuali tra i reati di autoriciclaggio e di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte</i> Cass., Sez. II, 27 novembre 2019, dep. 24 febbraio 2020, n. 7259	p. 82
<i>Il superamento della soglia nel reato di indebita percezione di erogazioni pubbliche</i> Cass., Sez. VI, 27 novembre 2019, dep. 27 febbraio 2020, n. 7963	p. 84
<i>L'elemento costitutivo del "nocumento" nella fattispecie di patrocinio infedele</i> Cass., Sez. VI, 15 gennaio 2020, dep. 28 febbraio 2020, n. 8142	p. 85
<i>Omissione di atti d'ufficio per la guardia medica in servizio che rifiuta la visita domiciliare al malato terminale</i> Cass., Sez. VI, 28 gennaio 2020, dep. 2 marzo 2020, n. 8377	p. 87
<i>L'inopponibilità, a titolo di compensazione, di un credito vantato nei confronti del coniuge ai fini dell'esclusione del reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare</i> Cass., Sez. VI, 23 gennaio 2020, dep. 10 marzo 2020, n. 9553	p. 88
<i>Rispettare le linee guida non esonera il medico da responsabilità</i> Cass., Sez. IV, 4 marzo 2020, dep. 16 marzo 2020, n. 10175	p. 89
II. Leggi speciali	p. 91
Note di commento	p. 91
<i>I confini della responsabilità del proprietario del fondo sul quale è stata realizzata una discarica abusiva nell'esecuzione di opere concesse in appalto</i> Cass., Sez. III, 19 novembre 2019, dep. 13 gennaio 2020, n. 847 di Fabio Cavalli	p. 91
<i>Progressione criminosa ed ammissibilità del concorso formale tra i reati di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, bancarotta fraudolenta distrattiva ed autoriciclaggio</i> Cass., Sez. V, 14 novembre 2019, dep. 14 gennaio 2020, n. 1203 di Antonio Scotto Rosato	p. 97

Schede di analisi **p. 102**

Sussiste il reato paesaggistico anche quando l'opera realizzata sia idonea a determinare una modificazione, sebbene non visibile, dell'assetto del paesaggio
Cass., Sez. III, 1 ottobre 2019, dep. 9 gennaio 2020, n. 370 p. 102

Lo stabile ancoraggio di un natante al fondale marino necessita del permesso di costruire
Cass., Sez. III, 17 ottobre 2019, dep. 9 gennaio 2020, n. 380 p. 103

Il difficile rapporto tra ordine di demolizione e diritto all'abitazione
Cass., Sez. III, 15 novembre 2019, dep. 13 gennaio 2020, n. 844 p. 104

T.L.E.: anche sui liquidi si applica la legge doganale
Cass., Sez. III, 3 ottobre 2019, dep. 28 gennaio 2020, n. 3465 p. 105

Rifiutare il prelievo ematico, se non si è stati avvisati della possibilità dell'assistenza di un difensore, rende insussistente il reato di guida in stato di ebbrezza
Cass., Sez. VI, 8 novembre 2019, dep. 10 febbraio 2020, n. 5314 p. 106

Entrare in porto, se sussiste causa di giustificazione, non comporta l'arresto
Cass., Sez. III, 16 gennaio 2020, dep. 20 febbraio 2020, n. 6626 p. 107

Stabile organizzazione ed omessa presentazione della dichiarazione annuale dei redditi
Cass., Sez. III, 6 febbraio 2020, dep. 6 marzo 2020, n. 9090 p. 109

La diffusione di liquami e materia fecale animale: quando la condotta costituisce reato?
Cass., Sez. III, 10 gennaio 2020, dep. 11 marzo 2020, n. 9717 p. 110

III. Procedura penale **p. 113**

Schede di analisi **p. 113**

La valutazione dei gravi indizi di colpevolezza nel procedimento ex art. 309 c.p.p.
Cass., Sez. II, 21 novembre 2019, dep. 7 gennaio 2020, n. 209 p. 113

Reati tributari e applicazione della pena si richiesta delle parti: quando si applica la confisca?
Cass., Sez. III, 3 ottobre 2019, dep. 15 gennaio 2020, n. 1439 p. 114

Legittima l'acquisizione mediante mera riproduzione fotografica dei messaggi whatsapp conservati nel telefono
Cass., Sez. VI, 12 novembre 2019, 17 gennaio 2020, n. 1822 p. 115

Vaglio di ammissibilità dell'impugnazione e manifesta infondatezza dei motivi d'appello

Cass., Sez. III, 4 dicembre 2019, dep. 21 gennaio 2020, n. 2223 p. 116

Il rigetto dell'istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova avanzata nel corso del giudizio abbreviato comporta la prosecuzione del processo nelle forme del rito alternativo

Cass., Sez. IV, 13 dicembre 2019, dep. 23 gennaio 2020, n. 2736 p. 118

Illegittima è la modifica del programma di messa alla prova senza il consenso dell'imputato e condizionato all'integrale risarcimento del danno

Cass., Sez. III, 29 novembre 2019, dep. 27 gennaio 2020, n. 3179 p. 119

Nullità di ordine generale e assoluta del provvedimento emesso "de plano" dal G.i.p. in caso di opposizione al decreto di riconoscimento dell'O.e.i. afferente un sequestro probatorio

Cass., Sez. VI, 22 gennaio 2020, dep. 28 gennaio 2020, n. 3520 p. 121

La riparazione dei danni patrimoniali e personali conseguenti all'ingiusta restrizione

Cass., Sez. III, 2 ottobre 2019, dep. 3 febbraio 2020, n. 4422 p. 122

Sequestro preventivo del conto corrente cointestato al terzo estraneo: margini di prova contraria

Cass., Sez. III, 2 febbraio 2019 (dep. 12 febbraio 2020), n. 5523 p. 123

La registrazione di un colloquio da parte di soggetto presente, ma non noto alle indagini: utilizzabilità probatoria e cautelare o "mera" notizia criminis?

Cass., Sez. VI, 17 dicembre 2019, dep. 13 febbraio 2020, n. 5782 p. 124

Il criterio di determinazione della competenza per connessione oggettiva nei reati associativi

Cass., Sez. III, 21 febbraio 2020, dep. 23 marzo 2020, n. 10485 p. 126

Esclusione dell'overruling per le impugnazioni dell'imputato assente nel giudizio abbreviato, proposte prima del contrasto giurisprudenziale risolto dalle Sezioni Unite "Sinita"

Cass., Sez. VI, 20 febbraio 2020, dep. 26 marzo 2020, n. 10659 p. 128

Il giudice dell'esecuzione e il giudizio di commisurazione della pena illegale

Cass., Sez. I, 12 febbraio 2020, dep. 30 marzo 2020, n. 10894 p. 129

IV. Esecuzione e sorveglianza p. 131

Schede di analisi p. 131

Il condannato non è tenuto a dare esecuzione alla pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità se non gli viene comunicato il termine entro il quale procedervi

Cass., Sez. I, 15 ottobre 2019, dep. 14 gennaio 2020, n. 1066 p. 131

*L'attività lavorativa ai fini della concessione della misura ex art. 47 O.P.:
valore aggiunto o condizione di assoluta indispensabilità?*
Cass., Sez. I, 8 gennaio 2020, dep. 22 gennaio 2020, n. 2453 p. 132

Permesso di necessità: il caso dell'esumazione della salma di un genitore
Cass., Sez. I, 6 novembre 2019, dep. 23 marzo 2020, n. 10541 p. 133

V. Misure di prevenzione **p. 135**

Schede di analisi **p. 135**

*Misure di prevenzione e confisca: i presupposti per l'ammissione al passivo
dei crediti vantati da istituti bancari*
Cass., Sez. V, 18 novembre 2019, dep. 27 gennaio 2020, n. 3250 p. 135

*Controllo giudiziario volontario e soggetti legittimati all'impugnazione del
provvedimento*
Cass., Sez. I, 30 gennaio 2020, dep. 28 febbraio 2020, n. 8084 p. 139

VI. Responsabilità 231 **p. 141**

Schede di analisi **p. 141**

*La responsabilità da reato dell'ente quale dimensione insovrapponibile con
la responsabilità penale personale del proprio dirigente*
Cass., Sez. III, 10 luglio 2019, dep. 15 gennaio 2020, n. 1420 p. 141

Regime prescrizione della responsabilità da reato delle persone giuridiche
Cass., Sez. III, 1 ottobre 2019, dep. 15 gennaio 2020, n. 1432 p. 142

*La giurisdizione italiana per la responsabilità amministrativa da reato si
estende anche agli enti con sede principale all'estero*
Cass., Sez. IV, 11 febbraio 2020, dep. 7 aprile 2020, n. 11626 p. 143

Giurisprudenza di merito **p. 147**

I. Diritto penale **p. 147**

*Associazione sovversiva: la mera idea eversiva, se non accompagnata da
propositi concreti di violenza e da una struttura idonea a realizzarla, non è
idonea a configurare il reato*
C. Assise Napoli, Sez. II, 13 novembre 2019, dep. 11 febbraio 2020, n. 29
di Valerio Esposito p. 147

La rilevanza penale della violazione degli obblighi di assistenza familiare
C. App. Napoli, Sez. II, 28 febbraio 2020, dep. 28 febbraio 2020, n. 1883
di Fabrizio Chianese e Mariassunta Zotti p. 153

II. Leggi speciali **p. 158**

Promiscuità delle sostanze stupefacenti e configurabilità della fattispecie attenuata di cui all'art. 73 comma 5 d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309
Trib. Napoli, Sez. I, 19 settembre 2019, dep. 25 settembre 2019, n. 9524
di Fabio De Maria p. 158

Il criterio di individuazione dell'ingente quantità di stupefacenti
C. App. Napoli, Sez. III, 8 gennaio 2020, dep. 3 marzo 2020, n. 5708
di Raffaele Minieri p. 162

II. Procedura penale **p. 167**

Il giudizio sull'ammissibilità dell'opposizione ex art. 410 c.p.p. va confinato alla valutazione della specificità e pertinenza del supplemento istruttorio richiesto e non esteso alla sua rilevanza
Gip Napoli, Sez. XXVII, 9 gennaio 2020, dott.ssa De Bellis
di Raffaele Piccirillo p. 167

Programmazione eventi formativi **p. 173**

Suggerimenti bibliografici **p. 174**

Opinioni

Ancora per la legalità processuale, contro il fenomeno della delegificazione

di Aldo Franceschini

Non era facile preconizzare l'opportunità di ritornare subito su di un argomento affrontato appena nel numero precedente¹. Eppure un recente intervento normativo impone nuove riflessioni proprio in ordine al tema della legalità processuale.

Il d.l. 8 marzo 2020 n. 11² ha previsto interventi straordinari ed urgenti per fronteggiare l'improvvisa emergenza sanitaria dovuta alla diffusione del virus COVID-19 e garantire, al tempo stesso, la c.d. continuità della giurisdizione.

Per quanto riguarda il settore penale (art. 2), le misure individuate consistono principalmente in due soluzioni: 1) l'attribuzione ai capi degli uffici giudiziari del potere di adottare misure volte a garantire il rispetto delle prescrizioni igienico-sanitarie, ivi compresi la celebrazione a porte chiuse delle udienze penali e il rinvio delle attività non indifferibili, con connessa sospensione, in quest'ultimo caso, dei termini di prescrizione e di durata massima delle misure cautelari³; 2) la selezione della videoconferenza o dell'innovativo "collegamento da remoto"⁴ come modalità assolutamente privilegiata di partecipazione a qualsiasi udienza delle persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare.

Ed ecco subito il punto. La regolamentazione del video-collegamento è stata espressamente delegata al Direttore generale dei sistemi informativi ed automatizzati del Ministero della giustizia, nel rispetto, per quanto compatibili, delle disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p.

Nel giro di pochi giorni il Governo, con il d.l. 17 marzo 2020 n. 18, ha subito riscritto tale disciplina emergenziale (art. 83), così riallocandola e ritoccandola rispetto ad un profilo in particolare (che, però, in questa sede non rileva): il rinvio delle attività non indifferibili, anziché essere affidato alle determinazioni dei capi degli uffici, è stato generalizzato (commi 1, 2 e 3).

¹ FRANCESCHINI A., *Per l'affermazione del principio di legalità processuale, contro la giurisprudenza creativa*, in questa Rivista, 2019, n. 4, p. 7 ss.

² La rubrica del decreto è la seguente: "Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi dell'attività giudiziaria".

³ Le eccezioni, ossia le attività da compiere in quanto indifferibili, sono elencate, per quanto riguarda il settore penale, nell'art. 2 co. 2 lett. g), nn. 2) e 3).

⁴ In aderenza ai rilievi lessicali formulati da AMODIO E., *Smettiamo di storpiare l'italiano con il lugubre "da remoto"*, in *Sis. Pen.*, 28 aprile 2020, preferisco, nel seguito di questo breve contributo, evitare l'espressione processo "da remoto", che sembra, invece, aver ricevuto un dilagante successo. Secondo l'Autore si tratta di "una locuzione che imbastardisce l'italiano in omaggio alla moda anglofona" e che costituisce "una vera offesa al buon senso e al buon gusto".

Nel frattempo il DGSIA⁵ è prontamente intervenuto⁶, adempiendo – per la verità, in modo non proprio soddisfacente – alla delega contenuta nei decreti legge. Ha così individuato in *Skype for Business* e *Microsoft Teams* i programmi che il giudice deve utilizzare per celebrare le udienze mediante video-collegamento.

Ma la “evoluzione” normativa non si è arrestata a tale stadio. Evidentemente l’idea del video-collegamento deve avere riscosso un grande successo, almeno tra coloro che occupano le stanze del Ministero⁷. E così, in sede di conversione del d.l. n. 18 del 2020, è stata prevista – grazie all’approvazione di un emendamento – una poderosa (quanto improvvida) espansione dell’ambito operativo della partecipazione mediante video-collegamento, estesa a tutte “le udienze penali che non richiedono la partecipazione di soggetti diversi dal pubblico ministero, dalle parti private e dai rispettivi difensori, dagli ausiliari del giudice, da ufficiali e agenti di polizia giudiziaria, da interpreti, consulenti o periti” (art. 12-*bis*).

Non è questo il momento per impegnarsi in una disamina complessiva della disciplina emergenziale⁸; ed in particolare dell’aspetto a mio avviso più critico, rappresentato dalla improvvisa (e improvvisata) implementazione del c.d. processo a distanza, che giustamente ha subito provocato un moto di ribellione da parte di molti giuristi⁹ e dell’Avvocatura penale¹⁰. Rimandando ad una futura occasione (o, magari, ad un’altra sede), l’approfondimento del tema, mi pare però opportuno segnalare un aspetto che ritengo nevralgico. A prescindere dai giudizi di valore, un dato non sembra revocabile in dubbio e dovrebbe essere subito centrato: il *processo* a distan-

⁵ In poco tempo si è diffuso il vezzo, lessicalmente non proprio elegante, di affidarsi esclusivamente all’acronimo per riferirsi, anche oralmente, alla Direzione Generale per i Sistemi Informativi Automatizzati del Ministero di giustizia.

⁶ Cfr. provvedimenti DGSIA del 10 marzo 2020 e del 20 marzo 2020, rispettivamente agganciati all’art. 2 del d.l. n. 11 del 2020 e all’art. 83 del d.l. n. 18 del 2020.

⁷ ZILLETTI L., “Dieci braccia di distanza”: Francesco Carrara e la distanza dal processo, in *Dir. dif.*, 19 marzo 2020, parla efficacemente di “qualche laboratorio giudiziario o legislativo”.

⁸ Stante la rapida e tumultuosa evoluzione del virus, nonché la situazione normativa tuttora molto fluida e la forma prescelta per i provvedimenti (decreto legge), abbiamo preferito rinviarne l’analisi al prossimo numero della Rivista, in modo da avere come riferimento un quadro maggiormente stabilizzato.

⁹ In ordine cronologico, ZILLETTI L., “Dieci braccia di distanza”: Francesco Carrara e la distanza dal processo, cit.; MAZZA O., *Distopia del processo a distanza*, in *Arch. Pen. Web*, 4 aprile 2020; MAIELLO V., *La smaterializzazione del processo penale e la distopia che diventa realtà*, in *Arch. Pen. Web*, 22 aprile 2020. Si vedano anche i molti articoli apparsi su diversi quotidiani, tra cui SPIGARELLI V., *Processo a distanza. E se fosse per sempre*, su *Il Riformista*, 9 aprile 2020; MAIELLO V., *Udienze on line? Roba da regime, così i populistici hanno abolito il diritto*, su *Il Riformista*, 16 aprile 2020; MONTONE S., *Processo “remoto” e rischi per la democrazia*, su *Il Mattino*, 22 aprile 2020; MAIELLO V., *Udienze on line: un golpe. Al potere forze eversive*, su *Il Riformista*, 25 aprile 2020.

¹⁰ Si vedano i tanti documenti critici licenziati sul tema dall’Unione delle Camere Penali Italiane, reperibili sul sito www.camerepenali.it: *Processo penale telematico e partecipazione a distanza (Documento Giunta e Osservatorio informatizzazione processo penale)*, 24 marzo 2020; *Disciplina emergenziale per la celebrazione delle udienze penali. Le osservazioni della Giunta UCPI*, 31 marzo 2020; *No al processo penale virtuale. Il prossimo lo facciamo su Facebook. La lettera al Ministro Bonafede*, 1 aprile 2020; *Emendamenti del Governo sulla partecipazione a distanza. Il documento della Giunta*, 6 aprile 2020; *Processo a distanza. Le osservazioni del Centro Marongiu*, 6 aprile 2020.

za rappresenta una modalità ontologicamente eterogenea rispetto all'istituto della *partecipazione* a distanza, già tristemente noto al nostro sistema processuale e proprio di recente notevolmente ampliato nel suo ambito operativo¹¹. Mentre nel caso della seconda fattispecie processuale la remotizzazione (o smaterializzazione) riguarda uno o più imputati, ovvero uno o più dichiaranti, nel processo a distanza tutti i soggetti processuali si collegano da postazioni remote, ad eccezione del giudice, l'unico ad essere fisicamente presente in aula. Qui cambia radicalmente il modello. Qui, a mio avviso, cambia l'idea stessa del processo.

Ritornando al tema della legalità processuale, c'è un profilo, in questa nuova disciplina emergenziale, che spicca immediatamente all'occhio del giurista sensibile a tale principio, ed è su questo che vorrei soffermarmi. Come si diceva, i decreti legge citati affidano la regolamentazione del collegamento ad un provvedimento del direttore della Direzione Generale dei Sistemi informativi del Ministero della giustizia¹². *Id est*, il Governo, nell'adottare un provvedimento avente forza di legge, delega ad una fonte di rango subordinato la disciplina delle modalità di trattazione delle udienze penali. Possibile non scorgere in tale delega una palese violazione del principio di legalità processuale sancito dall'art. 111 co. I Cost., laddove si sancisce che il "giusto processo" è (solo) quello "regolato dalla legge"?

Violazione tanto più grave ovi si consideri che la delega concerne, in sostanza, la regolamentazione del contraddittorio. Anche quando le udienze da celebrare a distanza non avessero ad oggetto attività istruttoria¹³, impattando quindi sul contradd-

¹¹ Il riferimento è alla legge n. 103 del 23 giugno 2017, c.d. riforma Orlando. Per un punto di vista critico sull'intervento riformatore del 2017, si vedano DANIELE M., *La partecipazione a distanza allargata. Superfetazione e squilibri del nuovo art. 146-bis disp. att. c.p.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 14 dicembre 2017; DE CARO A., *La partecipazione al dibattimento a distanza*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1336 ss.; LORUSSO S., *Dibattimento a distanza vs. "autodifesa"?*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 4, p. 217 ss.; RIVELLO P., *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla riforma Orlando*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 7-8, p. 131 ss. Secondo SPANGHER G., *La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2016, "il raggio d'azione della previsione si è dilatato al punto da far assumere al dibattimento una dimensione quasi surreale e da domandarsi verso quali ulteriori approdi si cercherà, non solo in relazione al dibattimento, ma anche nell'interlocuzione tra le parti, di far evolvere il modello" (p. 15). Da ultimo riprende condivisibili riflessioni critiche sull'intervento del 2017 IULIANO E., *L'aberrante espansione delle videoconferenze: tra vecchie questioni e attuali problematiche*, in *Arch. Pen. Web*, 21 aprile 2020.

¹² Cfr. art. 2 co. 7 d.l. n. 11 del 2020 e art. 83 co. 12, 12-bis d.l. n. 18 del 2020. Tali disposizioni prevedono che la partecipazione di persone detenute, internate o in stato di custodia cautelare sia assicurata, in alternativa alla videoconferenza, "con collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia, applicate, in quanto compatibili, le disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'articolo 146-bis del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271".

¹³ Sembra, infatti, che il Governo abbia deciso di fare parzialmente marcia indietro, dando seguito all'approvazione, da parte della Camera dei Deputati, di un ordine del giorno funzionale a ridimensionare, con un nuovo decreto legge, il raggio di azione del processo a distanza, escludendo tale modalità per la fase della discussione e per l'attività istruttoria, salvo il consenso delle parti. Sul punto si veda GATTA G.L., LAZZERI F., *Emergenza Covid e processo penale "da remoto"*. In *G.U. la legge di conversione del d.l. 18/2020 ("cura Italia")*, in *Sis. pen.*, 30 aprile 2020; UCPI: *processo da remoto drasticamente ridimensionato*, reperibile su www.camerepenali.it, 30 aprile 2020.

dittorio in senso stretto o ‘probatorio’¹⁴ (art. 111 co. IV, V Cost.), riguarderebbero comunque il contraddittorio ‘generico’ o argomentativo. E non si dimentichi che anche esso riceve tutela costituzionale (art. 111 co. II Cost.).

In altre parole si delega al potere amministrativo e alla correlata fonte normativa subordinata la creazione di regole volte ad assicurare il rispetto del contraddittorio, principio su cui si fonda il modello processuale prescelto dalla nostra Costituzione e che è alla base del modello accusatorio.

Ma non è tutto. La scelta normativa rischia di produrre un ‘secondo grado’ di mortificazione del principio di riserva di legge in materia processuale sancito dall’art. 111 co. I Cost.; ‘secondo grado’ su cui pure una attenta e seria riflessione andrebbe fatta¹⁵. È il tema della *soft-law*¹⁶. La situazione di emergenza ha infatti subito favorito il varo di alcuni protocolli che alcuni organismi forensi hanno, peraltro con grande senso di responsabilità, stipulato con le procure della Repubblica e con i tribunali, anche al fine di colmare le ampie lacune lasciate dalla regolamentazione di rango amministrativo. Linea d’azione prontamente favorita da CNF e CSM¹⁷.

Ebbene, molti di questi protocolli prevedono la celebrazione delle udienze di convalida e degli interrogatori di garanzia in video-collegamento. Il paradosso è però rappresentato dalla circostanza che i provvedimenti del DGSIA escludono, per le udienze penali, il ricorso al video-collegamento, come modalità alternativa alla videoconferenza, nel caso in cui sia necessario garantire la fonia riservata tra la persona ristretta e il suo difensore¹⁸. Garanzia che certamente deve essere assicurata nello svolgimento delle predette attività processuali.

Il rischio, quindi, è che la disciplina del processo, dopo essere stata degradata a livello regolamentare, scivoli addirittura allo stadio protocollare; e che, addirittura, i protocolli finiscano per disattendere le stesse prescrizioni impartite dal Ministero.

Sotto un ulteriore angolo prospettico, poi, invitare (o costringere) le istituzioni locali a stipulare protocolli per poter gestire l’emergenza e garantire continuità alla giurisdizione, si traduce nell’ulteriore rischio di una diversificazione territoriale della di-

¹⁴ Il c.d. contraddittorio poetico, prendendo a prestito un’efficace espressione adoperata da MAZZA O., *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 8, 16, 18.

¹⁵ Anche su questo aspetto critico mi ero soffermato in FRANCESCHINI A., *Per l’affermazione del principio di legalità processuale, contro la giurisprudenza creativa*, cit., p. 14-15.

¹⁶ In generale, sul tema della *soft law* si veda BIN R., *Soft law, no law*, in SOMMA A. (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 31 ss. Con specifico riferimento al settore penale si veda TRAPELLA F., *Brevissimo viaggio nel soft-law processuale, ovvero il giudizio penale al tempo dei protocolli*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 4013 ss.

¹⁷ Cfr. CSM, 26 marzo 2020, *Linee guida agli Uffici giudiziari in ordine all’emergenza COVID-19 integralmente sostitutive delle precedenti assunte*, consultabile sul sito istituzionale e su sistemapenale.it (4 aprile 2020); CNF, 26 marzo 2020, *Protocolli CSM-CNF per lo svolgimento delle udienze civili e penali nel periodo di emergenza Covid-19*, consultabile sul sito istituzionale.

¹⁸ L’art. 3 co. 2 del provvedimento DGSIA del 10 marzo 2020 prevede che “in alternativa, possono essere utilizzati i collegamenti da remoto previsti dall’art. 2 del presente provvedimento laddove non sia necessario garantire la fonia riservata tra la persona detenuta, internata o in stato di custodia cautelare ed il suo difensore”. L’altra condizione posta è che “il numero degli imputati, che si trovano, a qualsiasi titolo in stato di detenzione, consenta la reciproca visibilità”.

sciplina processuale. Geometria variabile a matrice geografica che finirebbe per frustrare anche il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.

Si era detto che il versante più critico è oggi rappresentato dalla giurisprudenza creativa¹⁹, in violazione del principio di tassatività della norma processuale penale. Questi ultimi interventi normativi aprono uno scenario forse nuovo (certamente non meno inquietante), integrando, come si stigmatizzava *supra*, una eclatante violazione del principio di riserva di legge.

C'è da chiedersi se debba considerarsi un incidente di percorso, un *lapsus* del legislatore, o se non debba invece essere guardata, con inevitabile preoccupazione, come la spia di un nuovo *trend* normativo. Ciò anche alla luce dell'ammonimento secondo cui, nel nostro Paese, le emergenze tendono ad essere "perenni"²⁰.

¹⁹ FRANCESCHINI A., *Per l'affermazione del principio di legalità processuale, contro la giurisprudenza creativa*, cit., p. 13.

²⁰ MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., E.S.I., Napoli.