



## Sommario

<b>Note sulla responsabilità dell'ente pubblico nel Cantone Ticino</b> Emanuela Epiney-Colombo, Giudice al Tribunale d'appello	<b>3</b>	<b>Il Codice di procedura penale in Svizzera ed in Italia: Due differenti esperienze a confronto</b> Roy Garré PD Dr. iur, Giudice penale federale, Presidente dell'Associazione svizzera dei magistrati	<b>37</b>
<b>Art. 68 cpv. 1 CPC: un rischio per il monopolio degli avvocati?</b> Francesca Verda Chiocchetti, Avv. vicecancelliera del Tribunale d'appello	<b>8</b>	<b>Efficienza e fides nel Codice di procedura penale svizzero</b> Giuseppe Battarino Magistrato, Tribunale di Varese	<b>42</b>
<b>I mezzi di ricorso nel nuovo CPP svizzero</b> avv. dr. iur. Damiano Stefani, Giudice del Tribunale d'appello del Cantone Ticino	<b>10</b>	<b>“Spigolando” nel nuovo codice federale di procedura penale: un sistema vicino al cittadino</b> Francesca Ruggieri, ordinario di diritto processuale penale, Dipartimento di Diritto, Economia e Culture, Università dell'Insubria (Como-Varese)	<b>45</b>
<b>Il nuovo CPP applicato ai casi di competenza federale: primi riscontri nella fase dell'istruzione preliminare</b> Rosa Cappa Procuratrice federale, Ministero Pubblico della Confederazione, Lugano	<b>30</b>	<b>Impressum</b>	<b>48</b>



# Note sulla responsabilità dell'ente pubblico nel Cantone Ticino

Emanuela Epiney-Colombo©  
Giudice al Tribunale di Appello

Gli enti pubblici (Confederazione, Cantoni, Comuni, enti vari) svolgono attività in molteplici settori della vita pubblica e privata (sanità, educazione, giustizia, infrastrutture, sicurezza, ecc.), hanno beni e strutture (immobili, reti telematiche e viarie, veicoli di vario tipo, ecc.) e operano tramite persone fisiche (funzionari, medici, magistrati, ecc.). Come ogni altra entità gli enti pubblici possono provocare danni a terzi o a se medesimi con atti e/o omissioni dei loro responsabili e del personale alle loro dipendenze. La responsabilità dell'ente pubblico e dei suoi agenti nei confronti di terzi per i danni provocati nell'esercizio delle loro funzioni è di principio disciplinata dall'art. 41 CO, con facoltà per i Cantoni di assoggettarla al diritto pubblico cantonale sulla base degli art. 59 cpv. 1 CC e 61 cpv. 1 CO<sup>1</sup>. Il Cantone Ticino ha emanato nel 1988 la Legge sulla responsabilità civile degli enti pubblici e degli agenti pubblici (LResp, Raccolta delle leggi vigenti nel Cantone Ticino 2.6.1.1), che è qui esaminata dal profilo della responsabilità dell'ente pubblico, inteso come persona giuridica di diritto pubblico, senza considerare quella dell'agente pubblico, inteso come persona fisica.

Quando e a quali condizioni la persona che si ritiene danneggiata dall'attività di un ente pubblico e/o di un agente pubblico può ottenere riparazione?

La risposta non sempre è evidente. Il diritto federale regola la responsabilità per il comportamento degli organi che applicano la Legge federale sulla esecuzione e sul fallimento (art. 5 a 7 LEF), i vari registri federali (stato civile, registro fondiario, registro di commercio) e per le misure di protezione dei minori e degli adulti (art. 454 a 456 CC). Atti di funzionari o di autorità cantonali ticinesi possono di conseguenza essere soggetti a norme sulla responsabilità di diritto federale, come può avvenire per un funzionario dell'Ufficio esecuzioni<sup>2</sup> o per un membro di un'autorità regionale di protezione dei minori e degli adulti.

A prima vista il campo di applicazione della LResp appare molto ampio, come del resto è ampia l'attività statale e parastatale, e comprende il Cantone, i Comuni e i loro Consorzi, i Patriziati, le corporazioni e gli istituti di diritto pubblico cantonale con personalità giuridica propria nell'esercizio di una funzione pubblica, e in genere tutte le persone alle quali è direttamente affidato un compito di diritto pubblico (art. 1 LResp). Le cause in responsabilità dell'ente pubblico riguardano così l'operato di funzionari e di magistrati (ordine di sospensione di lavori edili, blocco di conti bancari<sup>3</sup>, rifiuto di rilasciare autorizzazioni a esercizi pubblici, ecc.) nell'ambito di attività tipicamente di diritto pubblico e di esercizio della sovranità cantonale e/o comunale, ma anche l'attività di ospedali e istituti di cura di competenza dell'Ente Ospedaliero Cantonale, la manutenzione delle foreste proprietà dei Patriziati, lo sgombero forzato di immobili a cura dell'autorità competente e altro ancora. L'assistenza fornita da un Comune nell'ambito dello sgombero di un immobile ordinata dal giudice competente (art. 343 cpv. 3 CPC), in particolare per la presa a carico del mobilio e delle suppellettili del con-

1 DTF 128 III 76 consid. 1a.

2 Sentenza della Seconda Camera civile del Tribunale d'appello (in seguito II CCA) del 20 maggio 2008 inc. 12.2007.91.

3 Sentenza del Tribunale federale del 18 giugno 2008 2C\_25/2008 in SJ 130 I 481.

duttore espulso (sfrattato), rientra, infatti, nei compiti di diritto pubblico<sup>4</sup>. Nel Cantone Ticino la Legge di applicazione del Codice di diritto processuale civile svizzero (LACPC) prevede esplicitamente all’art. 13 che le polizie comunali e in via sussidiaria la polizia cantonale sono le autorità competenti ai sensi dell’art. 343 cpv. 3 CPC. L’ente pubblico può dunque trovarsi a dover rispondere per i danni provocati dall’eliminazione dei mobili e delle suppellettili<sup>5</sup> in esecuzione di una decisione giudiziaria.

Il principio enunciato dall’art. 1 LResp non deve tuttavia far sorgere troppe aspettative, perché anche le eccezioni sono molteplici e di grande rilevanza: sono esclusi, infatti, i casi in cui è applicabile un’altra legge federale o cantonale, le attività della Banca dello Stato del Cantone Ticino e dell’Azienda elettrica ticinese, le persone giuridiche di carattere ecclesiastico istituite dal diritto pubblico cantonale e i notai (art. 2 LResp). La LResp ha natura sussidiaria e non è dunque applicabile quando la responsabilità dell’ente pubblico è già disciplinata da altre norme legali federali o cantonali<sup>6</sup>. I casi di questo tipo sono anch’essi molteplici. Un esempio interessante è costituito dai danni causati a escursionisti da mucche al pascolo di proprietà di un Patrizio<sup>7</sup>: gli animali non erano utilizzati nell’esercizio dei poteri di sovranità dell’ente pubblico e la responsabilità di quest’ultimo è stata valutata sulla base dell’art. 56 CO. L’ente pubblico non risponde inoltre ai sensi della LResp nella sua qualità di proprietario di un’opera per i difetti di costruzione o di manutenzione di strade, edifici o altri manufatti<sup>8</sup>, ma solo ai sensi dell’art. 58 CO. Nel caso in cui l’ente pubblico

appalti a terzi l’intervento su un’opera pubblica esso non delega una mansione pubblica, con la conseguenza che non si applica la LResp. Per gli stessi motivi la LResp non è applicabile al risarcimento del danno per illecita privazione della libertà a scopo di assistenza, regolato esclusivamente dal Codice civile<sup>9</sup> (art. 454 e 455 CC).

La persona danneggiata che vuole ottenere dall’ente pubblico il risarcimento di un danno deve provare l’esistenza dei presupposti dell’azione di responsabilità, vale a dire il comportamento illecito dell’agente pubblico, il danno e il nesso causale tra il comportamento illecito e il danno. La responsabilità dell’ente pubblico è causale e non è pertanto necessario stabilire la colpa dell’agente pubblico<sup>10</sup>. Le condizioni dell’esistenza dell’atto illecito, del danno e del nesso causale non presentano particolarità rilevanti e si possono consultare su questo tema le opere di dottrina sulla responsabilità civile<sup>11</sup>.

Il principio fondamentale della responsabilità dell’ente pubblico consiste nell’esclusione della responsabilità diretta dell’agente pubblico (persona fisica) che ha provocato il danno con il suo comportamento o la sua omissione. La persona danneggiata non ha quindi un’azione diretta contro l’agente pubblico (funzionario, membro di un’autorità politica o giudiziaria, ecc.) e deve rivolgersi esclusivamente all’ente pubblico (art. 4 cpv. 3 LResp). Spetterà poi a quest’ultimo esercitare, se del caso, il diritto di regresso nei confronti del suo agente responsabile del danno (art. 13 a 17 LResp). La medesima soluzione vale anche nell’ambito della protezione dei minori e degli adulti, la persona lesa potendo vantare pretese solo nei confronti del Cantone e

4 Sentenza del Tribunale federale del 2 giugno 2014 4A\_132/2014 consid. 2.1.3.

5 Sentenza del Tribunale federale del 2 giugno 2014 4A\_132/2014 consid. 2.4.

6 Sentenza del TF dell’8 marzo 2005 4C.355/1997.

7 DTF 126 III 14.

8 Sentenza della II CCA del 17 dicembre 2003 inc. 12.2003.92 in RtiD II-2004 pag. 682, sentenza della II CCA del 23 aprile 2007 inc. 12.2006.17 in: NRCP 2007 pag. 266.

9 DTF 121 III 204.

10 Sentenza II CCA del 20 maggio 2008 inc. 12.2007.91.

11 Tra tante: Franz Werro, La responsabilità civile, Berna 2005.

non della persona che ha cagionato il danno (art. 454 cpv. 3 CC). L'invio di precetti esecutivi al funzionario o al membro dell'autorità ritenuto responsabile è quindi un'operazione priva di senso e del tutto inutile anche ai fini dell'interruzione della prescrizione.

L'ente pubblico non è responsabile di ogni danno causato dall'attività o dall'omissione dei propri agenti, ma solo di quello causato illecitamente (art. 4 cpv. 1 LResp). In ogni caso è dunque necessario valutare il comportamento dell'agente pubblico per determinare se vi è stato un atto illecito nello svolgimento delle sue funzioni. Le circostanze possono essere molto diversificate e l'accertamento preciso dei fatti è di conseguenza decisivo. L'esistenza di un comportamento illecito è stata per esempio negata nel caso in cui l'amministrazione di un fallimento ha venduto all'asta un'unità di PPP, la cui stima peritale comprendeva il valore di un posteggio non compreso nella vendita: l'acquirente, infatti, aveva visionato le condizioni d'asta che indicavano solo l'appartamento e la pubblicazione sul Foglio ufficiale da cui risultava la descrizione corretta del bene messo all'asta<sup>12</sup>. L'atto illecito è invece stato ammesso in un caso in cui l'amministrazione di un fallimento aveva omesso di evitare la perenzione di una pretesa assicurativa vantata dalla società fallita<sup>13</sup>.

Per quel che concerne il danno non ci sono particolarità in materia di responsabilità dell'ente pubblico. Anche in questo ambito vale il principio generale che la persona danneggiata deve prendere le misure necessarie per ridurre o evitare il proprio danno<sup>14</sup>.

Il nesso di causalità tra l'atto o l'omissione dell'agente pubblico e il danno può essere delicato da determinare. Nel settore sanitario sarà

spesso necessaria una perizia specialistica e su questo tema ci si può riferire all'abbondante giurisprudenza in materia del Tribunale federale<sup>15</sup>. Il nesso causale adeguato è stato negato nel caso di un genitore che ha rapito il figlio, erroneamente iscritto nel suo passaporto in violazione di norme legali, perché la negligenza del funzionario dell'ufficio passaporti non è stata considerata causale nel rapimento, dovuto al comportamento inaudito – e imprevedibile – del genitore<sup>16</sup>. Il Tribunale federale ha negato l'esistenza di un nesso causale nel caso di un'indiscrezione commessa da un magistrato penale, che aveva trasmesso alla controparte in una causa civile documentazione sequestrata in ambito penale, usata poi nella procedura civile e giunta all'autorità fiscale straniera. Il debito d'imposta, infatti, grava il contribuente non appena sono realizzati i fatti generatori dell'imposta; l'esistenza del debito d'imposta prima del sopraggiungere del fatto imputabile all'ente pubblico esclude quindi la causalità, perché l'indiscrezione era posteriore alla nascita del debito fiscale: l'ente pubblico non era quindi responsabile del danno (pagamento delle imposte arretrate e delle multe)<sup>17</sup>.

In casi particolari la responsabilità dell'ente pubblico richiede un'illiceità qualificata. Il danno provocato da decisioni amministrative e giudiziarie può essere risarcito solo se vi è stata una grave violazione di un dovere primordiale della funzione e se il danneggiato ha fatto uso dei rimedi di diritto a sua disposizione (art. 5 LResp). La persona danneggiata che ha rinunciato a far uso dei rimedi di diritto a sua disposizione perde il diritto di chiedere il risarcimento<sup>18</sup>. Per fondare la responsabilità dell'ente

12 Sentenza II CCA del 16 ottobre 2008 inc. 12.2007.97.

13 Sentenza II CCA del 6 maggio 2011 inc. 12.2009.202.

14 Sentenza II CCA del 6 maggio 2011 inc. 12.2009.202.

15 DTF 133 III 462, RDAF 2005 I 375.

16 Sentenza del Tribunale federale del 14 giugno 2007 2P.31/2007, RtiD I-2008 1c pag. 977.

17 Sentenza del Tribunale federale dell'11 gennaio 2007 2P.35/2006 in SJ 129 I 437.

18 Sentenza II CCA del 25 ottobre 2010 inc. n. 12.2009.51.

pubblico non è quindi sufficiente dimostrare che la decisione era infondata, sbagliata o perfino arbitraria<sup>19</sup>. L'illiceità qualificata di una decisione amministrativa o giudiziaria è data solo se vi è stata una violazione grave del diritto, per esempio in caso di abuso o eccesso del potere di apprezzamento, della violazione di un testo legale chiaro o del misconoscimento di un principio generale del diritto<sup>20</sup>. Non è una grave violazione dei doveri primordiali della funzione la mancata esecuzione di un sopralluogo, che avrebbe permesso al Servizio dei ricorsi del Consiglio di Stato di accertare la reale situazione dei fondi, verificata poi in sede di sopralluogo dal Tribunale cantonale amministrativo<sup>21</sup>. Il servizio amministrativo che emana una decisione in un momento in cui i fatti decisivi sono confusi non commette una grave violazione dei suoi doveri primordiali della funzione se in seguito si accerta che la decisione, a bocce ferme e a fatti finalmente chiariti, era sbagliata<sup>22</sup>.

Un'informazione errata può far nascere la responsabilità dell'ente pubblico solo in caso di dolo o di negligenza grave dell'agente pubblico e a condizione che l'incompetenza di questi non fosse riconoscibile (art. 6 LResp). I principi relativi ai problemi di informazione dell'ente pubblico sono stati trattati dal Tribunale federale anni addietro nell'ambito dell'epidemia di listeriosi dovuta a formaggio<sup>23</sup>. Anche la crisi della mucca pazza (ESB encefalopatia spongiforme bovina) ha dato origine a una causa di responsabilità nei confronti della Confederazione, respinta per assenza di un'omissione illecita degli agenti pubblici federali<sup>24</sup>.

Il danno causato nell'esercizio di un'attività

sanitaria può essere risarcito se vi è stata violazione dei compiti assegnati alla funzione dell'agente pubblico e nell'attività terapeutica l'ente pubblico risponde del danno a condizione che vi sia stata grave violazione delle regole dell'arte medica e che non abbia potuto provare la mancanza di colpa dell'agente pubblico (art. 7 LResp). A titolo di esempio la mancata sorveglianza di un paziente depressivo ad alto rischio suicidiale costituisce una grave violazione delle regole dell'arte medica in caso di suicidio<sup>25</sup>.

L'ente pubblico risponde del danno provocato da un atto lecito solo se la legge lo prevede (art. 8 LResp). La LResp regola le questioni attinenti lo stato di necessità (art. 9), la riparazione del torto morale (art. 10), la lesione della personalità (art. 11) e i motivi di riduzione del risarcimento (art. 12). L'indennità per torto morale è data solo in caso di decesso della persona danneggiata, come risulta dall'esame dei materiali legislativi sull'art. 10 LResp<sup>26</sup>.

L'ente pubblico responsabile è di principio quello per cui svolge la sua funzione l'agente pubblico, rispettivamente se questi agisce per più enti pubblici, l'ente pubblico che l'ha eletto o nominato (art. 18 LResp). L'azione giudiziaria deve obbligatoriamente essere preceduta da una notifica, sulla quale l'ente pubblico deve pronunciarsi entro tre mesi (art. 19 LResp). La mancata risposta equivale a un rifiuto della pretesa. La notifica è essenziale perché la pretesa nei confronti dell'ente pubblico si perime se la persona danneggiata non la notifica nel termine di un anno dal giorno in cui ha conosciuto il danno, in ogni caso nel termine di dieci anni dal giorno in cui l'agente

19 DTF 123 II 577 consid. 4d/dd.

20 Sentenza II CCA del 27 novembre 2012 inc. 12.2011.44.

21 Sentenza II CCA del 25 ottobre 2010 inc. 12.2009.51.

22 Sentenza II CCA del 17 ottobre 2008 inc. 12.2007.161.

23 DTF 118 Ib 473.

24 Sentenza del Tribunale federale dell'11 aprile 2006 2A.321/2004.

25 Sentenza II CCA del 30 settembre 2002 inc. 12.2001.200, DTF 130 I 337 e sentenza del Tribunale federale del 6 febbraio 2006 4P.244/2005.

26 Sentenza II CCA del 30 gennaio 2006 inc. 12.2004.190.

pubblico ha commesso l’atto (art. 25 cpv. 1 LResp) e inoltre se non avvia la causa giudiziaria nel termine di sei mesi dalla risposta dell’autorità (art. 25 cpv. 2 LResp).

Il termine di perenzione inizia a decorrere da quando il creditore conosce l’esistenza, la natura e gli elementi del danno. Il termine non può essere sospeso né prorogato e la cessione della pretesa risarcitoria non può modificarne il decorso<sup>27</sup>. La conoscenza del danno comprende la cognizione della sua estensione e la persona danneggiata deve poter valutare, almeno a grandi linee, il danno complessivo. Il termine di perenzione comincia quindi a decorrere solo quando l’evento dannoso si è concluso<sup>28</sup>. In ambito sanitario la decorrenza del termine dipende spesso dai risultati di una perizia. A titolo di esempio, in un’azione di regresso avviata dall’assicurazione per l’invalidità a seguito dell’invalidità di un assicurato causata da un intervento chirurgico, era indispensabile conoscere la persona responsabile dell’evento, ciò che è stato possibile solo quando una perizia extragiudiziaria chiesta dalle parti ha individuato la violazione dell’arte medica e il nesso di causalità tra l’intervento e l’invalidità dell’assicurato<sup>29</sup>. La responsabilità dell’Ente Ospedaliero cantonale (EOC) può essere messa in causa secondo la LResp solo per atti o omissioni dei suoi agenti verificatisi dopo il 1° gennaio 1990, data d’entrata in vigore della LResp<sup>30</sup>.

Nel Cantone Ticino la causa giudiziaria nei confronti dell’ente pubblico rientra nella competenza del giudice civile ordinario, il quale applica il Codice di procedura civile (art. 22 LResp). Il foro per le azioni nei confronti dello Stato è alternativamente quello di Bellinzona o quello del domicilio nel Cantone dell’attore, mentre per gli altri enti pubblici il foro è quello della loro sede (art. 22 LResp). L’azione in

risarcimento non permette a ogni modo di riesaminare la legittimità di provvedimenti, decisioni o sentenze cresciute in giudicato (art. 24 cpv. 1 LResp).

In conclusione, la responsabilità dell’ente pubblico non presenta particolarità significative rispetto alle altre norme sulla responsabilità civile. Occorre tuttavia chiarire quali sono le norme legali applicabili (federali o cantonali) e quale è l’ente pubblico responsabile del danno (Confederazione, Cantone, Comune, EOC, ecc.).

27 Sentenza II CCA del 20 ottobre 2005 inc. 12.2004.184.

28 Sentenza II CCA del 7 dicembre 2006 inc. 12.2006.213.

29 RtiD II-2009 1c pag. 615.

30 Sentenza I CCA del 23 ottobre 1996 inc. 10.95.30, RDAT II 1997 pag. 13.

# Art. 68 cpv. 1 CPC: un rischio per il monopolio degli avvocati?

Francesca Verda Chiocchetti, avv.  
vicecancelliera del Tribunale d'appello<sup>1</sup>.

Il presente articolo ha lo scopo di evidenziare sommariamente le problematiche nel definire la nozione di “rappresentanza professionale in giudizio” prevista all’art. 68 cpv. 2 lett. a CPC. Per un approfondimento della materia e un’illustrazione delle possibili conseguenze giuridiche dell’assenza di una valida rappresentanza si rinvia invece al contributo dell’autrice pubblicato nella Rivista ticinese di diritto<sup>2</sup>.

L’entrata in vigore, il 1º gennaio 2011, del Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC) ha stravolto quanto vigeva nel Cantone Ticino in materia di rappresentanza in giudizio, dove essa era riservata, di principio, esclusivamente agli avvocati iscritti nell’apposito registro. Con l’art. 68 cpv. 1 CPC il legislatore federale ha voluto conferire alle parti la facoltà di affidare la conduzione della propria causa a una qualsiasi “persona di fiducia” e, quindi, non necessariamente a un avvocato. Che con tale procedere sia stato messo a rischio il monopolio degli avvocati? Sembra di no, già per il fatto che il disposto testé menzionato è applicabile unicamente qualora il rappresentante non eserciti tale mandato a titolo professionale. In

virtù dell’art. 68 cpv. 2 lett. a CPC, infatti, la rappresentanza professionale in giudizio resta di competenza – salvo i casi previsti alle lett. da b a d del capoverso poc’anzi menzionato – degli avvocati legittimati a esercitare la rappresentanza dinanzi a un tribunale svizzero secondo la legge federale sulla libera circolazione degli avvocati (LLCA)<sup>3</sup>.

Il condizionale summenzionato non è tuttavia usato a sproposito. Infatti, il legislatore ha lasciato ai tribunali il compito di definire, di caso in caso, la nozione di “rappresentanza professionale in giudizio”. E se a una lettura superficiale del testo di legge essa potrebbe sembrare ovvia, poiché chiaramente intesa allo svolgimento della rappresentanza “per mestiere”<sup>4</sup>, ci si accorge che così non è appena ci si domanda quali criteri debba riunire la rappresentanza, nel caso specifico, per essere qualificata come professionale.

Certo, di regola la sua definizione non dovrebbe destare particolari problemi, dato che nella stragrande maggioranza dei casi il rappresentante che agisce professionalmente protesta, negli allegati di causa, delle ripetibili in favore della parte rappresentata. Infatti, in caso di vittoria quest’ultima difficilmente rinuncerebbe alla copertura delle proprie spese legali, anche se solo parziale. Non vi è dubbio che qualora il rappresentante non sia un avvocato legittimato a esercitare la rappresentanza giusta la LLCA, egli non può agire a titolo professionale e il rappresentato non ha diritto a ripetibili giusta l’art. 95 cpv. 3 lett. b CPC (spese per la rappresentanza professionale in giudizio)<sup>5</sup>. La richiesta di assegnazione delle medesime è, quindi, la prova che il rappresentante sta agendo “per mestiere” malgrado non possa farlo.

<sup>1</sup> Le considerazioni del presente articolo sono espresse a titolo esclusivamente personale e non impegnano in alcun modo l’autorità giudiziaria dove l’autrice lavora.

<sup>2</sup> RtiD II-2014 pag. 925

<sup>3</sup> RS 935.61.

<sup>4</sup> FRANCESCO TREZZINI in: Bruno Cocchi/Francesco Trezzini/Giorgio A. Bernasconi, Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero, CPC, Lugano 2011, pag. 245.

<sup>5</sup> Cfr. OGer Zug, decisione del 17 dicembre 2013, consid. 7.3.1, in: GVP 2013, pag. 202.

La limitata giurisprudenza in materia già evidenzia, tuttavia, l'esistenza di casi in cui per definire se sussiste una “rappresentanza professionale in giudizio” occorre provvedere a ulteriori accertamenti rispetto a quello di verificare se sono state protestate ripetibili. In una recente decisione, infatti, la terza Camera civile del Tribunale d'appello ha considerato che vi fosse una simile rappresentanza perché la remunerazione dell'associazione, che fungeva da rappresentante, era espressamente prevista dalla normativa che la reggeva e tali proventi costituivano poco meno della metà dei suoi introiti<sup>6</sup>.

Se il criterio della “remunerazione” può senz'altro giocare un ruolo importante, non bisogna inoltre incorrere nell'errore di omettere di esaminare quello della “ripetizione” dell'attività di rappresentanza, come evidenziato nella sentenza del 29 giugno 1961 dell'*Obergericht* del Cantone Zurigo<sup>7</sup>, ove su questo aspetto la normativa procedurale era analoga a quella prevista dal legislatore federale<sup>8</sup>. In tale giudizio il tribunale cantonale aveva spiegato che nella fattispecie la questione di sapere se il rappresentante agisse a titolo oneroso non doveva essere approfondita, poiché questi aveva rappresentato anche altre parti e aveva espresso l'intenzione di occuparsi di tutti quei casi in cui degli avvocati avevano rifiutato il mandato o vi avevano rinunciato, oppure qualora il mandante non poteva permettersi di retribuire il legale. L'*Obergericht* aveva precisato che anche nell'ipotesi in cui il rappresentante non avesse agito per lucro, bensì per un ideale o per motivi politici, non si poteva contravvenire all'obbligo della rappresentanza professionale da parte di un avvocato ivi legittimato.

Tale sentenza era stata impugnata al *Kassationsgericht*, che l'aveva confermata. La parte e il suo rappresentante avevano, infine, adito il Tribunale federale, che aveva fatto proprie le argomentazioni del tribunale cantonale<sup>9</sup>. Quanto testé menzionato non deve a sua volta indurre a far credere che non sussiste rappresentanza professionale qualora il rappresentante agisca in un caso isolato, sebbene retribuito per la sua attività. Tale approccio escluderebbe in maniera arbitraria i casi in cui il mandatario ha agito un'unica volta quale rappresentante ma ha la volontà attuale – ed eventualmente futura – di rappresentare la medesima parte in altri procedimenti o altri mandanti.

Anche la “formazione e qualifica professionale del rappresentante” può giocare un ruolo nel determinare se si è in presenza di una rappresentanza professionale in giudizio. In una recente decisione<sup>10</sup> l'*Obergericht* del Cantone Zurigo ha spiegato che il fatto, per il rappresentante, di qualificarsi nella petizione come “*Rechtskonsulent/Immobilienökonom*” era sufficiente a inferire l'esistenza di una rappresentanza professionale. In un altro caso lo stesso tribunale ha reputato che ci si trovava inequivocabilmente in presenza di un mandato esercitato a titolo professionale, dato che la rappresentante in giudizio aveva agito a titolo oneroso e si era occupata in precedenza, in qualità di contabile, segnatamente della compilazione della dichiarazione fiscale della rappresentata, conosciuta attraverso un annuncio nel quale offriva prestazioni in veste, per l'appunto, di contabile<sup>11</sup>. Ci si domanda, poi, se per fondare l'esistenza di una rappresentanza professionale non basti la circostanza che il rappresentante è

6 III CCA, decisione inc. 13.2013.69 del 22 novembre 2013, consid. 4.5, in: Rivista ticinese di diritto RtiD II-2014 n. 33c; cfr. anche III CCA, decisione inc. 13.2014.12 del 28 maggio 2014, consid. 8, che illustra le soluzioni adottate dal legislatore ticinese negli ambiti in cui il diritto federale gli ha riservato la facoltà di disciplinare la rappresentanza processuale.

7 OGer ZH, sentenza del 29 giugno 1961, in: ZR 61 n.1, pag. 1 seg.

8 FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Berna 2009, pag. 413.

9 OGer ZH, sentenza del 29 giugno 1961, in: ZR 61 n.1, pag. 4.

10 OGer ZH, decisione del 2 aprile 2013, consid. 7.3.

11 OGer ZH, decisione del 18 luglio 2013, consid. 2.3.

stato scelto dal rappresentato per (o perlomeno anche) in funzione della sua formazione. In tal caso, infatti, il legame di fiducia che li unisce avrebbe un fondamento professionale, al contrario di quanto accade investendo della rappresentanza una persona in primo luogo perché amica o parente<sup>12</sup>. Ma anche in tale evenienza un tribunale dovrebbe far prova di circospezione. A maggior ragione perché l'asserito legame di amicizia finirebbe per fondarsi unicamente sulle allegazioni della parte e del suo rappresentante. Le considerazioni espresse sopra evidenziano che nel caso concreto occorre apprezzare l'insieme delle circostanze, senza focalizzare la propria attenzione su un criterio a scapito di altri. Se in una fattispecie uno di essi potrà essere decisivo, in un'altra giocherà un ruolo del tutto secondario. Va da sé che più i tribunali avranno l'opportunità di chinarsi sull'applicazione dell'art. 68 cpv. 1 e 2 lett. a CPC, più i contorni della nozione di "rappresentanza professionale in giudizio" saranno chiariti e, in definitiva, la domanda posta nel titolo del presente articolo potrà trovare una risposta. Al fine di evitare abusi della normativa in questione – nel senso che persone non abilitate alla rappresentanza giusta la LLCA rappresentino, seppur in maniera illegittima, la parte nel procedimento – determinanti saranno anche le conseguenze giuridiche che i tribunali attribuiranno al difetto di valida rappresentanza in giudizio<sup>13</sup>.

## I mezzi di ricorso nel nuovo CPP svizzero

avv. dr. iur. Damiano Stefani,  
Giudice del Tribunale d'appello  
del Cantone Ticino

### Premessa

Il presente testo è la traccia di una conferenza presentata dall'autore presso l'Università dell'Insubria nel novembre 2013. Pertanto non ha alcuna pretesa se non quella di fornire una visione generale della tematica.

### Introduzione

Una rapida ed ineccepibile sentenza di primo grado, che ne rende inutile l'impugnazione, è il miglior modo di far giustizia.

Di principio ogni persona che si mette nelle mani della magistratura spera di poter contare su una celere e inappuntabile soluzione della vertenza che la vede coinvolta. Idealmente, in ogni campo del diritto, tutti auspiciamo che, al più tardi con la resa della prima decisione dell'autorità chiamata a pronunciarsi, il senso di giustizia delle parti venga appagato e che, ottenuto il convincimento di tutti che quella emanata è la miglior sentenza possibile, il procedimento si concluda a quello stadio, con buona pace per ognuno. Purtroppo, la fallibilità umana (non solo riferita a chi deve deliberare ma, in egual misura ed inevitabilmente, anche alle parti coinvolte, che pure possono commettere errori), le difficoltà probatorie, la viepiù ostica applicazione delle norme di legge e le sempre più intricate fattispecie, rendono

12 FRANÇOIS BOHNET/VINCENT MARNET, *Droit de la profession d'avocat*, Berna 2009, pag. 412.

13 Cfr. per un'illustrazione delle possibili conseguenze giuridiche FRANCESCA VERDA CHIOCCHETTI, *La rappresentanza in giudizio* (art. 68 cpv. 1 e 2 lett. a CPC), in: RtiD II-2014 pag. 925.

queste aspettative spesso vane. Nella Storia, anche contemporanea, ogni qualvolta, per scelta, non vi sono state possibilità di rimettere in discussione le sentenze di primo grado, ci si è trovati di fronte ad un proliferare di errori giudiziari e umani irrimediabile, ma soprattutto ad un calcolato e voluto abuso di potere. La giustizia è così divenuta una maschera dietro la quale nascondere la volontà di controllare illegalmente l'esercizio del potere.

Uno dei presupposti indispensabili per poter ambire all'ottenimento di sentenze quanto più corrette possibili, e perciò una delle garanzie fondamentali per il buon funzionamento della Giustizia, è dunque quella di poter contare su più gradi di giudizio: in questo modo è possibile rimettere in discussione una decisione giudiziaria, che di principio beneficia di una presunzione di conformità al diritto, e sottoporla ad un'autorità superiore per un riesame, completo o parziale a dipendenza del tipo di impugnazione, con lo scopo di sanare eventuali errori.

Nel nostro attuale ordinamento sono previsti due gradi a livello cantonale ed un terzo a livello federale.

In ambito penale, le vie di ricorso riconosciute dal nostro ordinamento sono:

- il **reclamo**, art. 393 segg. CPP --> alla Camera dei Reclami Penali (CRP)
  - contro atti procedurali e decisioni non impugnabili della polizia, del PM e delle autorità penali delle contravvenzioni
  - contro decreti e ordinanze e atti procedurali dei tribunali di primo grado (ad eccezione delle decisioni ordinariorie)
  - contro le decisioni del Giudice dei provvedimenti coercitivi (GPC)
- l'**appello**, art. 398 segg. CPP --> alla Camera d'Appello e Revisione Penale (CARP), art. 21 CPP
- la **revisione**, art. 310 segg. CPP --> alla CARP, art. 21 CPP
- il **ricorso in materia penale al TF**, art. 78

LTF (abbinabile al ricorso sussidiario in materia costituzionale, art. 113 segg. LTF)

- la **grazia**, art. 381 segg. CP --> all'Assemblea federale
- l'**amnistia**, art. 384 CP --> all'Assemblea federale

Nell'avamprogetto al nuovo CPP era stato previsto pure l'appello a livello federale, nei confronti delle decisioni prese dal Tribunale penale federale, agente quale Corte di prima istanza. Con una manovra non propriamente comprensibile, il legislatore ha tuttavia in seguito deciso di cambiare rotta e di rimanere allo *status quo*, cioè di riconoscere anche nei confronti di tali sentenze unicamente la possibilità del ricorso in materia penale, adducendo una motivazione sorprendente, per la quale, oltre a non essere pensabile che il Tribunale federale si metta ad esaminare in maniera completa i casi a lui sottoposti perché ciò comporterebbe un inaccettabile aumento della mole di lavoro, si è ritenuto doveroso riconoscere ai Giudici di Bellinzona doti giudicanti superiori a quelle dei colleghi cantonali: “*A sostegno di questa variante si può inoltre addurre che il TPF – consci dell'inappellabilità delle sue decisioni – cerca di adempiere le proprie funzioni di tribunale di primo grado con particolare cura e che un tribunale speciale composto da giudici togati pare forse più indicato di un tribunale distrettuale o di un giudice unico cantonale, che rischia di affondare sotto la mole dei casi da affrontare.*” (messaggio concernente la LF sulla riorganizzazione delle autorità penali della confederazione, FF 2008, p. 7391, n. 1.4.4.2.-1.4.4.3.). De facto la prima giustificazione, cioè quella di non voler aggravare ulteriormente il Tribunale Federale di Losanna, correndo il rischio di dover adottare misure amministrative onerose per poter garantire a quest'ultimo i mezzi per far fronte ai nuovi compiti, pare essere stata quella scatenante. Di conseguenza, non essendovi serie basi oggettive per sostenere la disparità di trattamento tra i giudizi del TPF e quelli delle altre corti di

pari grado, un'introduzione dell'appello anche per queste procedure sarà inevitabile.

## L'appello

L'appello è la via di ricorso ordinaria più completa ed interessante per le parti, che offre, per i crimini ed i delitti, la possibilità di sottoporre le proprie eccezioni relativamente alla sentenza di primo grado ad un'autorità superiore che gode di un pieno potere d'esame, sia del diritto, che dei fatti, che con riferimento alle considerazioni legate all'inopportunità.

Solo con esso è possibile concretizzare pienamente la garanzia del doppio grado di giudizio. Nonostante la Corte europea dei diritti dell'Uomo avesse già precisato che la limitazione del potere d'esame all'arbitrio non intacca la sostanza stessa del diritto al ricorso, sicché un ricorso in cassazione non lede né la CEDU (2 cifra 1 protocollo CEDU) né il patto ONU II (art. 14 cpv. 5), la sua introduzione generalizzata ha rappresentato un passo ulteriore in favore della tutela dei diritti delle parti, soprattutto nel nostro Cantone, che non conosceva questo istituto. Il CPP prevede quattro modalità d'appello, in base alla gravità del reato, al tipo di censure sollevate o al carattere accessorio:

- appello completo: per i crimini ed i delitti. Si possono far valere nuove allegazioni e prove;
- appello limitato: per le contravvenzioni. L'esame dei fatti è circoscritto all'arbitrio, sono escluse nuove allegazioni e non sono ammesse nuove prove;
- appello civile: art. 398 cpv. 5 CPP, si esamina in base al diritto processuale civile del foro;
- appello incidentale, art. 400 cpv. 2 lett. b e art. 401 CPP.

Vi è poi una suddivisione di questi quattro tipi in due categorie che valgono per tutti: l'appello totale e l'appello parziale (ad esempio quelli che hanno per oggetto la sola questione del dissequestro di determinati oggetti o quella del mancato riconoscimento di indennità).

## Competenza a decidere sull'appello

A livello Ticinese è competente la Corte d'appello e revisione penale (CARP) composta da tre giudici a tempo pieno della sezione di diritto privato del Tribunale d'Appello, art. 63 LOG.

Nei Grigioni è il tribunale cantonale che esercita le funzioni di tribunale d'appello, art. 22 LACCP.

A Zurigo e Berna competenti sono i giudici delle prime due *Strafkammern* (la terza è la nostra CRP). A Basilea Città è competente la *Strafkammer* dell'*Appellationsgericht*. A Ginevra la *Chambre pénale de la Court de Justice*. Nel canton Vaud è la *Court d'appel pénale*, composta da 8 giudici.

Peculiarità tutta ticinese (con una situazione simile solo a Ginevra per il *Tribunal criminel* che esamina casi con proposte di pena superiori ai 10 anni) è che per le procedure nelle quali vi è una proposta di pena sopra i 5 anni la corte di giudici professionisti (o supplenti) debba essere completata da 4 assessori giurati (e due supplenti), quindi da giudici popolari.

## Legittimazione ad appellare

Sono legittime a ricorrere contro una decisione le parti che hanno un interesse giuridicamente protetto all'annullamento o alla modifica della stessa, art. 382 cpv. 1 CPP.

Ovviamente l'accusatore privato (art. 118 segg. CPP) non può impugnare una decisione riguardo alla sanzione inflitta, art. 382 cpv. 2 CPP. Può ricorrere contro la colpevolezza, gli aspetti civili, le spese, le confische e gli indennizzi, se leso nei propri interessi.

L'accusatore privato può appellare anche se non ha avviato un'azione civile nell'ambito del

procedimento penale ai sensi degli art. 122 segg. CPP (DTF 139 IV 78 del 22 ottobre 2012, 6B:261/2012). Egli può impugnare non solamente la decisione di proscioglimento, ma può anche rimettere in causa la qualifica giuridica dei fatti alla base della condanna dell'imputato. In caso di accoglimento dell'appello ciò può comportare la fissazione di una nuova pena che può anche essere superiore a quella di prima istanza (DTF 139 IV 84 del 14 dicembre 2012, 6B\_434/2012). Va da sé che sulla quantificazione e qualificazione della pena l'accusatore privato non si può esprimere, ma è un ragionamento che deve essere effettuato d'ufficio dalla Corte.

L'accusatore privato, inoltre, non può contestare davanti all'autorità di ricorso al messa in libertà dell'accusato, anche se questi può costituire un pericolo per la vita altrui (DTF 139 IV 199 del 14 marzo 2013, STF 1B\_7/2013)

La legittimazione è riconosciuta anche agli altri partecipanti al processo elencati all'art. 105 CPP, cioè il danneggiato, il denunciante, il testimone, la persona informata sui fatti, il perito, il terzo aggravato da atti procedurali: se sono direttamente lesi nei loro diritti godono dei diritti processuali spettanti alle parti, se ciò è necessario alla tutela dei loro interessi, art. 105 cpv. 2 CPP. È il caso, ad esempio, di un terzo i cui beni, nonostante le sue contestazioni, sono stati ritenuti di pertinenza del condannato e sono stati sottoposti a sequestro conservativo.

## Oggetto d'appello

Giusta l'art. 380 CPP, sono ammessi ricorsi (quindi appello e reclamo) solo contro sentenze che il CPP non dichiara definitive o non impugnabili.

Il ricorso non è ovviamente nemmeno possibile nei confronti di quelle sentenze che concernono dei reati che si sono ormai prescritti. A questo proposito va ricordato che con la DTF 139 IV 62consid. 1.5. dell'11 dicembre

2012, il Tribunale federale ha modificato la propria giurisprudenza, instaurata con la DTF 134 IV 328 consid. 2.1. (e poi più volte ribadita, DTF 135 IV 196 consid. 2.1.) ed ha sancito che anche in caso di sentenza assolutoria la prescrizione viene interrotta, cosa che prima non avveniva.

## Procedura d'appello

### Annuncio e dichiarazione d'appello, art. 399 CPP

L'appello deve essere annunciato al tribunale di primo grado entro 10 giorni dalla comunicazione della sentenza, per iscritto o oralmente, art. 399 cpv. 1 CPP.

L'annuncio non richiede una motivazione, se non la manifestazione della volontà di impugnare mediante appello la sentenza. Per gli appelli incidentali non è richiesto.

L'annuncio va rivolto solo al tribunale di primo grado.

In caso di mancato o tardivo appello, la sentenza passa in giudicato (art. 437 cpv. 1 lett. a CPP).

Il tribunale di prime cure motiva di conseguenza la sentenza per iscritto e trasmette il tutto al tribunale d'appello, art. 84 cpv. 4 CPP. L'appellante deve poi inoltrare, questa volta alla Camera di appello e revisione penale, entro 20 giorni dalla notificazione della sentenza motivata la sua dichiarazione d'appello con cui deve precisare se impugna l'intera sentenza o solo una sua parte, come vuole che sia modificata la sentenza di primo grado e se intende proporre eventuali istanze probatorie, art. 399 cpv. 3 CPP.

La dichiarazione d'appello fissa così in maniera definitiva il quadro della procedura d'appello, ritenuto che il precedente non potrà modificare le sue conclusioni al momento del dibattimento di secondo grado.

Non è richiesta una motivazione per esteso. Ciononostante è sempre benvenuta (se non

addirittura auspicata) da parte della corte giudicante poiché essa consente di esaminare l'incarto focalizzando l'attenzione sui punti realmente importanti.

Se la dichiarazione è incompleta, chi dirige il dibattimento dà la possibilità all'istante di emendarla entro un termine determinato, art. 400 cpv. 1 CPP.

In caso di mancata dichiarazione, il gravame decade.

Se ha interposto appello parziale, il ricorrente deve inoltre indicare in maniera vincolante su quali aspetti verte il suo appello (art. 399 cpv. 4 CPP). In seguito egli potrà ulteriormente ridimensionare l'impugnativa, ma non potrà più estenderla.

Al fine di evitare che venga sistematicamente impugnata l'intera sentenza, le norme sulle spese (art. 428 cpv. 1 CPP) e quelle sulle indennità (art. 429 cpv. 1 CPP) sono state concepite in maniera tale che il loro riconoscimento dipenda dalla proporzione in cui l'appello è stato accolto o respinto.

Nei casi in cui la decisione di prima sede è direttamente comunicata con la motivazione (art. 82 e art. 84 cpv. 2 e 3 CPP), senza che vi sia una pronuncia orale o una trasmissione del dispositivo che preceda tale operazione, le parti non sono tenute a annunciare l'appello, poiché per il TF una dichiarazione d'appello entro i 20 giorni è sufficiente (art. 399 cpv. 3 CPP) (**DTF** 138 IV 157 del 1 marzo 2012, 6B\_816/2011).

### **Appello incidentale e istanza di non entrata in materia**

Alla dichiarazione d'appello fa seguito un esame preliminare, nel contesto del quale le altre parti possono, entro 20 giorni, introdurre un'istanza di non entrata in materia (art. 400 cpv. 3 lett. a CPP), rispettivamente un appello incidentale (che sarebbe meglio chiamare appello adesivo) (art. 400 cpv. 3 lett. b CPP).

L'appello incidentale non è limitato alla portata di quello principale (indipendente), sicché può riguardare anche punti non contestati dall'appello principale (a meno che quest'ultimo non concerne solo aspetti civili), ma decide se quest'ultimo viene ritirato o si decide di non entrare nel merito (accessorio) (art. 401 CPP). Ovviamente l'accusatore privato può impugnare solo aspetti relativi alla colpevolezza ed alle questioni civili, non quelli sulla pena (art. 381 e 382 CPP).

L'appello principale può essere ritirato fino alla fine dell'udienza dibattimentale, cosa che può avere un influsso anche sull'appello incidentale.

L'appello ha effetto suspensivo (art. 402 CPP). Per ovviare agli inconvenienti che ciò potrebbe comportare, è possibile postulare il riconoscimento del passaggio in giudicato parziale delle parti non oggetto di impugnativa.

### **Appello incidentale e istanza**

La prima fase dopo l'inoltro delle dichiarazioni d'appello è quella dell'esame dei presupposti per un'entrata nel merito (art. 403 cpv. 1 CPP). Il Tribunale d'appello deve infatti decidere in procedura scritta se entrare nel merito dell'appello quando chi dirige il procedimento o una parte fa valere che:

- a. l'annuncio d'appello o la dichiarazione d'appello è tardiva o inammissibile,
- b. l'appello è inammissibile giusta l'art. 398 CPP,
- c. non sono dati i presupposti processuali o vi sono impedimenti a procedere.

Si tratta qui di sottoporre l'istanza d'appello ad un esame preliminare, simile a quello che la corte di primo grado deve effettuare nei confronti dell'atto d'accusa o del decreto d'accusa.

I primi due dei motivi sopraelencati concernono la tardività (art. 399 cpv. 1 e 3 CPP) e l'irricevibilità in generale o specificatamente in rapporto all'art. 398 CPP, ad esempio esi-

genze formali non rispettate, mancanza di motivazione, assenza di legittimazione ad agire, contestazioni appellatorie per delle contravvenzioni, mancanza o ritiro di querela.

Se entra nel merito, il tribunale d'appello può adottare due procedure: quella orale o quella scritta.

Di regola, si deve far capo alla procedura orale, per la quale valgono per analogia le regole previste per il dibattimento di primo grado (art. 405 cpv. 1 CPP). La partecipazione al processo è disciplinata dall'art. 405 cpv. 2 CPP che prevede che l'imputato possa, in casi semplici e su sua richiesta, essere dispensato dal comparire e invitato a produrre un allegato scritto con le proprie conclusioni. La presenza dell'imputato è richiesta anche quando ad impugnare la sentenza sia stato il pubblico ministero o l'accusatore privato, se gli appelli vertono sulla colpevolezza o sulla pena (art. 407 cpv. 2 CPP) e contrario.

L'accusatore privato deve presenziare se ha interposto appello o appello adesivo e può essere pure lui, su richiesta, dispensato dal comparire nei casi semplici (art. 405 cpv. 2 CPP).

Il pubblico ministero deve presenziare se ha presentato appello o appello incidentale (art. 405 cpv. 3 lett. b CPP) o se chiede una pena detentiva superiore ad un anno o una misura privativa della libertà, oppure se chi dirige il procedimento lo ritiene necessario (art. 405 cpv. 3 lett. a CPP e art. 337 cpv. 3 e 4 CPP). Nei casi in cui non sia obbligato, il pubblico ministero può comunque sia comparire personalmente o presentare conclusioni scritte (art. 405 cpv. 4 CPP).

La procedura scritta è possibile se si deve decidere unicamente di questioni giuridiche, se sono impugnati solo aspetti civili della sentenza, se la sentenza di primo grado concerne solo contravvenzioni e nell'appello non si chiede una condanna per un crimine o un delitto, se sono impugnate solo le spese, indennità o risarcimento del torto morale, se sono contestate

soltanto misure ai sensi degli art. 66-73 CP.

Con il consenso delle parti, la procedura scritta è ammessa anche se la presenza dell'imputato non è necessaria o se l'appello è stato interposto contro una sentenza di un giudice unico.

Se scelta, all'appellante viene chiesto di presentare una memoria scritta (art. 405 cpv. 2 CPP), sulla scorta della quale verrà poi domandato alle altre parti di presentare le loro motivazioni (art. 390 cpv. 2-4 CPP). Laddove necessario potrà essere ordinato un ulteriore scambio di scritti.

Nonostante l'oralità sia la norma, sempre più spesso si tende a percorrere la strada della procedura scritta. In effetti, la raccolta di prove in fase di appello è nella maggioranza dei casi minima, se non nulla, mentre ad essere determinante è l'esame della fattispecie sulla scorta di quanto detto in requisitoria e in arringa. In simili situazioni, la forma scritta consente alle parti di meglio esporre le proprie argomentazioni e di sostanziarle, soprattutto quando si tratta di questioni molto tecniche, quali ad esempio il riesame di perizie, o nei casi in cui è richiesto un nuovo esame dell'incarto sulla scorta di precisi e puntuali riferimenti, che passano indubbiamente meglio se fissati su carta.

### **Contumacia e mancata presentazione della memoria**

L'appello o l'appello incidentale è considerato ritirato qualora l'appellante ingiustificatamente non compare all'udienza né si fa rappresentare, se non presenta una memoria scritta oppure se non può essere citato (art. 407 cpv. 1 CPP).

Quando il prevenuto non compare ingiustificatamente al dibattimento su un appello del pubblico ministero che concerne colpevolezza o pena, si procede invece in contumacia, applicando per analogia gli art. 366 e segg. CPP.

Se l'accusatore privato ha impugnato solo aspetti civili e l'imputato non si presenta, si decide in base agli atti, art. 407 cpv. 3 CPP.

## Decisione d'appello

La decisione di merito su un appello ha effetto riformatore: la nuova sentenza non si limita ad annullare quella di primo grado, ma si sostituisce ad essa (art. 408 CPP).

Solo in casi eccezionali è possibile l'effetto cassatorio (art. 409 CPP), e meglio quando il processo di primo grado presenta vizi importanti che non possono essere sanati in seconda sede e si rende necessario annullare la sentenza per rinviare la causa al tribunale di primo grado affinché svolga un nuovo dibattimento, con la precisazione da parte dell'autorità tribunale d'appello di quali atti procedurali esso debba ripetere o integrare (art. 409 cpv. 1 e 2 CPP). Si tratta di un'eccezione pensata per casi estremi, quali ad esempio quello in cui in primo grado non è stato garantito il diritto di essere sentito, quello in cui la composizione della corte di prime cure non era conforme alla legge, quello in cui i presupposti per una decisione contumaciale (doppia citazione) non sono dati (Sentenza 21 settembre 2011 dell'Obergericht ZH, II Strafkammer, SU110026-O), oppure quello di mancato rispetto del dovere di motivazione della sentenza.

## Principio accusatorio e qualifica giuridica (art. 350 cpv. 1, 344 e 333 CPP)

In base all'art. 350 cpv. 1 CPP, il giudice è vincolato ai fatti descritti nell'atto d'accusa, ma non alla relativa qualificazione giuridica. La norma riflette uno degli aspetti essenziali del principio accusatorio (art. 9 CPP), ossia quello dell'immutabilità: il raggio d'azione del giudice è condizionato dal tenore dell'atto d'accusa ed egli può giudicare unicamente i fatti che vi sono descritti in maniera precisa (STF 6B\_476/2012 del 3.4.2013, consid. 2.3.).

L'atto o il decreto d'accusa definisce e delimita l'oggetto del processo e il giudizio. Conformemente all'art. 325 cpv. 1 lett. f CPP,

la descrizione dei fatti contenuta nell'atto di accusa (AA) o nel decreto di accusa (DA) deve essere succinta ma precisa. Succinta per evitare che l'AA divenga un memoriale d'accusa in violazione al principio dell'indipendenza del giudice. Precisa per assicurare il principio dell'immutabilità dell'accusa.

La descrizione dei fatti deve essere anche completa, per garantire un'informazione adeguata a favore dell'accusato: il DA/AA deve pertanto menzionare concretamente gli elementi oggettivi e soggettivi che configurano il reato, secondo criteri di dettaglio variabili a dipendenza della complessità e gravità del caso.

Le informazioni contenute nell'AA devono consentire all'accusato di sapere precisamente quali fatti gli sono rimproverati, di modo che possa esercitare adeguatamente i suoi diritti di difesa (STF 6B\_684/2007 del 26.2.2008 consid. 3.3.) Imprecisioni nelle indicazioni temporali sono ammissibili, purché per l'imputato non susstiano dubbi sul comportamento addebitatogli.

La configurazione giuridica dei fatti può essere così mutata autonomamente dal giudice, a condizione che quelli descritti nell'atto d'accusa coincidano con la nuova imputazione senza necessità di completarne la descrizione. Al tribunale non è invece concesso di modificare o integrare d'ufficio i fatti contemplati nel AA/DA, ma soltanto di dare, se del caso, l'opportunità di farlo al pubblico ministero (art. 333 CPP), che non è tuttavia tenuto a darvi seguito.

La mutata imputazione - intervenga essa ad opera del giudice (art. 344 CPP), o dell'accusa (art. 333 CPP) - deve in ogni caso essere annunciata alle parti e prospettata all'imputato, il quale deve pronunciarsi in merito. Questa comunicazione deve necessariamente avvenire prima della discussione, preferibilmente il più presto possibile (ad esempio contestualmente alla citazione al dibattimento, nell'ambito dell'udienza preliminare o nel corso dell'esame delle questioni pregiudiziali).

## Potere d'esame del Tribunale d'appello

### Ricorso per cassazione del vecchio CPP-TI valido fino al 1. gennaio 2011

Come detto, fino al 1. gennaio 2011 il CPP-TI prevedeva, quale mezzo d'impugnazione principale, il ricorso per cassazione, ma non conosceva la figura dell'appello penale.

Giusta l'art. 288 CPP-TI il ricorso per cassazione poteva essere presentato per errata applicazione del diritto sostanziale ai fatti posti a base della sentenza (lett. a), per vizi essenziali di procedura (purché il ricorrente avesse eccepito l'irregolarità non appena possibile) (lett. b) e per arbitrio nell'accertamento dei fatti e nella valutazione delle prove (lett. C e art. 295 cpv. 1 CPP-TI).

Il ricorso per cassazione era pertanto fondamentalmente un rimedio di diritto (lett. a e b), ritenuto che l'accertamento dei fatti e la valutazione delle prove erano censurabili unicamente per arbitrio (art. 288 lett. c e 295 cpv. 1 CPP-TI) cioè se manifestamente insostenibili, destituiti di fondamento serio e oggettivo, in aperto contrasto con gli atti (DTF 135 V 2 consid. 1.3, 133 I 149 consid. 3.1, 132 I 13 consid. 5.1 pag. 17, 131 I 217 consid. 2.1, 129 I 173 consid. 3.1. con richiami) o basati unilateralmente su talune prove a esclusione di tutte le altre (DTF 118 Ia 28 consid. 2b, 112 Ia consid. 3).

Inoltre non era possibile presentare nuove prove e vigeva il divieto di nuove censure per i vizi essenziali di forma (mentre per le questioni di diritto era possibile), art. 288 lett. b CPP-TI.

## Procedura d'appello del CPP unificato

### Nel merito

Con i mezzi d'impugnazione ordinari previsti dal nuovo CPP, cioè il reclamo e l'appello, la giurisdizione superiore giudica nuovamente tutti quei punti di fatto e di diritto che le sono

sottoposti dalle parti, valutando un'altra volta la fattispecie a fondo.

Giusta l'art. 398 cpv. 2 CPP - secondo cui il tribunale d'appello esamina per estenso ("plain pouvoir d'examen", "umfassende Überprüfung") la sentenza in tutti i punti impugnati - il tribunale di secondo grado ha una cognizione completa in fatto e in diritto su tutti gli aspetti controversi della sentenza di prime cure.

Sulla questione della cognizione del tribunale di secondo grado il Tribunale federale ha avuto modo di precisare che l'appello porta ad un nuovo e completo esame di tutte le questioni contestate ed ha spiegato che la giurisdizione di seconda istanza non può limitarsi ad individuare gli errori dei giudici precedenti e a criticarne il giudizio ma deve tenere i propri dibattimenti ed emanare una nuova decisione - che sostituisce la precedente (art. 408 CPP) - secondo il proprio libero convincimento, fondato sugli elementi probatori in atti e sulle risultanze delle prove autonomamente amministrate (STF 6B\_715/2011 del 12 luglio 2012, consid. 2.1 che cita, fra gli altri, Eugster, Basler Kommentar StPO, Basilea 2011, ad art. 398, n. 1, confermata in STF 6B\_404/2012 del 21 gennaio 2013, consid. 2.1; cfr., inoltre, Rapporto esplicativo concernente il Codice di procedura penale svizzero, DFGP, giugno 2001, pag. 261; Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, Zurigo/San Gallo 2009, ad art. 398, n. 7).

Se l'appello è stato limitato dal ricorrente ad alcuni punti del dispositivo del giudizio di prima istanza (art. 399 cpv. 4 CPP), la giurisdizione d'appello esaminerà soltanto questi (massima dispositiva) (art. 404 cpv. 1 CPP). Questo principio può essere infranto dalla Corte d'appello, se la riconsiderazione di quanto non è stato impugnato va a favore del prevenuto (art. 404 cpv. 2 CPP; Mini, Commentario CPP, Zurigo/San Gallo 2010, ad art. 398, n. 13).

Il Tribunale Federale ha precisato che il con-

trollo della giurisdizione di appello è nuovo e completo anche in caso di appello parziale. Questo non permette in effetti alle parti di sottoporre al controllo del tribunale di secondo grado soltanto alcuni fatti, sottraendone altri all'esame. Secondo l'Alta Corte, un appello parziale formulato in tal senso non va dichiarato irricevibile ma interpretato in maniera estensiva, così da soddisfare le esigenze dell'art. 399 cpv. 4 CPP, conformemente alla volontà del legislatore che ha voluto permettere alla giurisdizione di appello di esercitare un ampio controllo sulla causa che gli viene sottoposta (STF 6B\_404/2012 del 21 gennaio 2013, consid. 2.2)

**Principio della verità materiale (art. 6 CPP) e della legalità (art. 7 CPP)**

Giusta l'art. 391 cpv. 1 CPP, la giurisdizione di ricorso non è vincolata né alle motivazioni delle parti, né alle loro conclusioni, eccezion fatta per quelle concernenti le azioni civili per le quali vige la massima dispositiva.

Il diritto deve avere il sopravvento e il Tribunale di ricorso deve decidere solo applicando la legge.

#### Nuove prove

Giusta l'art. 389 cpv. 1 CPP, la procedura di ricorso di base sulle prove assunte nel corso della procedura preliminare e nella procedura dibattimentale di primo grado.

Di norma prove già raccolte possono essere riassunte solo se sono state violate disposizioni in materia, se sono state incomplete o se i relativi atti appaiono inattendibili (art. 389 cpv. 2 CPP (vedi anche 343 CPP). Su istanza di parte o d'ufficio è possibile assumere le necessarie prove supplementari (art. 389 cpv. 3 CPP).

Già in prima istanza, vista la nuova struttura del CPP e le garanzie per l'imputato nell'assunzione delle prove nella fase dell'istruzione,

l'amministrazione delle nuove prove deve essere restrittiva. In seconda istanza, a maggior ragione. Non sarà quindi possibile ammettere nuove prove portanti su fatti non pertinenti, notori, conosciuti all'autorità penale o già sufficientemente provati.

Nuove prove sono ammissibili solo in relazione ad elementi necessari al trattamento dell'impugnativa.

Di principio è possibile richiedere e assumere anche quelle prove che erano già note prima dell'appello e che avrebbero potuto essere istruite prima, ma che per vari motivi non lo sono state. In effetti la massima inquisitoria vale anche in seconda istanza. Evidentemente nuovi mezzi di prova possono essere rifiutati se nella dilazione della loro richiesta può essere intravisto un abuso di diritto, come nel caso in cui si voglia causare un rinvio della decisione (STF 6B\_583/2009 del 27.11.2009, consid. 2.5.)

Come già accennato, tendenzialmente la pratica ha dimostrato che nella maggioranza dei casi gli appelli vertono sull'interpretazione di quanto già in atti e sulla valutazione giuridica della fattispecie, piuttosto che sulla raccolta di nuove prove, essendo di regola l'incarto che giunge in seconda istanza completo o, talvolta, oggettivamente incompletabile (ad esempio per il tempo trascorso dai fatti).

#### **Divieto della *reformatio in peius***

L'art. 391 cpv. 2 CPP sancisce il divieto della *reformatio in peius*, vietando alla giurisdizione di ricorso di modificare una decisione a pregiudizio dell'imputato se il ricorso è stato esperito esclusivamente a suo favore, fatta salva una punizione più severa sulla base di fatti che non potevano essere noti in prima sede.

In questo modo l'imputato può contare sul fatto di poter impugnare la sentenza senza dover temere l'appello diventi un boomerang e la stessa venga modificata a suo discapito.

Secondo una recente decisione del Tribunale

federale (STF 6B\_712/2012 del 26 settembre 2013, consid. 2.3.1. segg.; in questo senso cfr. anche Commentario CPP, Mini, 391, n. 5.) il divieto di *reformatio in peius* è infranto anche quando si procede ad una qualifica più pesante dei fatti, sebbene la pena non ne venga toccata (diversamente era stato deciso in OG ZH del 22.4.2013 in Forum poenale 5/213, pag. 292 e ivi citata dottrina).

Determinante per l'esame è il dispositivo delle sentenze (STF 6B\_199/2011 del 10.4.2012, consid. 8.3.2).

I fatti non noti in prima sede devono essere emersi dopo la sentenza, per cui il tribunale di prime cure non poteva esserne a conoscenza.

Quale esempio di caso in cui è fattibile infliggere una punizione più severa sulla base di fatti non noti al tribunale di primo grado si pensi ad esempio allo straniero che in prima sede risultava incensurato e del quale in seguito, in pendenza d'appello, si viene a sapere che è un pregiudicato incallito.

Con l'introduzione di un appello adesivo da parte del PP decade il divieto di *reformatio in peius*. Allo stesso modo, anche una mossa analoga dell'accusatore privato può portare ad un aggravamento della posizione dell'imputato, nonostante questi si possa esprimere solo sulla colpevolezza. Come vedremo nel prossimo capitolo, in effetti, nei casi in cui quella che nel vecchio diritto veniva definita parte civile, riesce ad ottenere una diversa e più pesante qualifica giudica dei fatti, la pena dovrà essere nuovamente commisurata sulla scorta delle nuove risultanze e potrà quindi anche essere superiore a quella impugnata con l'appello principale.

Da qualche tempo, situazioni nelle quali ad un appello fanno seguito appelli incidentali delle controparti, sono sempre più frequenti.

Estensione degli effetti dell'accoglimento appello ai correi (art. 392 CPP): se solo alcune persone imputate o condannate nel medesimo procedimento hanno interposto appello e questo è stato accolto, la decisione impugnata è

annullata o modificata anche a favore di coloro che non hanno ricorso, se la giurisdizione di ricorso ha valutato diversamente i fatti e i considerandi sono applicabili anche alle altre persone coinvolte.

## Commisurazione della pena

In base al vecchio diritto processuale ticinese la Corte di cassazione e di revisione penale - analogamente al Tribunale federale - interveniva sulla commisurazione della pena unicamente laddove la sanzione si poneva al di fuori del quadro edittale, si fondava su criteri estranei all'art. 47 CP, disattendeva elementi di giudizio prescritti da quest'ultima norma oppure appariva esageratamente severa, rispettivamente mite, al punto da denotare eccesso o abuso del potere di apprezzamento (DTF 135 IV 191 consid. 3.1; DTF 134 IV 17 consid. 2.1; DTF 129 IV 6 consid. 6.1 e rif.).

Il CPP federale che l'ha sostituito permette invece di censurare, mediante l'appello, non solo l'eccesso o l'abuso del potere di apprezzamento (art. 398 cpv. 3 lett. a CPP), ma anche l'inadeguatezza (art. 398 cpv. 3 lett. c CPP). In altri termini, il campo d'azione della seconda istanza ingloba anche gli errori di valutazione del tribunale di primo grado.

Di conseguenza, la giurisdizione d'appello ha la facoltà di rivedere liberamente anche le questioni sottoposte alla discrezionalità del tribunale di prima sede e di quindi verificare che la decisione impugnata sia effettivamente la migliore possibile, senza che il controllo sia più limitato alla conformità della stessa con l'ordinamento giuridico (cfr., in particolare, Schmid, Praxiskommentar, ad art. 398, n. 9e ad art. 393, n. 17; Eugster, Basler Kommentar, StPO, ad art. 398, n. 1; Stephenson/Thiriet, Basler Kommentar, StPO, ad art. 393, n. 17).

Nonostante una parte della dottrina abbia raccomandato un certo riserbo nella ricommisurazione della pena (Hug, in Kommentar zum

StPO, Zurigo 2010, ad art. 398, n. 20; Kistler Vianin, in *Commentaire romand*, CPP, Basilea 2011, ad art. 398, n. 21), il Tribunale federale ha chiarito che le Corti d'appello dispongono di un pieno potere d'esame che permette loro di esaminare liberamente la fattispecie, sia in fatto, che in diritto, che in opportunità (STF 6B\_548/2011 del 14 maggio 2012, consid. 3).

Tale pieno potere di esame in materia di commisurazione della pena è dato, come scritto poco sopra, anche nei casi in cui, a seguito di un appello presentato dal solo accusatore privato, venga modificato il giudizio sulla colpevolezza del prevenuto che in prima istanza era stato assolto oppure condannato in base a una diversa qualifica giuridica, e ciò benché l'accusatore privato non sia legittimato ad interporre appello contro la sanzione inflitta (STF 6B\_434/2012 del 14 dicembre 2012, consid. 1.2; STF 6B\_54/2012 del 14 gennaio 2013, consid. 4). La colpevolezza non può in effetti venir dissociata dalla pena, per cui, in caso di accoglimento dell'impugnativa dell'accusatore privato in relazione alla colpevolezza dell'imputato (anche in assenza di appello interposto dal PP), la Corte di appello deve fissare una nuova pena commisurata alla colpa accertata, se del caso pronunciando una pena più severa di quella decisa in prima istanza (v. anche STF 6B\_54/2012 del 14 gennaio 2013, consid. 4).

Nella pratica della CARP, soprattutto per i casi più complessi, non è raro vedere una modifica della pena in sede di appello.

### **Appello solo sugli aspetti civili**

Se l'appello concerne solo questioni civili, trovano applicazione i principi del diritto civile e valgono le relative norme del CPC (art. 308 segg. CPC).

Si tratta quindi di un processo civile nel processo penale e la sentenza di primo grado è esaminata solo nella misura prevista dal diritto

processuale civile del foro (art. 398 cpv. 5 CPP). In simili situazioni dovranno essere pertanto applicati il principio dispositivo e quello attitatorio, che impongono all'accusatore privato di inoltrare la propria pretesa risarcitoria, di quantificarla e di provarla, sicché l'onere probatorio vien posto a suo carico. Inoltre anche l'ammissione in appello di nuovi fatti e nuove prove soggiace al diritto procedurale civile (art. 317 CPC): sono possibili solo fatti e mezzi di prova legati all'evoluzione della situazione di fatto protrattasi dopo il dibattimento (*veri nova*) o quelli preesistenti a condizione che non fosse possibile addurli in primo grado nemmeno con la diligenza ragionevolmente esigibile tenuto conto delle circostanze (*pseudo nova*).

### **Facoltà d'esame per i casi contravvenzionali, art. 398 cpv. 4 CPP**

Il legislatore ha voluto restringere i margini d'azione del Tribunale di secondo grado per questa forma di appello, che è assimilabile al ricorso per cassazione o al ricorso in materia penale di fronte al TF (LTF 95 e 97).

L'esame dei fatti è, così, limitato ai casi in cui un accertamento fattuale era "manifestamente inesatto" o si fondava su una violazione del diritto.

Con "manifestamente inesatto" si deve fare riferimento alla nozione d'arbitrio elaborata dalla giurisprudenza federale sulla scorta dell'art. 9 Cost. (Mini, op. cit., ad art. 398, n. 22, pag. 743; Kistler Vianin, op. cit., ad art. 398, n. 28, pag. 1777; Schmid, op. cit., ad art. 398 n. 13, 768), secondo la quale un accertamento dei fatti può dirsi arbitrario se il primo giudice misconosce manifestamente il senso e la portata di un mezzo di prova, se omette senza valida ragione di tener conto di un elemento di prova importante, suscettibile di modificare l'esito della vertenza, oppure se ammette o nega un fatto ponendosi in aperto contrasto con

gli atti di causa o interpretandoli in modo insostenibile. Il giudice non incorre, invece, in arbitrio quando le sue conclusioni, pur essendo discutibili, sono comunque sostenibili nel risultato (DTF 137 I 1, consid. 2.4., DTF 136 III 552, consid. 4.2., DTF 135 V 2, consid. 1.3., DTF 134 I 140, consid. 5.4., DTF 133 I 149, consid. 3.1. e sentenze ivi citate; STF 6B\_312/2011 dell'8 agosto 2011, consid. 2.1).

Vi è una violazione del diritto ai sensi dell'art. 398 cpv. 4 CPP se sussistono vizi essenziali di procedura (Mini, op. cit., ad art. 398, n. 23, pag 743). In particolare, l'appellante può far valere il mancato rispetto del diritto di essere sentito (art. 29 cpv. 2 Cost.), delle regole inherenti all'amministrazione delle prove o, ancora, delle regole sulla ripartizione dell'onere probatorio (Kistler Vianin, op. cit., ad art. 398, n. 29, pag. 1777 e seg. con riferimento anche a Schott, in Basler Kommentar, Bundesgerichtgesetz, Basilea 2008 ad art. 97, n. 18, pag. 955). Infine, è pure eccepibile un accertamento incompleto dei fatti, avvenuto in violazione della massima inquisitoria e del principio della verità materiale giusta l'art. 6 CPP (Schmid, op. cit., ad art. 398, n. 13, pag. 768).

Qualche problema può sorgere quando le pretese degli accusatori privati superano i fr. 10'000.-. In effetti in simili situazioni, in base all'art. 310 CPC, la questione civile può essere esaminata liberamente e non solo limitatamente all'arbitrio.

### **Altre competenze della Corte d'appello**

Dal momento in cui una procedura d'appello è pendente di fronte a lei, quindi dopo la dichiarazione d'appello (non l'annuncio), la Corte d'appello risulta dirigere il procedimento e diviene pertanto competente per tutta una serie di atti che prima dell'introduzione del CPP non le erano demandati da subito, e meglio:

- **provvedimenti cautelari e ordinatori** (art. 388 CPP), ad. es. incaricare il PM di

raccogliere prove la cui acquisizione è indifferibile;

- **designazione del difensore d'ufficio** (art. 388 lett. c CPP);
- **domanda di scarcerazione** (art. 233 CPP), chi dirige il procedimento d'appello decide sulla domanda di scarcerazione entro 5 giorni (mentre che in caso di condanna sulla carcerazione decide il tribunale di primo grado (art. 231 cpv. 1 CPP). Giusta l'art. 221 cpv. 1 CPP, se l'imputato è gravemente indiziato del reato e vi è un concreto pericolo di fuga, deve essere ordinata la carcerazione. Questa non può durare più della prevedibile pena (art. 212 cpv. 3 CPP);
- **decisione di carcerazione**: art. 231 cpv. 2 CPP e art. 388 lett. b CPP: se l'imputato in primo grado è assolto, il PM può proporre a chi dirige il procedimento d'appello di prorogare la carcerazione di sicurezza. La decisione deve essere resa entro 5 giorni dalla proposta/istanza;
- **decisioni incidentali su sequestri**;
- **decisioni su indennità ai sensi dell'art. 429 segg. CPP**: in caso di proscioglimento integrale o parziale. La questione deve di principio essere decisa con la sentenza di merito, per cui è indispensabile che i legali presentino al più tardi al dibattimento la documentazione necessaria a sostanziare le pretese dei loro assistiti. Di solito è necessaria una nota professionale dettagliata e tutto ciò che può servire a dimostrare e quantificare il danno patito a seguito della procedura penale ingiusta;
- **ricusa**: art. 58 CPP. Competente a decidere sulla ricusa di uno dei suoi membri è il TA, ritenuto che di norma la Corte viene composta dai giudici CARP non riusciti e da supplenti. Se la ricusa è richiesta dopo l'emissione della sentenza d'appello, va esaminata come ricorso e quindi diviene competente il TA. Se nel frattempo la sen-

tenza è passata in giudicato, la ricusa potrebbe essere sollevata solo con la revisione, di fronte alla CARP, ritenuto che il motivo di ricusa deve essere stato scoperto solo dopo il passaggio in giudicato.

Fino alla decisione, il ricusando continua ad esercitare la propria funzione (art. 59 cpv. 3 CPP). Ciò significa che nei casi in cui l'istanza ha un paleso scopo dilatorio e non è oggettivamente fondata, la Corte può portare a termine la procedura d'appello senza doverla sospendere in attesa del giudizio, rendendo vani gli espedienti della parte che l'ha introdotta.

## **La revisione (Revision, art. 410-415 CPP, art. 385 CP)**

La revisione è per contro una via di ricorso straordinaria e sussidiaria, che ha per scopo quello di consentire una correzione delle sentenze viziata da errore giudiziario.

È un mezzo straordinario in quanto volto ad ottenere l'annullamento della decisione impugnata. In una simile evenienza il tribunale d'appello può rinviare la causa per un nuovo esame e giudizio, oppure può, se lo consente lo stato degli atti, emanare una nuova decisione.

È sussidiaria poiché non ammessa contro decisioni che possono essere modificate con un altro mezzo di ricorso, non essendo essa intesa quale strumento per recuperare un mezzo di ricorso non esperito.

Essa è quindi possibile solo nei confronti di decisioni passate in giudicato ai sensi dell' art. 437 CPP.

La revisione è proponibile anche nella procedura del decreto d'accusa, in quella penale in materia di contravvenzioni, per le decisioni giudiziarie successive e per le sentenze prolante in procedura indipendente in materia di misure.

Considerato il suo carattere sussidiario, questo mezzo d'impugnazione non può essere usato

contro un decreto d'abbandono, rispettivamente contro un decreto di non luogo a procedere, poiché l'art. 323 CPP consente al PM, a determinate condizioni, di riaprire un procedimento conclusosi con un decreto di abbandono.

La revisione non è neppure possibile contro un giudizio contumaciale, vista la possibilità di chiedere un nuovo giudizio.

Contro una sentenza resa in procedura abbreviata, la revisione è praticabile solo se sono dati gli estremi dell'art. 410 cpv. 1 lett. c CPP.

Per l'art. 410 cpv. 1 lett. a CPP, si può chiedere la revisione, tra l'altro, se sono dati nuovi fatti o nuovi mezzi di prova anteriori alla decisione e tali da comportare l'assoluzione oppure una punizione notevolmente più mite o notevolmente più severa del condannato oppure la condanna della persona assolta. L'attuale normativa va oltre quella cantonale previgente dell'art. 299 lett. c CPP-TI, non distinguendo più tra la revisione a favore e la revisione a sfavore dell'imputato, tale rimedio essendo previsto nei due casi alle medesime condizioni.

La revisione può concernere la colpevolezza o gli aspetti civili, ma non può riguardare il giudizio sulle spese o sulle indennità. Se ha per oggetto solo gli aspetti civili, essa è possibile esclusivamente entro i limiti della procedura civile, e meglio in ossequio all'art. 328 e segg. CPC (art. 410 cpv. 3 CPP).

Sono legittimati a chiedere la revisione tutti coloro che sono aggravati da una sentenza; quindi di coloro che sono indicati agli art. 381 e 382 CPP. Alla morte dell'imputato, possono postularla a suo favore i suoi eredi. E contrario, la revisione a sfavore può essere chiesta solo se l'imputato è ancora in vita (Messaggio CPP, 1223).

## **Fatti nuovi e rilevanti**

Un fatto o mezzo di prova è **nuovo** quando era ignoto al giudice al momento della sentenza, ossia quando non gli era stato per nulla sottoposto (Messaggio CPP, pag. 1222; Piquerez,

Traité de procédure pénale suisse, Ginevra/Zurigo/Basilea 2006, n. 1276, pag. 787; STF 6B\_114/2007 del 6 settembre 2007 consid. 4; DTF 122 IV 66 consid. 2a, DTF 120 IV 246 consid. 2a, DTF 117 IV 40 consid. 2a, DTF 116 IV 353 consid. 3a).

Un fatto o un mezzo di prova non è nuovo, invece, quando il giudice l'ha esaminato, ma non ne ha valutato correttamente la portata (Messaggio CPP, pag. 1222; Piquerez, op. cit., nota 3247, pag. 787; STF 6B\_114/2007 del 6 settembre 2007, consid. 4; DTF 122 IV 66 consid. 2b). Anche fatti o mezzi di prova che risultano dagli atti o dai dibattimenti possono, eccezionalmente, essere considerati nuovi se sono rimasti sconosciuti al giudice: questo principio è, tuttavia, sottoposto alla duplice condizione che egli, qualora ne avesse avuto conoscenza, avrebbe deciso diversamente e che il suo giudizio si fondi sulla mancata conoscenza e non sull'arbitrio (STF 6B\_114/2007 del 6 settembre 2007 consid. 4). Di norma, in effetti, vale il principio della presunzione della conoscenza degli atti da parte del giudice (Basler Kommentar, Heer, n. 41 ad art. 410).

Il TF ha, a titolo d'esempio, indicato che potrebbe essere data la novità di un documento già agli atti in un caso in cui l'annotazione decisiva figura a piccoli caratteri sul retro di un contratto o quando un atto è contenuto in un ampio lotto di documenti che non sono stati debitamente vagliati e sui quali l'attenzione manifestamente non è stata portata, ritenuto comunque che, nel dubbio, occorre partire dal presupposto che il giudice ha preso conoscenza di tutti gli atti e di tutti i mezzi di prova discussi in occasione del dibattimento (DTF 122 IV 6consid. 2b).

I fatti o i mezzi di prova nuovi sono **rilevanti** se sono idonei a comportare una significativa modifica della qualifica giuridica dei fatti o dell'entità della pena, ossia suscettibili di inficiare gli accertamenti alla base della prima sentenza in modo da far presagire, sulla

scorta del nuovo stato di fatto, un giudizio sensibilmente più favorevole (oppure più sfavorevole) al condannato (Piquerez, op. cit., n. 1277, pag. 787; Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, § 102 n. 24; STF 6B\_242/2009 del 6 agosto 2009, consid. 2; STF 6B\_114/2007 del 6 settembre 2007, consid. 4; DTF 122 IV 66 consid. 2a con richiami). Rilevanti sono anche fatti o mezzi di prova nuovi, suscettibili di modificare soltanto la dichiarazione di colpevolezza: poco importa, quindi, che un'assoluzione (rispettivamente una condanna) parziale non sembri poter influire sulla commisurazione della pena (DTF 117 IV 40 consid. 2a con riferimenti).

Qualora siano addotti più fatti nuovi, essi devono essere valutati globalmente (DTF 116 IV 353 consid. 5b; Gass, Basler Kommentar, Strafrecht II, 2a edizione, Basilea 2007, ad art. 385 n. 95).

Semplici opinioni non rappresentano diverse valutazioni dei fatti (ad esempio una differente valutazione della pericolosità del prevenuto in relazione all'applicazione dell'art. 59 CP).

Con questo mezzo d'impugnazione straordinario non si può quindi postulare che l'apprezzamento di una situazione probatoria rimasta invariata venga rimesso in discussione dopo il passaggio in giudicato della sentenza.

Nuove perizie possono condurre alla revisione solo se, applicando restrittivamente la regola, si distanziano da precedenti accertamenti ed evidenziano chiari errori. Perizie di parte valgono come allegazioni di parte e sono solo atte, al limite, a fondare la verosimiglianza di esistenza di un motivo di revisione.

Ipotesi e fatti notori non posso essere posti alla base di una revisione, così come non lo possono semplici errori di calcolo.

Errori in diritto non possono venire sanati con la revisione, ma è solo l'errato accertamento della fattispecie ad esserlo.

Modifiche giurisprudenziali successive alla sentenza non possono portare ad una sua revisione.

## **Decisione che contraddice in modo intollerabile una decisione penale successiva concernente gli stessi fatti (art. 410 lett. b)**

Questo motivo di revisione è invocabile solo per sentenze riguardanti gli stessi fatti, ma dei quali sono state effettuate valutazioni diverse. Di norma entra in considerazione quando più persone coinvolte negli eventi vengono processate separatamente, oppure quando per il reato addebitato al condannato viene condannata un'altra persona.

Esso può anche entrare in linea di conto quando un condannato in Svizzera viene prosciolti all'estero per gli stessi fatti.

Una revisione non è possibile se gli stessi fatti sono oggetto di una diversa valutazione giuridica. Un cambiamento della giurisprudenza o della legislazione dopo il passaggio in giudicato della sentenza non può essere motivo di revisione.

## **Influsso di un reato sull'esito del procedimento penale (art. 410 lett. c CPP)**

La legge si riferisce qui a infrazioni commesse dalla Corte, ma anche dagli altri partecipanti al procedimento, quali avvocati, imputati, procuratori, testimoni, periti, traduttori ecc.

L'esistenza del reato può risultare da un altro giudizio. Ma non necessariamente, ad esempio perché il reato è prescritto, o l'autore è deceduto o divenuto incapace: in questi casi il giudice deve essere persuaso che il reato è stato commesso.

L'influenza del reato sul giudizio oggetto di revisione non deve per forza essere causale. Ad esempio si applica anche al giudice corrotto, che ha perciò perso la propria autorità morale, indipendentemente dall'esito della decisione.

## **Decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo**

Si tratta qui dei casi in cui la Corte europea

dei diritti dell'uomo, statuendo su una decisione simile a quella impugnata, ha accertato che la CEDU è stata infranta e un'indennità non è atta a compensare le conseguenze della violazione, così che la revisione è necessaria per porre fine alla violazione.

## **Procedura di revisione**

La procedura di revisione è una procedura scritta, che prevede uno scambio di allegati, nel quale sono chiamati a prendere posizione sia le altre parti al procedimento che il tribunale che ha emanato la prima decisione.

La procedura orale è solo facoltativa e non vi è alcun diritto di ottenerla. L'art. 6 CEDU non trova applicazione. Una rinuncia alla procedura orale si giustifica soprattutto quando entrano in considerazione solo questioni giuridiche, o quando dagli atti è già possibile avere un chiaro quadro della situazione per la decisione, oppure se si deve presumere che un dibattimento non porterà elementi determinanti, rispettivamente, infine, se la revisione è chiaramente destinata all'insuccesso.

Il Tribunale può consentire l'assunzione di prove complettive secondo le disposizioni dell'art. 389 CPP.

## **Obbligo di motivazione**

Per l'art. 411 cpv. 1 seconda frase CPP, l'istanza deve definire e comprovare i motivi di revisione invocati. Tale norma rinvia all'art. 385 CPP, secondo cui la motivazione deve indicare i punti della decisione contestati, le ragioni a sostegno di una diversa conclusione e i mezzi di prova invocati. L'istante deve così esporre dettagliatamente gli scopi perseguiti con la sua impugnazione e le giustificazioni alla base della sua richiesta, poiché il tribunale della revisione non è tenuto a procedere autonomamente ad indagini in merito o a completare una domanda lacunosa (Heer in: Basler Kommentar,

Schweizerische Strafprozessordnung, Basilea 2011, n. 1 ad art. 412 CPP). Contrariamente al principio della verità materiale dell'art. 6 CPP, rispettivamente a quello della presunzione d'innocenza dell'art. 10 CPP, in caso di dubbio bisogna pronunciarsi a favore della forza in giudicato della sentenza impugnata (Heer, op. cit. n. 1 ad art. 412 e rinvii).

Se l'istanza di revisione non soddisfa tali requisiti, l'autorità competente lo rinvia al mittente perché ne sani i difetti entro un termine suppletorio e, nel caso in cui non sia corretto entro il termine impartito, non entra nel merito (art. 385 cpv. 2 CPP; Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, n. 1475, pag. 674; Heer op. cit., n. 6 ad art. 411 CPP).

Giusta l'art. 412 CPP la Corte d'appello e revisione penale procede ad un esame preliminare dell'istanza e non entra nel merito se essa è manifestamente inammissibile o infondata (art. 412 cpv. 1 CPP) oppure se è già stata presentata invocando gli stessi motivi e respinta (art. 412 cpv. 2 CPP).

Un motivo di revisione già respinto in una precedente procedura di revisione non può, dunque, di massima, essere fatto valere in una seconda procedura. Può, tuttavia, essere invocato in aggiunta ad altri fatti o mezzi di prova per una valutazione globale (Messaggio, pag. 1223; Bernasconi e altri, Codice svizzero di procedura penale, Commentario, Zurigo/San Gallo 2010, n. 5 ad art. 412 CPP).

Analogamente a quanto previsto dal CPP-TI, la revisione a sfavore del condannato può essere chiesta solo se l'azione penale non è ancora prescritta (Messaggio, pag. 1223). La revisione a favore del condannato può, invece, essere postulata anche dopo l'intervento della prescrizione (art. 410 cpv. 3 CPP).

Con il recente cambio giurisprudenziale del TF in merito all'estinzione della prescrizione anche in caso di sentenza di assoluzione (STF 6B\_771/2011 del 11 dicembre 2011), la questione della possibilità di una revisione a svan-

taggio del condannato anche dopo lo scadere dei termini di prescrizione, indipendentemente dalla sua estinzione in prima istanza, è diventata controversa (cfr. Forum poenale 2/2013, n. 68). In linea di principio si tende a mantenere la vecchia regolamentazione.

La responsabilità per il recupero del materiale e la prova delle argomentazioni di revisione grava sull'istante, che deve specificare in che misura fatti o prove sono nuovi e rilevanti.

In quest'ottica l'allegato introduttivo della procedura di revisione deve contenere informazioni circa il contenuto delle dichiarazioni che ci si deve aspettare dai testimoni chiamati a deporre, circa il contenuto di un documento o la conformazione di un particolare tipo di prova.

Le esigenze per una richiesta di prove sono più elevate rispetto a quelle della procedura ordinaria. Con la revisione devono essere forniti indizi relativamente al risultato che l'assunzione di una prova darà. In un simile contesto, l'affermazione che un teste dirà qualcosa in un determinato senso, non è di per sé sufficiente. Sarà così ad esempio consigliabile precisare in che occasione e in che modo il testimone è venuto a conoscenza dei fatti, rispettivamente, in mancanza di ulteriori indizi, potrà essere necessario produrre una dichiarazione scritta (affidavit), avente per oggetto la disponibilità della persona in questione a testimoniare e contenente un sunto rudimentale di quelle che saranno le sue esternazioni (Heer, op. cit., n. 2 ad art. 412).

Il nuovo CPP è applicabile se l'istanza di revisione è stata inoltrata sotto l'egida del nuovo diritto, quindi dopo il 1. gennaio 2011. Per contro, i motivi di revisione sono quelli previsti dal diritto applicabile al momento in cui la decisione di cui è chiesta la revisione è stata resa (STF 6B\_310/2011 del 20 giugno 2011, consid. 1.1.).

In Ticino poco cambia, poiché i motivi del vecchio art. 299 CPP-TI corrispondono a quelli dell'attuale art. 410 CPP e a quelli dell'art. 385 CP.

Il termine per introdurre l'istanza dipende dal motivo invocato: nei casi previsti dall'art. 410 lett. a CPP, non c'è termine. Per i motivi di revisione della sentenza contraddittoria (art. 410 lett. b CPP) e della sentenza del Tribunale dei diritti dell'uomo (art. 410 lett. c CPP), il termine è di 90 giorni dal momento in cui il ricorrente ha preso conoscenza della sentenza.

### **La revisione non deve servire a rimettere continuamente in discussione le decisioni**

È generalmente riconosciuto che una revisione non deve servire a rimettere continuamente in discussione una decisione cresciuta in giudicato, a raggiare disposizioni legali sui termini di ricorso o sulla loro restituzione, oppure a introdurre dei fatti o delle prove non presentati nel primo processo in ragione di una negligenza procedurale (**STF 6B\_415/2012** del 14 dicembre 2012, consid. 2.3.; **DTF 130 IV 72**, consid. 2.2; Heer, op. cit, n. 42 ad art. 410). In simili casi vi è in effetti un abuso di diritto che, ai sensi dell'art. 3 cpv. 2 lett. b CPP, non può trovare tutela alcuna.

È così abusiva una richiesta di revisione che si fonda su fatti che il ricorrente conosceva già inizialmente, che non aveva alcuna ragione legittima di sottacere e che avrebbe potuto rivelare in una procedura ordinaria d'impugnazione (**DTF 130 IV 72** consid. 2.2). In tale ambito una revisione può entrare in considerazione solo per fatti e mezzi di prova importanti che il condannato non conosceva al momento dell'emissione della sentenza o di cui non poteva prevalersi o non aveva ragione di prevalersi in quel periodo (**DTF 130 IV 72** consid. 2.3).

La dottrina e la giurisprudenza menzionano, a titolo esemplificativo, quale fatto nuovo in materia di circolazione stradale, il caso di un conducente condannato per perdita di padronanza del veicolo, che apprende dopo la scadenza del termine di opposizione, che il fondo stradale aveva una malformazione che ha causato altri

incidenti simili, di cui neppure il giudice era a conoscenza (Clerc, *Remarques sur l'ordonnance pénale*, in RPS 94/1977, pag. 426).

Colui che invoca, per il tramite di una richiesta di revisione, un mezzo di prova che esiste già al momento della procedura che ha condotto alla sua condanna e del quale aveva conoscenza, deve giustificare in dettaglio i motivi che lo hanno indotto a non sottoporlo ai giudici a tempo debito. Nel caso in cui non lo faccia, deve lasciarsi imputare d'avervi rinunciato senza valida ragione, dando così spazio al sospetto di un comportamento contrario al principio della buona fede, costitutivo d'abuso di diritto, che gli preclude la possibilità di farne uso in una nuova procedura (**STF 6B\_415/2012** del 14 dicembre 2012, consid. 2.3.; **STF 6B\_942/2010** del 7 novembre 2011 consid. 2.2.1.).

### **Competenza**

Competente per decidere della revisione è il Tribunale d'appello, e quindi la CARP, anche nei confronti di decreti d'accusa. Si è pertanto rinunciato a delegare tale competenza all'autorità che ha emesso la sentenza impugnata.

La revisione delle sentenze della CARP è demandata ad una corte CARP del TA composta da altri giudici rispetto a quelli che hanno reso la sentenza.

### **Sentenza su istanza di revisione (art. 413 CPP)**

Se il tribunale d'appello conclude per la non sussistenza dei motivi di revisione invocati, emana un'ordinanza di reiezione, scritta e motivata. Questa decisione può poi essere impugnata con ricorso al TF (art. 78 LTF).

Se il tribunale d'appello ritiene fondati i motivi di revisione invocati, l'istanza è accolta con ordinanza scritta e motivata, cosa che comporta di norma l'annullamento, totale o parziale

le, della sentenza impugnata.

Quando gli atti consentono l’emanazione della nuova sentenza, il tribunale d’appello procede direttamente in tal senso. Questa soluzione s’impone in particolare nelle decisioni di revisione a favore dell’imputato. Vale nei casi in cui la situazione delle prove si è modificata, ad esempio perché l’unico testimone a carico ha ritrattato la sua deposizione, o quest’ultima si è rivelata falsa, oppure vale nei casi in cui il reato è prescritto rispettivamente in quelli in cui l’imputato è deceduto.

Se gli atti sono insufficienti per consentire un nuovo giudizio, la sentenza impugnata viene annullata e la causa rinviata al tribunale o all’autorità che l’ha emanata. In quest’evenienza la corte d’appello deve indicare con precisione quali parti del giudizio sono annullate e deve designare l’autorità incaricata del nuovo giudizio, precisando da quale stadio della procedura bisogna riprendere.[

Se sono necessari dei complementi di prova di una certa entità e che incidono sull’accusa, la causa è rinviata al pubblico ministero (rinvio alla fase dell’istruzione probatoria). Se i complementi hanno poca o nessuna incidenza sull’accusa, la causa può essere rinviata alla giurisdizione di primo grado. Se la precedente procedura è stata influenzata da una falsa testimonianza resa in appello, la causa andrà rinviata in appello.

In caso di revisione favorevole all’imputato (assoluzione in luogo di una condanna, abbandono del procedimento a seguito della revisione, condanna ad una pena notevolmente più mite), può entrare in linea di conto una restituzione monetaria della parte eccedente delle multe e delle pene pecuniarie già solute, con i relativi interessi. Il giudizio può ingenerare un indennizzo ed una riparazione ai sensi dell’art. 436 cpv. 4 CPP.

In caso di assoluzione o di abbandono del procedimento, l’interessato deve essere reintegrato in tutti i suoi diritti, oltre che indennizza-

to, conformemente all’art. 3 del Protocollo n. 7 alla CEDU ed all’art. 14 § 6 del Patto ONU II.

## **Il reclamo (Beschwerde, art. 393-397 CPP)**

Il reclamo è un mezzo di ricorso ordinario che serve ad impugnare gli atti procedurali e le decisioni non appellabili (art. 20 cpv. 1 CPP, art. 393 CPP).

Gli atti procedurali possono emanare dalla polizia, dal pubblico ministero, dalle autorità penali delle contravvenzioni e dai tribunali di primo grado (art. 393 cpv. 1 CPP). Sono tali ad esempio: l’arresto provvisorio, il sequestro, le perquisizioni domiciliari, i provvedimenti coercitivi. Lo è pure il diniego di giustizia.

Sono decisioni quelle rese da un’autorità concernenti una questione di diritto materiale o formale. Esse possono emanare dalla polizia, dal PM, dalle autorità penali delle contravvenzioni e dai tribunali di primo grado.

Atti e decisioni della polizia impugnabili con reclamo:

- arresto provvisorio;
- sequestro;
- perquisizioni domiciliari.

Di solito, tuttavia, visto che la polizia agisce sotto la responsabilità del PM, i ricorsi contro le stesse sono poco frequenti.

Atti e decisioni del PM impugnabili con reclamo:

- non luogo a procedere: se il PM, dopo aver ricevuto il rapporto della polizia, una denuncia o una querela, ritiene che non siano adempiuti gli elementi costitutivi del reato o i presupposti processuali, oppure che vi sono impedimenti a procedere o che si giustifica rinunciare all’azione penale (art. 310 CPP: si rinuncia ad aprire l’istruzione; art. 309 CPP: il decreto di non luogo si emana senza che il PM abbia proceduto

a veri e propri atti d'istruttori);

- apertura dell'istruzione: se emergono sufficienti indizi, se dispone dei provvedimenti coercitivi o se riceve un'informativa della polizia, il PM apre l'istruzione con decreto non impugnabile (art. 309 cpv. 3 CPP);
- sospensione dell'istruzione (art. 314 CPP): dopo aver raccolto le prove che rischiano di andare perse. Se l'autore o il suo luogo di soggiorno non sono noti, se sono temporaneamente dati altri impedimenti a procedere, se l'esito della causa dipende da un altro procedimento di cui appare opportuno attendere la fine, se è aperta una procedura di conciliazione e appare adeguato attenderne la conclusione, se una decisione di merito dipende dall'evoluzione delle conseguenze del reato;
- decreto di abbandono (art. 319 CPP): alla fine dell'istruzione, a dipendenza dell'esito della stessa, il PM può decretare l'abbandono totale o parziale del procedimento, con un decreto, impugnabile con reclamo (art. 322 cpv. 2 CPP).

Decisioni dei tribunali di primo grado:

- decreti e ordinanze, ad es. i provvedimenti coercitivi o le decisioni finali nella procedura indipendente in materia di misure, art. 372 segg. CPP, in materia di cauzione preventiva, art. 373 cpv. 1 CPP, e di procedimento di confisca indipendente, art. 377 cpv. 4 CPP;
- non impugnabili sono le sentenze appellabili e quelle ordinarie. Sono sentenze ordinarie quelle di competenza della direzione del procedimento. Lo scopo è evitare che il procedimento venga interrotto dalla loro contestazione.

Decisioni del Giudice dei provvedimenti coercitivi:

- libertà personale: è possibile ricorrere con reclamo sia contro la decisione di proroga

della carcerazione che contro quella di reiezione di una domanda di scarcerazione;

- traffico postale e telefonico: le decisioni di sorveglianza del PM o del GPC sono impugnabili;
- sorveglianza mediante apparecchi tecnici: decisioni pure impugnabili (art. 281 cpv. 4 e art. 269 segg. CPP);
- sorveglianza di relazioni bancarie (art. 284 cpv. 1 e art. 285 cpv. 4 CPP);
- inchieste mascherate (art. 286 CPP).

Decisioni di ricusazione dei PM, autorità penali in materia di contravvenzione, giudici di tribunali di primo grado.

Decisioni di sanzioni disciplinari del PM o dei tribunali di primo grado.

Decisioni sulla retribuzione del difensore d'ufficio emanate da PM o dal tribunale di prima istanza (art. 135 cpv. 2 e 3 CPP).

Decisioni riguardanti la facoltà di non deporre dei testimoni (art. 168-173 CPP).

Il reclamo è un mezzo di ricorso **sussidiario all'appello**, ma per il resto di ampia portata. È un mezzo **ordinario** che conferisce alla giurisdizione invocata pieno potere cognitivo: essa può liberamente esaminare il fatto e il diritto, l'eccesso e l'abuso del potere d'apprezzamento, la denegata e ritardata giustizia, l'inadeguatezza della decisione impugnata.

Ha effetto devolutivo completo e, di norma non effetto sospensivo, salvo che il CPP disponga diversamente.

Non è ammissibile se sollevato contro la reiezione da parte del PM o dell'autorità penale delle contravvenzioni di prove che possono essere assunte senza pregiudizio dinanzi al tribunale di primo grado (art. 394 CPP).

La giurisdizione di reclamo statuisce a giudice unico per i reclami nelle procedure aventi per oggetto contravvenzioni e per quelli concernenti casi in cui le conseguenze economiche accessorie di una decisione sono inferiori a fr. 5'000.-. Sono reclami relativi a spese, indenni-

tà e confische.

Il termine di reclamo è di 10 giorni dalla comunicazione scritta o orale della decisione, ad eccezione di quelli per denegata o ritardata giustizia che non soggiacciono a nessun termine.

L'istanza deve essere effettuata in forma scritta e motivata e viene trattata in procedura scritta (art. 397 CPP).

Il potere decisionale della Corte chiamato a deliberare è ampio, potendo essa scegliere tra la riforma e la cassazione della decisione impugnata (art. 397 cpv. 2 CPP). In certi casi il tribunale di reclamo ha la facoltà di impartire istruzioni all'autorità interessata (art. 397 cpv. 3 e 4 CPP).

Le motivazioni e le conclusioni delle parti non sono vincolanti (art. 391 cpv. 1 CPP).

## Conclusione

Con l'entrata in vigore del CPP federale unificato, la Giustizia penale del Canton Ticino si è trovata confrontata con dei cambiamenti radicali, soprattutto legati all'introduzione dell'istituto dell'appello. Dopo un primo periodo di rodaggio, che ha visto tutti i professionisti del settore, dai magistrati agli avvocati, prendere pian piano confidenza con la nuova realtà, la macchina giudiziaria ha raggiunto una buona velocità di marcia.

Se ne sono dati gli estremi, ora è possibile fare esaminare la fattispecie in maniera completa da due corti differenti e di grado diverso. Si tratta di un'importante opportunità concessa alle parti, che hanno l'occasione di far valere le proprie argomentazioni in maniera integrale nei due stadi della procedura cantonale, ma rappresenta nel contempo pure un'arma a doppio taglio che, se imbracciata senza una valutazione sufficientemente approfondita, può portare ad un peggioramento della posizione dell'appellante. In effetti, soprattutto nei casi più importanti ed intricati, ad un appello principale ne fa ormai di regola seguito almeno un

altro, incidentale o ordinario, postulante l'adozione di decisioni all'opposto di quelle auspicate dal ricorrente, che concede così alla Corte di secondo grado il potere di decidere ad ampio raggio. Quindi anche quello di effettuare una *reformatio in peius* ai danni di colui che ha esatto il nuovo giudizio.

È dunque di importanza capitale per ogni avvocato informare il proprio cliente circa i rischi che un appello può comportare e sapere che, sino all'ultimo - se necessario e se sull'altro piatto della bilancia vi sono solo appelli incidentali (che decadono con il ritiro di quello principale) - è possibile fare un passo indietro.

# Il nuovo CPP applicato ai casi di competenza federale: primi riscontri nella fase dell’istruzione preliminare

Rosa Cappa<sup>1</sup>  
Procuratrice federale,  
Ministero Pubblico della Confederazione,  
Lugano.

L’entrata in vigore del Codice di procedura penale svizzero del 5 ottobre 2007 (CPP) il 1° gennaio 2011 ha segnato la codificazione di alcuni istituti, peraltro già introdotti nella prassi giudiziaria e passati al vaglio della giurisprudenza, e l’uniformazione di alcune procedure che prima erano diversamente trattate dalla Legge sulla procedura penale federale e dai ventisei Codici di procedura penale cantonali. La prima applicazione del CPP ha provocato una discreta giurisprudenza su quei punti in cui la lettera della legge da adito a diverse interpretazioni o in cui l’intersecazione con le leggi di procedura preesistenti, una fra tutte la Legge sul Tribunale federale del 17 giugno 2005 (LTF), crea dei dubbi legittimi negli operatori del diritto. In questo scritto sono trattati alcuni degli argomenti emersi nei procedimenti federali e secondo un approccio pratico ritando la giurisprudenza recente.

**Diritto delle parti e degli altri partecipanti al procedimento di esaminare gli atti.**

**Diritto dell’imputato alle contestazioni nel primo interrogatorio**

**Art. 107 cpv. 1 lett. a, 101 cpv. 1, art. 105 cpv. 2 CPP**

## Diritto delle parti

L’accesso agli atti è garantito in modo generale dall’art. 107 cpv. 1 lett. a. CPP. L’art. 101 cpv. 1 CPP precisa però che le parti possono consultare il fascicolo in fase di istruzione preliminare al più tardi dopo il primo interrogatorio dell’imputato e l’amministrazione delle prove principali da parte del pubblico Ministero, rimanendo riservato l’art. 108 CPP. Di modo che il diritto di consultare gli atti può essere limitato prima dell’interrogatorio dell’imputato, fatta eccezione per l’ipotesi in cui l’indagato si trovi in detenzione preventiva (art. 225 cpv. 2 CPP); né il diritto costituzionale né il diritto convenzionale garantiscono all’indagato o al suo difensore il diritto incondizionato di consultazione durante l’istruzione preliminare<sup>2</sup>.

Secondo la giurisprudenza anteriore all’entrata in vigore del CPP, le decisioni che rifiutavano o limitavano l’accesso al fascicolo all’indagato e al suo difensore durante l’indagine preliminare non erano suscettibili di arrecare un danno irreparabile di natura giuridica dal momento che la consultazione era stata autorizzata senza restrizioni nella fase successiva della procedura. Con il CPP un pregiudizio irreparabile potrebbe essere riconosciuto se l’indagato riesce a dimostrarlo (da presunzione juris et de jure si è passati ad una presunzione juris tantum)<sup>3</sup>.

Dunque, l’indagato non è automaticamente

1 Il presente contributo – aggiornato e reso fruibile nella forma scritta – ricalca la conferenza tenuta in occasione della giornata di studi che si è svolta a Como il 21 novembre 2013 e dedicata al nuovo Codice di procedura penale svizzero.

2 sentenza 1B\_316/2011 del 27.07.2011 consid. 2.4

3 sentenza 1B\_261/2011 del 06.06.2011 consid. 2.2

leso nel suo diritto di difesa a causa del rifiuto di esaminare gli atti prima del suo interrogatorio, in quanto egli può avvalersi della facoltà di non rispondere e con ciò non potendo essergli negato l'accesso prima del suo secondo interrogatorio, sempre fatto salvo l'art. 108 CPP. La comparizione all'interrogatorio, pur in mancanza di previo accesso agli atti, gli permette di essere orientato sulla procedura in corso e sulle infrazioni che gli vengono rimproverate secondo l'art. 158 cpv. 1 lett. a. CPP: in tal modo disporrà delle informazioni che gli sono necessarie per decidere se avvalersi o meno della facoltà di non rispondere. Secondo la giurisprudenza federale tanto basta a salvaguardare i suoi diritti a questo stadio della procedura.

In un caso la Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale ha ritenuto che il diritto a conoscere le imputazioni era stato garantito all'imputato pur essendogli stato negato l'accesso agli atti e pur non essendogli stati contestati precisamente nel suo interrogatorio i fatti rimproveratigli, e ciò in considerazione della vastità e complessità dell'indagine, della sua fase iniziale e del fatto che gli erano stati in precedenza notificati vari atti procedurali illustranti i motivi "preliminari dell'inchiesta"<sup>4</sup>.

Il problema dell'accesso agli atti si è posto nei procedimenti federali anche con riferimento alla consultazione da parte dell'accusatore privato, allorquando la persona lesa è uno Stato estero o un ente estero a partecipazione pubblica.

Con riguardo al diritto di questi enti stranieri accusatori privati di consultare gli atti del procedimento nazionale, il Tribunale federale ha stabilito che, in pendenza di esecuzione delle rogatorie internazionali, l'autorità d'istruzione deve prendere le misure necessarie atte ad evitare che l'accusatore privato trasmetta allo Stato rogante documenti del proce-

dimento: il diritto di accesso agli atti da parte dello Stato estero o dell'ente straniero a partecipazione pubblica può quindi essere limitato o addirittura sospeso in pendenza dell'esecuzione della rogatoria e comunque va condizionato alla garanzia che le informazioni ottenute non saranno utilizzate nel proprio procedimento nazionale<sup>5</sup>.

### **Diritto degli altri partecipanti al procedimento**

A differenza delle parti, gli altri partecipanti al procedimento fruiscono dei diritti spettanti alle parti solo nella misura necessaria alla tutela dei loro interessi e se lesi nei loro diritti, secondo l'art. 105 cpv. 2 CPP.

In sostanza, l'esclusione del diritto di esaminare gli atti deve comportare una lesione dei loro interessi diretta, immediata e personale, una lesione di fatto o indiretta essendo insufficiente a tale scopo. Esempi sono il sottoporsi a perizia medica, la contestazione del diritto di non deporre, il rifiuto di indennizzo e il rifiuto di misure di protezione richieste a propria tutela. La semplice convocazione per un interrogatorio non è lesiva del diritto della persona informata sui fatti se le è stata rifiutata la possibilità di consultare preventivamente gli atti, in quanto il dare informazioni al pubblico ministero fa parte dello statuto di persona informata sui fatti e in quanto altrimenti l'eccezione del cpv. 2 dell'art. 105 CPP (fruizione dei diritti delle parti) diventerebbe per questa categoria di partecipanti la regola, cosa che il legislatore non ha voluto. Il diritto della persona informata sui fatti è salvaguardato dal suo diritto di non rispondere, previsto dall'art. 180 cpv. 1 CPP<sup>6</sup>.

4 decisione BB.2011.55 del 23.11.2011 consid. 25

5 DTF 1C\_546/2013 dell'11.07.2013 consid. 2

6 DTF 137 IV 280 consid. 2.2.2

**Diritto di essere sentiti (al contraddittorio), diritto di partecipare agli atti procedurali e restrizioni, diritto di conoscere le imputazioni nel primo interrogatorio a pena di nullità**

**Artt. 3 cpv. 2 lett. c, 107 cpv. 1 lett. b, 108 cpv. 1, 147 cpv. 1, 158 cpv. 1 lett. a, 224 cpv. 1 CPP**

Le autorità penali devono accordare alle parti il diritto di essere sentiti, in particolare rispettare il loro diritto di partecipare agli atti procedurali secondo l'art. 107 CPP. Il diritto di essere sentiti può essere sottoposto a restrizioni se vi è il sospetto fondato che una parte abusi dei suoi diritti o se la restrizione è necessaria per garantire la sicurezza di persone oppure per tutelare interessi pubblici (es. rischio di elusione delle norme rogatoriali) o privati al mantenimento del segreto giusta l'art. 108 CPP.

Di principio il diritto delle parti, in particolare di un imputato, di partecipare all'assunzione delle prove vale anche per l'interrogatorio di coimputati, testimoni e persone informate sui fatti. Nel caso di possibili conflitti tra la ricerca della verità nel procedimento penale (scevra da rischio di inquinamento delle prove e collusione) ed il predetto diritto di partecipazione, quest'ultimo può essere sacrificato in base ad una ponderazione degli interessi in gioco. In un caso recente è stato riconosciuto il diritto dell'imputato, già interrogato dal pubblico ministero, a partecipare agli interrogati di coimputati non ancora interrogati, di testimoni e di persone informate sui fatti, non avendo ritenuto il Tribunale federale di riconoscere un'eccezione al diritto dell'imputato di partecipare all'assunzione delle prove<sup>7</sup>.

**Utilizzabilità delle prove acquisite illegittimamente**

**Art. 141 cpv. 2 e 4 CPP**

In tema di raccolta e utilizzabilità della prova il CPP prevede che le prove raccolte con metodi probatori vietati - mezzi di coercizione psichica, violenza minacce, promesse, inganni - non possono essere utilizzate in alcun caso (art. 140 CPP), così come pure quelle definite “non utilizzabili” – assunte in violazione di norme che ne condizionano la validità -, eccetto che la loro utilizzazione sia indispensabile per far luce su gravi reati. Si tratta di un'elencazione non esaustiva. Le prove raccolte esclusivamente grazie a prove non utilizzabili non possono essere utilizzate, creandosi così un effetto domino (art. 141 CPP).

In un caso il Tribunale federale ha ritenuto che la confessione dell'imputato, scaturita unicamente dalla contestazione da parte della polizia delle infrazioni alla Legge sulla circolazione stradale risultate dall'esame della sua macchina fotografica rinvenuta casualmente, effettuato per identificarne il proprietario, non costituiva da sola una prova sufficiente a giustificare la condanna dell'imputato per quelle infrazioni. Questo sulla base del fatto che la raccolta della prova, costituita dalla visione della memoria della macchina fotografica, era avvenuta da parte della Polizia in assenza di ogni sospetto di reato nei confronti dell'imputato o di terzi, e quindi in mancanza di una necessità e proporzionalità: difatti l'identità del proprietario poteva essere scoperta attendendo che questi si manifestasse per richiedere l'apparecchio e la visione delle fotografie non necessariamente era in grado di rivelarne il proprietario. La prova acquisita illegalmente,

7 DTF 139 IV 25 consid. 5

in quanto in mancanza di una base legale, non necessariamente era inutilizzabile; tuttavia, il fatto di averla raccolta illegalmente deponeva a sfavore della sua utilizzabilità; inoltre in base ad una ponderazione degli interessi in gioco - interesse alla scoperta della verità da un lato e interesse privato dell'indagato a non svelare il contenuto delle sue foto dall'altro - il Tribunale federale ha ritenuto prevalente quest'ultimo interesse, costituendo le infrazioni commesse dall'imputato delle infrazioni non gravi. Poiché l'indagato aveva ammesso i fatti unicamente in quanto messo di fronte alle immagini fotografiche, la sua confessione era inutilizzabile e la sua condanna violava il diritto federale<sup>8</sup>.

Quando a raccogliere una prova in modo illecito è un privato la giurisprudenza ritiene che essa è più facilmente ammessa che non invece se a raccoglierla è l'autorità d'istruzione. In generale è stato ritenuto che la prova ottenuta in modo penalmente repressibile da parte di un privato è utilizzabile nel caso in cui la stessa avrebbe potuto essere ottenuta dall'autorità facendo ricorso a quest'ultima. Per il resto, occorre sopesare gli interessi in gioco: le prove illecite sono accettate a condizione che degli interessi pubblici o privati preponderanti alla scoperta della verità siano prevalenti rispetto alla protezione di interessi privati<sup>9</sup>.

#### **Rimedi giuridici avverso le decisioni relative alla detenzione Art. 222 CPP**

L'imputato detenuto può impugnare dinanzi alla giurisdizione di reclamo le decisioni che ordinano, prorogano o mettono fine alla carcerazione preventiva o di sicurezza, a norma dell'art. 222 CPP.

La giurisprudenza del Tribunale federale ha messo una toppa alla dimenticanza del legislatore quanto al diritto del pubblico ministero di impugnare le decisioni relative alla scarcerazione<sup>10</sup>, ma resterebbe il fatto che il ricorso del pubblico ministero avverso la decisione di liberazione non ha effetto sospensivo ai sensi dell'art. 388 CPP. Nondimeno, il Tribunale federale ha ritenuto che l'esercizio efficace del diritto di ricorso del pubblico ministero contro un rifiuto dell'effetto sospensivo presuppone che l'imputato resti in detenzione fino alla decisione dell'autorità di ricorso sul mantenimento della detenzione, e questo a titolo superprovvisionale<sup>11</sup>.

#### **Rimedi giuridici in materia di perquisizioni e di apposizione di sigilli Art. 248 cpv. 1 e 3 CPP, art. 98 e 106 cpv. 2 LTF**

Sulle carte, le registrazioni e altri oggetti che secondo le dichiarazioni del detentore non possono essere perquisiti o sequestrati in virtù della facoltà di non rispondere o di non deporre oppure per altri motivi sono sigillati e non possono essere visionati né utilizzati dalle autorità penali in virtù dell'art. 248 cpv. 1 CPP.

Anzitutto il Tribunale federale è intervenuto per chiarire quali sono le vie di ricorso in questa materia: contro i decreti di perquisizione e di sequestro del pubblico ministero le vie di ricorso sono diverse a seconda delle censure mosse dal detentore<sup>12</sup>:

- se la censura ha ad oggetto unicamente l'esistenza di un segreto, il detentore ha diritto a far apporre i sigilli; il contentioso prosegue dinanzi al giudice dei provvedimenti coercitivi cantonale;
- se la censura ha ad oggetto sia l'esistenza

8 DTF 137 IV 218 consid. 2.3

9 decisione BB.2012.148 del 10.04.2013 consid. 2.1

10 DTF 137 IV 87 consid. 3, DTF 138 IV 22, consid. 1.4

11 DTF 138 IV 148, consid. 3.1-3.4, DTF 138 IV 92, consid. 3.2

12 sentenze 1B\_360/2013 del 24.03.2014 consid. 2.2., 1B\_477/2012 del 13.02.2013 consid. 2.1 e 2.3

di un segreto che altri motivi per i quali gli oggetti non dovrebbero essere sequestrati (ad es. illegittimità della perquisizione per assenza di sufficienti indizi di reato, non rilevanza dei documenti per l'indagine), il detentore ha diritto a far apporre i sigilli; il contenzioso prosegue dinanzi al giudice dei provvedimenti coercitivi cantonale;

- se la censura mossa dal detentore non riguarda l'interesse al mantenimento di un segreto ma unicamente vizi di altro tipo o se la perquisizione non ha comportato un sequestro, la via di ricorso è quella ordinaria del reclamo ex art. 393 e ss. CPP, ossia per la giurisdizione federale il reclamo alla Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale.

Contro la decisione del giudice dei provvedimenti coercitivi sulla levata o meno dei sigilli, il Tribunale federale, dopo un primo accenno all'introduzione di una via di ricorso all'autorità cantonale<sup>13</sup>, ha ritenuto la sua competenza a ricevere i ricorsi anche nei casi “particolarmente complessi”<sup>14</sup>.

Le norme in tema di procedura di dissigilloamento non devono ancora essere state recepite univocamente dagli operatori del diritto, se ancora di recente il Tribunale federale ha dovuto ribadire che il giudice del dissigilloamento non deve eseguire un'esauriente ponderazione delle circostanze a carico o a discolpa degli indagati e intraprendere una valutazione completa dell'attendibilità dei vari mezzi probatori disponibili, ma piuttosto limitarsi ad esaminare se, sulla base delle risultanze istruttorie conseguite, l'autorità può ammettere in

modo sostenibile l'esistenza di sufficienti e concreti indizi di reato<sup>15</sup> e che, pur essendo possibile una prima cernita sommaria [ad opera delle parti], spetta al giudice dei provvedimenti coercitivi - e non all'autorità di istruzione – effettuare la cernita dei documenti posti sotto sigillo<sup>16</sup>.

### **Sorveglianza delle relazioni bancarie**

#### **Art. 284 e 285 CPP**

Il CPP ha introdotto una nuova misura di sorveglianza segreta agli artt. 284 e 285 CPP: per far luce su crimini o delitti, il giudice dei provvedimenti coercitivi può, su richiesta del pubblico ministero, disporre la sorveglianza delle relazioni tra l'imputato e una banca o un istituto analogo. Il predetto giudice impartisce istruzioni per l'esecuzione della misura mentre è a cura del pubblico ministero la comunicazione dell'avvenuta sorveglianza al titolare della relazione, che ha diritto di impugnare la relativa decisione.

Questa misura di sorveglianza segreta, di difficile applicazione pratica, dati anche i moderni sistemi di trasferimento del denaro, non ha dato luogo ad una nutrita giurisprudenza. Nell'unico caso conosciuto, la Corte dei reclami penali del Tribunale penale federale ha fatto un distinguo fra la misura segreta della sorveglianza bancaria e le misure dell'obbligo di consegna ai sensi dell'art. 265 CPP e del sequestro di documenti ex art. 263 CPP, anzitutto precisando che – a differenza di questi ultimi – la sorveglianza bancaria ha ad oggetto informazioni e documenti non ancora esistenti<sup>17</sup>.

13 sentenza 1B\_595/2011 del 21.03.2012 consid. 2.3

14 sentenze 1B\_346/2013 del 18.12.2013 consid. 1., 1B\_397/2012 del 10.10.2012 consid. 1.

15 sentenza 1B\_487/2012 del 18.02.2013 consid. 3.5

16 sentenza 1B\_155/2014 del 09.07.2014 consid. 4.2, DTF 137 IV 189 consid. 5.1.1

17 decisione BB.2011.15 del 18.03.2011 consid. 1.2

**Procedura abbreviata in caso di pluralità di imputati, accusatori privati, terzi aggravati da atti procedurali, principio dell'unità della procedura.**

**Art. 358 e ss. e 29 cpv. 1 CPP.**

Più reati sono perseguiti e giudicati congiuntamente se vi è correità o partecipazione. Fintanto che non sia promossa l'accusa, l'imputato che ammette i fatti essenziali ai fini dell'apprezzamento giuridico e riconosce quanto meno nella sostanza le pretese civili può chiedere al pubblico ministero che si proceda con rito abbreviato (art. 358 CPP).

Mentre a norma dell'art. 359 cpv. 1 CPP il pubblico ministero decide definitivamente sull'attuazione della procedura abbreviata, secondo l'art. 360 cpv. 2 CPP l'atto d'accusa deve essere comunicato alle parti e il cpv. 5 prevede che se una parte non lo accetta, il pubblico ministero svolge una procedura preliminare ordinaria.

A questa apparente discrasia del sistema si può trovare soluzione rispondendo alla seguente domanda: cosa si intende per “parte”? Chi ha il diritto di inibire la procedura abbreviata? In particolare, in caso di più imputati o di più accusatori privati, ognuno di essi singolarmente può opporsi alla procedura abbreviata proposta da uno degli altri?

Ad avviso di chi scrive, quando il CPP nomina “le parti” intende le categorie di parti, ossia la categoria dell'imputato, dell'accusatore privato e del pubblico ministero ai sensi dell'art. 104 CPP ed eventualmente gli altri partecipanti al procedimento di cui all'art. 105 CPP; non invece tutte le singole persone che fanno parte di una determinata categoria. Immaginiamo che in una procedura vi siano più accusatori privati ma che la proposta di procedura abbreviata riguardi un imputato nei cui confronti solo uno

degli accusatori privati dichiari di vantare una pretesa risarcitoria, riconosciuta dall'imputato. Non si vede per quale ragione anche gli altri accusatori privati, che non hanno un interesse diretto alla soluzione della vertenza con l'imputato proponente la procedura abbreviata, debbano essere in misura di paralizzare la predetta procedura. Ciò sarebbe contrario allo spirito dell'istituto ed esiziale per una sua pratica applicazione. Ma soprattutto sarebbe contrario ai principi fissati dal CPP in materia di rimedi giuridici, applicabili per analogia a questo caso di opposizione all'atto d'accusa: infatti, la legittimazione ad impugnare è data in presenza di un interesse diretto e della concreta possibilità di ricevere un danno dalla decisione<sup>18</sup>.

Alla stessa conclusione deve giungersi nell'ipotesi di procedura con pluralità di imputati: quale interesse giuridicamente protetto può avere un coimputato ad impedire che un altro coimputato, che ne abbia fatto esplicita richiesta, venga giudicato con rito abbreviato? Evidentemente il giudicato altrui non ha nessun valore nella procedura relativa al coimputato: ciò in quanto la legge non prevede che l'abbia ed in quanto la ratio legis dell'istituto è tale da non permetterla. Basti dire che nel caso in cui per una qualsiasi ragione non si addivenga alla decisione tramite la procedura abbreviata, le dichiarazioni fatte dalle parti in quell'ottica non possono essere utilizzate neanche nella procedura ordinaria ex art. 362 cpv. 4 CPP riguardante lo stesso imputato richiedente; meno che mai esse possono essere utilizzate nella procedura ordinaria relativa ad altri imputati.

Quali, all'interno della categoria delle parti, siano le persone titolari di un interesse giuridicamente protetto ad opporsi alla procedura abbreviata lo si desume dal contenuto dell'atto d'accusa emesso dal pubblico ministero. Esso

18 art. 382 cpv. 1 CPP “Sono legittimate a ricorrere contro una decisione le parti che hanno un interesse giuridicamente protetto all'annullamento o alla modifica della stessa.”.

contiene infatti già gli “Urteilselemente” della sentenza del Tribunale, che costituisce una sentenza a tutti gli effetti.

In base all'art. 360 cpv. 1 CPP, nell'atto d'accusa devono figurare anzitutto le indicazioni contenute nell'atto d'accusa della procedura ordinaria (lett. a.) quindi le considerazioni in ordine alla colpevolezza dell'imputato (fatti contestati e loro qualificazione giuridica), - in più - l'entità della pena (lett. b.), le questioni relative alla sospensione condizionale (lett. d. e e.) e le misure (lett. c.). Queste indicazioni toccano in maniera diretta la posizione dell'imputato richiedente il rito e, pertanto, egli ha diritto di non accettare l'atto d'accusa<sup>19</sup>.

Peraltro, le misure non sono quelle che riguardano la persona dell'imputato, bensì tutte quelle elencate nel Capo secondo del CPP, agli artt. da 56 a 73, ivi compresa la confisca di valori patrimoniali. Questa indicazione legittima il terzo “aggravato”, ossia proprietà dei valori patrimoniali di cui è chiesta la confisca, ad opporsi all'atto d'accusa.

Nell'atto d'accusa deve pure figurare la liquidazione delle pretese civili dell'accusatore privato (lett. f.). Questa indicazione comporta il diritto dell'accusatore privato di opporsi all'atto d'accusa, ed in particolare (solo) di quello tra gli accusatori privati il cui danno è imputabile all'azione criminale dell'imputato ammesso al rito abbreviato.

Ebbene, in una recente sentenza il Tribunale federale ha ammesso di principio il diritto del coimputato di impugnare la decisione di disgiunzione propedeutica all'attuazione della procedura abbreviata. Nel merito ha poi però negato la sussistenza del pregiudizio irreparabile per il coimputato non disgiunto sulla considerazione che la sentenza di condanna del coimputato con rito abbreviato non gli era opponibile e che l'eccezione al principio del-

l'unità della procedura trovava una valida limitazione nel principio dell'economia processuale, trovandosi l'istruzione per l'imputato giudicato con procedura abbreviata in una fase ben avanzata rispetto a quella in cui si trovava l'istruzione per l'imputato opponente<sup>20</sup>.

Ciò che conta è che il Tribunale federale ha ammesso che di principio un simile diritto ad impugnare possa sussistere e questo rischia di frustrare lo scopo deflattivo e di economia processuale tipico dei riti alternativi.

Di recente la Corte dei reclami penali del Tribunale federale si è espressa nella stessa direzione del Tribunale federale, nel senso che ha negato la sussistenza di un interesse giuridicamente protetto del coimputato non disgiunto all'annullamento della decisione di disgiunzione e questo in considerazione del fatto che la lamentata violazione del diritto di difesa non era data: ha ritenuto infatti che le decisioni di disgiunzione impugnate non lo privano del suo diritto di confrontarsi, nell'ambito di un eventuale dibattimento nei suoi confronti, con le dichiarazioni degli imputati disgiunti e, se del caso, di farli interrogare; inoltre, la commisurazione della pena è comunque soggetta al principio di parità di trattamento tra i coaccusati<sup>21</sup>.

Con la differenza che, mentre il Tribunale federale nella sopra citata sentenza del 2013 ha ritenuto data la legittimazione del ricorrente ma ha respinto il ricorso nel merito, la Corte dei reclami penali ha invece in quest'ultima decisione dichiarato inammissibile il ricorso per la mancanza di legittimazione ad impugnare del ricorrente.

Tale evoluzione interpretativa offre lo spunto per riflessioni su un argomento destinato a creare giurisprudenza, giurisprudenza che inciderà sulle sorti dell'applicazione dei riti alternativi introdotti dal CPP.

19 v. pure FF pag. 1199

20 sentenza 1B\_200/2013 del 17.06.2013 consid. 1.4.3

21 decisione BB.2014.87+BP.2014.36 del 26 agosto 2014 consid. 1.3

# Il Codice di procedura penale in Svizzera ed in Italia: Due differenti esperienze a confronto

Roy Garré  
Procuratrice federale,  
PD Dr. iur, Giudice penale federale, Presidente dell'Associazione svizzera dei magistrati.

## 1. Dai primi vagiti ottocenteschi alla riforma costituzionale del 12 marzo 2000

Dell'aggettivo "storico" non bisognerebbe abusare<sup>1</sup>. La retorica politica, quella giornalistica, quella sportiva hanno facile tendenza a definire "storici" questo o quell'avvenimento, questa o quella novità tecnologica, questa o quella vittoria sportiva. Nonostante questo rischio di abuso, nel caso concreto, la tentazione di farlo comunque resta forte, volgendo indietro lo sguardo a ciò che è successo nel panorama forense, sia civile che penale, in Svizzera negli ultimi anni. Non è stato un cambiamento da niente quello che si è verificato con l'entrata in vigore *contemporaneamente* del primo Codice di procedura civile (CPC) e

del primo Codice di procedura penale (CPP) unificati, se si considera che sino alla fine di dicembre 2010 non esistevano in Svizzera codici di procedura unificati, ma 26 procedure diverse per ogni Cantone, più una procedura penale federale risalente agli anni Trenta del secolo scorso ed una procedura penale militare, per tacere del diritto penale amministrativo<sup>2</sup>: una realtà procedurale a dir poco composta e frammentata, le cui origini vanno, come sempre, cercate nella storia<sup>3</sup>, segnatamente nella (di poco: circa 5'000 voti di differenza su poco più di 516'000 votanti) fallita riforma Costituzionale del 1872 e nel radicale ridimensionamento delle aspirazioni unificatrici dell'allora giovane stato federale, sorto nel 1848 dalle ceneri ancora fumanti della guerra civile del Sonderbund<sup>4</sup>. Le aspirazioni riformatrici dei costituenti del 1872 erano decisamente ambiziose e ci mancò poco che non venissero concretizzate<sup>5</sup>. Ma è risaputo: la storia prende strane vie anche per una manciata di voti; l'esempio più recente è quello del duello elettorale del 7 novembre 2000 fra George W. Bush e Al Gore, con le conseguenze che ne sono derivate a livello geopolitico ed internazionale. *Si parva licet*, anche per la storia svizzera vale lo stesso: la Costituzione (questa volta approvata) del 1874, non conteneva più il postulato dell'unificazione delle procedure e per il momento nemmeno quello dell'unificazione del diritto materiale, anche qui né civile né penale. Si dovette quindi aspettare la riforma costituzionale del 1898<sup>6</sup> perché si creassero i presupposti

1 Il testo della conferenza, tenuta in occasione della giornata di studi che si è svolta a Como il 21 novembre 2013 e dedicata al nuovo Codice di procedura penale svizzero è stato rimaneggiato per adattarlo alle esigenze di una versione scritta, anche con taluni aggiornamenti e con l'aggiunta di alcune note a piè di pagina, ma nel complesso lo stile orale è stato mantenuto.

2 V. a questo proposito il Messaggio del Consiglio federale concernente l'unificazione del diritto processuale penale del 21 dicembre 2005, FF 2006 pag. 989 e segg.

3 Progetti di unificazione della procedura penale a livello nazionale esistevano già nel convulso periodo della cosiddetta Repubblica Elvetica (v. WERNER LÜTHI, Das Kriminalgerichtswesen der Helvetischen Republik im Jahre 1798, Berna 1931; IDEM, Die Gesetzgebung der Helvetischen Republik über die Strafrechtspflege, Berna 1938), ma vennero poi a lungo accantonati. Sulle resistenze cantonali al movimento codificatorio federale in generale v. PIO CARONI, Rechtseinheit. Drei historische Studien zu Art. 64 BV, Basilea/Francoforte s.M. 1986.

4 V. ad es. IRÈNE HERRMANN, Zwischen Angst und Hoffnung. Eine Nation entsteht (1789-1848), in Georg Kreis (curatore), Die Geschichte der Schweiz, Basilea 2014, pag. 370 e segg., in part. 407-417.

5 V. REGINA WECKER, Neuer Staat – neue Gesellschaft, Bundesstaat und Industrialisierung (1848-1914), in Kreis, op. cit., pag. 457.

6 V. CARONI, Rechtseinheit, op. cit., pag. 18 e segg.

per l'adozione di un Codice civile (CC)<sup>7</sup> ed un Codice penale (CP)<sup>8</sup> unificati, varati poi nel 1911 risp. nel 1937, anche questi dunque non certo con ritmi paragonabili a ciò che avvenne in Italia durante il periodo della cosiddetta "unificazione a vapore"<sup>9</sup>, che fece seguito alla rapidissima emanazione dei codici di Urbano Rattazzi del 1859. Ma la democrazia diretta svizzera ha e detta i suoi ritmi all'agenda politica e questo ha i suoi vantaggi, a livello di condivisione e implementazione sociale dei progetti di legge, ma anche i suoi svantaggi, a livello di tempestività dell'azione politica.

## **2. Caratteristiche e limiti della base costituzionale del 2000 con un excursus sulla giuria popolare in Ticino**

Fatto sta che la base costituzionale per gli attuali codici di procedura fu creata soltanto il 12 marzo 2000 e naturalmente anche questa volta vi è stato un compromesso, non molto diverso da quello del 1898: procedura sì, ma organizzazione giudiziaria no. Con le conseguenze che questo può avere nei campi di intersezione fra procedura e leggi di organizzazione: pensiamo al tema della giuria popolare in Ticino, prima ritenuta incompatibile con il CPP e poi in fretta e furia reintrodotta dopo uno scrutinio popolare che avrebbe dovuto in realtà essere posto in agenda prima di affrontare il relativo dibattito granconsigliare, evitando così di "fare i conti senza l'oste". Peccato del resto che il legislatore federale non abbia mai affrontato la questione della giuria popolare in termini realmente giuspolitici, riducendola ad

una questione puramente tecnica, ovvero la questione della compatibilità o meno con la circolazione degli atti prima del dibattimento (v. art. 330 cpv. 2 CPP). Ridurre il mantenimento di un'istituzione pluriscolare come la giuria popolare, le cui origini, perlomeno nel diritto continentale, risalgono addirittura alla Rivoluzione francese, ad un semplice problema tecnico di questo tipo è decisamente limitativo alla luce dei valori democratici e repubblicani di cui essa è comunque espressione<sup>10</sup>, tanto più in un Paese come la Svizzera che ha sempre tenuto in grande considerazione l'importanza dell'elemento laico nella giurisprudenza<sup>11</sup>. In definitiva la risposta popolare è stata salutare, obbligandoci quali penalisti e tecnici del diritto a fare una certa autocritica sulle modalità con cui ogni tanto spieghiamo certe cose alla popolazione.

## **3. L'unificazione procedurale come condizione essenziale per la creazione di una cultura giuridica unitaria**

Ma torniamo all'aggettivo "storico". È chiaro che fatte queste premesse non si può dire che per il CPP ed il CPC, entrati in vigore entrambi il primo gennaio 2011, usare questo aggettivo sia esagerato. Non è esagerato né guardando indietro, né guardando avanti: guardando indietro ho già spiegato perché<sup>12</sup>; guardando avanti perché è subito apparso evidente già pochi mesi dopo la loro entrata in vigore come da allora in avanti fosse tutto cambiato nel panorama giudiziario svizzero. Non nei principi fondamentali: quelli erano comunque

7 V. PIO CARONI, Das entzauberte Gesetzbuch, in: Schweizerische Zeitschrift für Geschichte 41/1991, pag. 249 e segg.

8 V. MICHELE LUMINATI, Storia di un codice "rinviaio", ovvero: Gioie e pene della codificazione penale svizzera, in Un inquieto ricercare. Scritti offerti a Pio Caroni, a cura di Giorgio De Biasio/Aldo Foglia/Roy Garre/Stefano Manetti, Bellinzona 2004, pag. 327 e segg.

9 Con particolare attenzione al diritto civile v. STEFANO SOLIMANO, "Il letto di Procuste". Diritto e politica nella formazione del codice civile italiano, Milano 2003.

10 V. adesso gli studi curati da Ares Bernasconi e Filippo Contarini in Giurie popolari – il mito scomodo, Basilea 2014.

11 Mi permetto di rinviare a questo proposito a ROY GARRÉ, La diffusione di una cultura scientifica del diritto in Svizzera. Il ruolo della Società svizzera dei giuristi, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Jubiläumsschrift, 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein, Basilea 2011, pag. 189 e segg.

12 V. supra cap. 1.

già definiti da decenni in materia uniforme sia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che dal Tribunale federale (TF); ma piuttosto per l'affermarsi definitivo di una cultura giuridica<sup>13</sup> unitaria in Svizzera. Soltanto l'entrata in vigore di questi codici ci ha mostrato come l'entrata in vigore del CC e del CP non fosse bastata per creare una vera e propria cultura giuridica unitaria. Le procedure fanno la differenza, perché sono quelle le nostre regole del gioco: sono quelle le regole che applichiamo tutti i giorni come giudici, avvocati, procuratori, attori della giustizia. Le regole dei codici materiali sono regole della società, valgono per tutti i cittadini; le regole di procedura valgono in primis per gli attori della giustizia: siamo noi i primi a doverle assimilare, capire, spiegare ai laici, ai cittadini. Sono il libretto delle istruzioni della "macchina giustizia". L'art. 111 del CP tocca tutti: tutti sappiamo che non si deve uccidere. Le norme di procedura che si applicano quando qualcuno commette un omicidio (o comunque è sospettato di averlo commesso) sono invece delle regole che il cittadino non deve necessariamente conoscere, per il convivere sociale: sono gli attori della giustizia ad occuparsene, spiegando se del caso al cittadino come funzionano. È diverso. E se queste regole sono differenti a seconda dei cantoni è chiaro che la comunicazione tra gli attori della giustizia è sì interessante ma non molto diversa da quella fra attori della giustizia di diversi Paesi: si discute, si confronta, si fa comparazione giuridica, ma non si crea una vera e propria cultura giuridica unitaria. Per fare ciò ci vuole perlomeno l'unificazione delle procedure. Ed è quello che è subito successo con alcune sentenze del TF: si pensi a quella "contra verba

legis" che ha introdotto la facoltà di ricorso del pubblico ministero contro le decisioni del giudice dei provvedimenti coercitivi in materia di detenzione preventiva<sup>14</sup>; o quella sulla procedura di levata dei sigilli nei casi giudicati particolarmente complessi dal TF<sup>15</sup>, soltanto per fare gli esempi più eclatanti. Improvvisamente quelle sentenze hanno avuto portata nazionale, incidendo nelle regole procedurali a livello capillare e dettagliato, provocando così accese discussioni fra gli attori giudiziari di tutta la Svizzera: una portata capillare e dettagliata che le precedenti sentenze limitate all'esame del diritto cantonale sotto il profilo dei diritti e dei principi costituzionali, compreso il divieto dell'arbitrio<sup>16</sup>, ovviamente, non potevano avere. Ecco quello che è successo. Ed ecco quello che continua a succedere e continuerà a lungo a succedere prima che il tutto non si assesti. Basta consultare di mese in mese i fascicoli che escono con il quarto volume delle DTF della Corte di diritto penale e della I Corte di diritto pubblico del TF. Una cultura unica a livello nazionale che oggi possiamo dunque presentare ai nostri amici italiani, nell'odierno incontro all'Università di Como, e che non avremmo assolutamente potuto presentare prima del 2011, se non in termini assai frammentari.

#### **4. Un confronto fra il codice svizzero e quello italiano prendendo spunto da alcune riflessioni di Gian Domenico Pisapia a tre anni dall'entrata in vigore del Codice di procedura penale italiano.**

Il CPP svizzero è un codice giovanissimo sia per l'anagrafe che per la primizia storica;

13 Sul diritto come fenomeno culturale v. adesso MARTIN P. SCHENNACH, Recht – Kultur – Geschichte. Rechtsgeschichte und Kulturgeschichte, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 36/2014, pag. 1 e segg..

14 DTF 138 IV 92 consid. 3.2; 137 IV 87 consid. 3, 22 consid. 1.

15 Sentenza 1B\_595/2011 del 21 marzo 2012.

16 V. ad es. DTF 134 I 184 consid. 1.4; 133 I 201 consid. 1; 131 I 31 consid. 2.1.2.1; sentenze del Tribunale federale 6B\_306/2009 del 14 maggio 2009, consid. 2.3 e 2C\_790/2008 del 18 novembre 2009, consid. 1.3 e 7.

quello italiano è più datato e maturo, sia per l'anagrafe che per la continuità storica di un discorso unitario che affonda le proprie radici nello stesso periodo dell'unificazione politica. Mi piace quindi andare a leggere quello che Pisapia ebbe a dire tre anni dopo l'entrata in vigore dell'attuale Codice di procedura penale italiano, quindi in una situazione cronologicamente non molto diversa da quella in cui ci troviamo noi oggi vis-à-vis del CPP svizzero. Cito dagli atti di un convegno tenutosi nell'ottobre del 1992 a Roma presso l'Accademia nazionale dei Lincei. Diceva Pisapia: "mentre alcuni accusavano il nuovo codice di essere troppo garantista, ed anzi addirittura di favorire i delinquenti ed i mafiosi, altri gli rimproveravano di non aver tutelato abbastanza i diritti della difesa e di non aver realizzato appieno i principi del processo accusatorio. Basterebbe forse questa constatazione per far riflettere quanto sia difficile accontentare tutti e come non sia agevole trovare un giusto equilibrio tra tutela dei diritti individuali – fra i quali in primo luogo il diritto di difesa, costituzionalmente garantito – e le esigenze di difesa sociale". A leggere queste parole, oggi, dal nostro osservatorio elvetico, viene da dirsi: non si adattano forse alle molte cose che si sono lette e sentite negli ultimi anni anche da noi? CPP troppo garantista e formalista per taluni; troppo sbilanciato sull'istruttoria predibattimentale e poco accusatorio per gli altri. Troppe garanzie per taluni (pensiamo all'avvocato della prima ora), troppo poca immediatezza processuale per gli altri, con uno sbilanciamento verso riti non ordinari, quali il rito abbreviato ed il decreto di accusa. Niente di nuovo sotto il sole, verrebbe da dire. Ma si tratta del resto di reazioni frequenti nella storia del diritto penale. Si pensi già alle discussioni in Ticino dopo l'entrata in vigore del

primo Codice penale e del primo Codice di procedura penale del 1816. I discorsi non erano molto diversi: diversa era soltanto la crudeltà di certe pene e di certi metodi istruttori<sup>17</sup>, ma comunque c'era già chi li considerava troppo soft, espressione di quella che oggi nella stampa scandalistica svizzero-tedesca viene bollata come "Kuschel-Justiz"<sup>18</sup>.

Ma torniamo a Pisapia: "Una critica particolarmente insistente, anche per la notevole presa che essa ha avuto sulla pubblica opinione, è che il nuovo codice sarebbe uno strumento indoneo a combattere la criminalità organizzata ed, in particolare, la mafia e fenomeni analoghi. A tale accusa va data innanzi tutto una risposta di metodo, che replica anche all'accusa di «garantismo» o addirittura di «ipergarantismo» che si muove al codice. Spesso si dimentica, infatti, che il codice di procedura penale non può che essere, per definizione, «garantista», se tale espressione si intenda nel suo corretto senso: perché il processo penale è, per sua stessa natura, un complesso di garanzie per la corretta applicazione delle norme penali sostanziali. Vale la pena di ricordare, a questo proposito, quanto scriveva, oltre un secolo fa, Enrico Ferri, secondo il quale il codice penale è «il codice dei delinquenti», mentre il codice di procedura penale è «il codice dei galantuomini»: espressione certamente enfatica, ma incisiva, per sottolineare che l'imputato nel processo penale è sempre assistito dalla «presunzione di innocenza». Parole importanti, queste di Pisapia; quanto mai attuali anche contro certe ingiustificate critiche mosse al CPP svizzero.

17 V. gli studi pubblicati in Archivio storico ticinese 142 (2007).

18 V. adesso in proposito ANASTASIA FALKNER, Von Wirkungen und verursachten Nebenwirkungen..., in : «Justice - Justiz - Giustizia» 2014/3.

## **5. L'impossibilità di un esame costituzionale delle leggi federali da parte del Tribunale federale e le sue conseguenze.**

C'è una differenza di fondo tra quello che noi possiamo dire oggi a qualche anno dall'entrata in vigore del codice svizzero, rispetto a quello che potevano dire i partecipanti al sopraccitato congresso romano. Pisapia arricchisce infatti la sua relazione con diverse considerazioni sulla giurisprudenza della Corte costituzionale e sui rilievi di incostituzionalità da essa sollevati in capo a determinate norme del CPP italiano. Ebbene, per la Svizzera questo è impossibile. Il TF ha le mani legate. Come imposto dall'art. 190 Cost. (v. anche art. 189 cpv. 4 Cost.) non ha nessuna possibilità per intervenire. Ciò non toglie che situazioni anticostituzionali si possano creare: l'assenza del rimedio giuridico dell'appello in sede di giurisdizione federale ne è l'esempio più eclatante. Si tratta di una lacuna che crea un'ingiustificabile disparità di trattamento (v. art. 8 cpv. 1 Cost.) fra imputati soggetti alla procedura cantonale ed imputati soggetti alla giurisdizione federale che, stante l'impossibilità di un sindacato costituzionale del TF, potrà e dovrà essere risolta dal legislatore federale, possibilmente però non nei termini ibridi attualmente in discussione<sup>19</sup>, con cui si vorrebbe introdurre una sorta di appello basato soltanto sugli atti processuali, privo quindi di qualsiasi immediatezza processuale. Una tale proposta è molto problematica, dato che non si vede come il TF potrebbe valutare, ad esempio, la credibilità di una testimonianza soltanto sulla base di un verbale scritto, rispettivamente confrontare due testimonianze soltanto sulla base dell'incarto. Quello che rischia di verificarsi, se dovesse passare questo progetto, sarebbe un puntuale ping pong fra Corte pena-

le del Tribunale penale federale (TPF) e TF, il quale, se non concorderà con la ricostruzione dei fatti della prima istanza, prima ancora di occuparsi della sua funzione precipua di giurisdizione di legittimità, rimanderà indietro il caso alla prima Corte che fungerà così come tribunale d'appello di se stessa, e poi ricomincerà l'iter verso il TF il quale soltanto a questo punto potrà affrontare a bocce ferme la questione di diritto; il tutto ovviamente a condizione che sia finalmente d'accordo con la nuova ricostruzione dei fatti operata dal TPF. Facile capire come una simile soluzione sia inutilmente macchinosa e priva di lungimiranza. Fortunatamente a livello di esame commissionale il Consiglio degli Stati ha recentemente invertito la rotta e sembrerebbe farsi strada una soluzione più conforme all'idea originale del legislatore, che non prevedeva appunto nessuna differenza fra processi cantonali e processi federali<sup>20</sup>.

## **6. Importanza del rito ordinario e della terzietà del giudice nell'interpretazione della legge.**

Per concludere l'adozione del CPP svizzero può essere certamente definita un momento storico, uno spartiacque decisivo nel tessuto criminalpolitico svizzero, che deve comunque essere ancora completato con alcuni puntuali interventi di tipo legislativo, essenziali in un sistema come il nostro privo di giurisdizione costituzionale sulle leggi federali (e dunque di un vero e proprio sistema di check and balance), il quale chiama il legislatore ad un alto senso di responsabilità nel vigilare sulla costituzionalità dei propri atti normativi. Il TF e tutti i tribunali di prima e seconda istanza hanno a loro volta il compito di vegliare, pur nel rispetto dei predetti paletti costituzionali,

19 V. Messaggio concernente la modifica della legge sul Tribunale federale (Ampliamento della cognizione sui ricorsi in materia penale) del 4 settembre 2013, FF 2013 6121 e segg.

20 Così esplicitamente FF 2013 1216.

che le norme del codice vengano interpretate ed applicate in maniera conforme alla costituzione, a condizione che il testo e la ratio legis del CPP lo permettano. In questo lavoro ben venga anche un certo spirito critico, che faccia sì ad esempio che il momento del processo dibattimentale, con la sua immediatezza, oralità e pubblicità, resti comunque la chiave di volta dell'intero sistema. Le statistiche parlano certo con altre parole, se più del 90 per cento delle condanne in Svizzera avvengono secondo riti quali il decreto di accusa e la procedura abbreviata, ma ciò non toglie che le esigenze di celerità ed efficienza sicuramente importanti per il corretto funzionamento della macchina giudiziaria nel suo complesso, non devono a tal punto diventare predominanti da far quasi guardare con sospetto quei giudici che, interpretando la loro funzione in termini costituzionalmente corretti, quando necessario rimandano al mittente determinati accordi fra difesa e accusa, o comunque li rimaneggiano incisivamente, facendo sì che la giurisprudenza evolva, restando appannaggio caratteristico di quella figura volutamente "terza" ed indipendente che è il Tribunale giudicante.

## **Efficienza e fides nel Codice di procedura penale svizzero**

Giuseppe Battarino

Magistrato, Tribunale di Varese<sup>1</sup>.

In una dimensione contenuta, è possibile affrontare in chiave comparatistica il Codice di procedura penale svizzero associando l'individuazione di una sensazione complessiva offerta dal testo normativo a brevi considerazioni di tipo induttivo.

In questa prospettiva, e provvedendo quindi a citare, più che analizzare compiutamente, singoli passaggi del Codice di procedura penale svizzero, va subito rilevata la formulazione esplicita di principi nell'art. 3.

Rispetto ai contenuti omogenei con riferimento all'esperienza italiana – e a quella comune, mutuata dalla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo – emerge la previsione, alle lettere a) e b) del secondo comma, del "principio della buona fede e del "divieto dell'abuso di diritto".

Trattandosi di enunciazioni di ordine generale, sarà evidentemente la giurisprudenza a disegnarne la precettività concreta: notiamo tuttavia, che, con coerente previsione, l'art. 108 prevede la possibilità – circondata da garanzie - di restrizione del generale "diritto di essere sentiti" (art. 107, che comprende i capisaldi del diritto di difesa) se "vi è il sospetto fondato che una parte abusi dei suoi diritti".

Il tema dell'abuso del diritto (e del processo) è vasto<sup>2</sup>: in sintesi – per quanto qui d'interesse

1 Il presente contributo – aggiornato e reso fruibile nella forma scritta – ricalca la conferenza tenuta in occasione della giornata di studi che si è svolta a Como il 21 novembre 2013 e dedicata al nuovo Codice di procedura penale svizzero.

2 Ci limitiamo a citare: D. MESSINETTI, Abuso del diritto, Enc. Dir. (Agg. II), Giuffré, 1998, 1-22; E.M. CATALANO, L'abuso del processo, Giuffré, 2004.

- si può affermare che in un “ambiente sociale ipercomplesso”<sup>3</sup> l’efficienza del processo penale è un valore di rilevanza collettiva, suscettibile di essere tutelato anche con clausole generali di interdizione dell’abuso del diritto.

Efficienza e fides, in un’accezione contemporanea - che tuttavia può riprendere l’esperienza romanistica – interferiscono positivamente, fondando il fluire utile del processo sulla ritenuta corrispondenza degli intenti e del comportamento dei soggetti processuali al contenuto degli atti che formalmente essi nel processo introducono.

È l’assunzione, per l’appunto, di un postulato di corretto comportamento, la verifica della cui (eccezionale!) violazione è affidata a un’autorità giudiziaria della quale – al contrario di quanto avviene per la ratio di molti istituti processuali italiani – non si diffida.

D’altro canto proprio il citato art. 107 attribuisce alle autorità penali un compito eccedente la semplice applicazione delle norme e del rispetto della procedura, chiedendo loro di informare (“rendono attente”<sup>4</sup>, indica un’informazione non rituale, che supera, in concretezza, quanto, ad esempio, previsto nelle “informazioni” di cui agli artt. 369 e 369-bis del c.p.p. italiano) “le parti prive di conoscenze giuridiche”.

Si sollecita in tal modo una vera e concreta “cosciente partecipazione al processo”: in un significato che va ben al di là della semplice “capacità d’intendere” di cui con quell’espressione si occupano gli artt. 70-73 del c.p.p. italiano.

A questo proposito va citata una delle norme intese all’efficienza del processo penale nel senso di utile ed effettivo risultato conseguibile dalla procedura.

È l’ipotesi di abbandono del procedimento, prevista dall’art. 114, terzo capoverso, in caso di persistente incapacità dell’imputato.

Nella stessa situazione, gli artt. 70ss. c.p.p. italiano danno invece adito a una possibile situazione di indefinito stallo del processo: che tuttavia è stata ancora di recente ritenuta legittima dalla Corte Costituzionale (Ordinanza n. 243 del 25 settembre – 21 ottobre 2013). È significativo, non solo dal punto di vista delle conseguenze pratiche ma anche da quello della cultura giuridica, che la Corte Costituzionale italiana abbia ribadito l’estraneità dei principi di efficienza dell’azione pubblica rispetto alle norme processuali penali: “in forza della costante giurisprudenza di questa Corte, il principio di buon andamento della pubblica amministrazione, pur essendo riferibile anche agli uffici giudiziari, attiene unicamente alle leggi ordinamentali ed a quelle che regolano il funzionamento amministrativo degli uffici medesimi, restando invece estraneo alle norme di esercizio della funzione giurisdizionale”.

La previsione specificamente fondata di cui all’art. 114, terzo capoverso, del Codice di procedura penale svizzero, si colloca in una più ampia possibilità di “rinuncia al procedimento penale”, prevista dall’art. 8.

Le ipotesi previste da questo articolo riguardano l’incidenza di eventuali procedimenti penali o esecuzioni di pena all’estero, con un’applicazione di ne bis in idem internazionale [processuale]<sup>5</sup>; e l’affidamento al pubblico ministero o al giudice di una valutazione sulla “irrilevanza” dell’eventuale irrogazione di una pena in aumento, con conseguente inefficienza del processo.

Previsione lontana – per il suo presupposto di affidamento nella capacità di valutazione

<sup>3</sup> MESSINETTI, op. cit., p. 12.

<sup>4</sup> Significato “forte” in tutte le versioni linguistiche: “Die Strafbehörden machen rechtsunkundige Parteien auf ihre Rechte aufmerksam”; “Les autorités pénales attirent l’attention des parties sur leurs droits lorsqu’elles ne sont pas versées dans la matière juridique”.

<sup>5</sup> Per un caso di ne bis in idem internazionale sostanziale nei rapporti Italia-Svizzera si rinvia a: <http://www.penalecontemporaneo.it/materia/4-56-1-/820>; si applica il ne bis in idem tra giurisdizione italiana e svizzera/

comparativa dell'autorità giudiziaria – dall'esperienza italiana di talora complessa ma ineludibile applicazione degli istituti del reato continuato e del concorso formale di reati sia in sede di cognizione (art. 81 c.pen.) che in sede di esecuzione (art. 671 c.p.p.): salva la devoluzione alla fase dell'esecuzione penale di istituti che riducono, con generica premialità per il condannato, rendendole inefficaci, le pene irrogate (e cumulate) con processi inefficienti.

Uno dei presupposti dell'efficienza del processo penale così come disegnato dal Codice di procedura penale svizzero è l'accezione specifica del principio accusatorio contenuta nell'art. 9:

“Un reato può essere sottoposto a giudizio soltanto se, per una fattispecie oggettiva ben definita, il pubblico ministero ha promosso l'accusa contro una determinata persona dinanzi al giudice competente”.

Fattispecie oggettiva ben definita; persona determinata; giudice competente: è il rifiuto di cittadinanza a indagini e processi non su fatti ma su “fenomeni”, non su responsabilità geometricamente circoscritte ma sul “male”: esperienze negative talora vissute nella storia recente della giurisdizione italiana, con la conseguente dilatazione dell'oggetto del processo da fatti di [eventuale] rilevanza penale a vicende diacroniche e la sua trasformazione in generico giudizio sulla correttezza e onestà dei soggetti, in un circuito negativo che genera spreco di risorse, delusione, sfiducia.

Altro elemento, che rimane per molti versi indefinito nel c.p.p. italiano, è una specifica formalizzazione della posizione ordinamentale della polizia come “autorità di perseguimento penale” espressamente disciplinata (artt. 12 e 15) e anche ricusabile (art. 59); e la qualificazione del pubblico ministero come

“responsabile dell'esercizio uniforme della pretesa punitiva dello Stato” (art. 16).

Pur senza, in questa sede, approfondire le questioni legate alla posizione ordinamentale del pubblico ministero, va rilevato come non vi sia remora del legislatore federale svizzero nell'attribuirgli poteri processuali che non coincidono con l'assetta qualificazione come “parte”.

Così pare di poter dire dell'incidenza delle scelte del pubblico ministero nella scelta del giudice (artt. 19 e 38) e dei poteri di direzione del procedimento (art. 62), attribuiti al pubblico ministero in fase di indagini, e resi incisivi dalla formulazione ampia della norma: “chi dirige il procedimento prende le disposizioni atte a garantire che lo stesso si svolga in modo appropriato e conforme alla legge”.

Vi sono diverse altre norme che segnalano, al processualista italiano, l'orientamento all'efficienza senza compressione indebita di garanzie, l'affidamento nella capacità delle autorità giurisdizionali, la fides che si ritiene in via di principio accomuni le parti del processo.

Così è a dirsi dell'art. 82 sulle limitazioni all'obbligo di motivazione; dell'art. 92 sulla definizione ampia dei poteri di proroga o differimento dei termini e delle udienze (in accoglimento di domanda “tempestiva e suffragata da pertinenti motivi”); con “incursioni” di un bilanciamento avanzato (troppo, se riportato ai parametri in Italia resi necessari dagli artt. 13 e 24 della Costituzione) tra garanzie di libertà ed efficienza nell'art. 228, quinto capoverso, sui limiti di proponibilità di domande di scarcerazione.

Il superamento di segmenti non necessari di procedimento si legge nell'art. 316, che equipa la mancata comparizione del querelante davanti al pubblico ministero a ritiro della querela: mentre in Italia la giurisprudenza di legittimità esita a dare questo significato alla mancata comparizione anche davanti al giudice<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Da ultimo: Cass., IV, n. 18187 del 28 marzo – 19 aprile 2013).

In un contesto in cui emerge come la cultura organizzativa sia già propria del magistrato, appare ulteriormente rafforzativa di questa necessaria intersezione di skill giuridici-organizzativi la previsione codificata nell'art. 332, secondo cui "chi dirige il procedimento può citare le parti a comparire a un'udienza preliminare al fine di regolare le questioni organizzative".

Il rapporto tra efficienza e fides che abbiamo cercato di evidenziare per brevi cenni assume implicitamente la deontologia come limite esterno della procedura.

Si avvale anche, sul versante concreto dei comportamenti attesi, di un vantaggio obiettivo dato dalle dimensioni organizzative dell'esercizio della giurisdizione, a livello cantonale ma anche federale, e cioè di quel meccanismo psicologico che vorremmo chiamare sindrome del Wiedersehen, in forza del quale in un ambiente lavorativo/professionale di contenuta dimensione non si osa violare apertamente le regole e nemmeno forzarle a proprio favore, perché, "ci si rivede" e i comportamenti scorretti verranno ben ricordati e socialmente sanzionati dai soggetti con cui costantemente o frequentemente ci si confronta.

L'occultamento di atti o informazioni, la formulazione di eccezioni risibili, l'eccesso di animosità, la sciatteria nel provvedere e comportamenti analogamente censurabili, tenderanno a qualificare negativamente l'autore agli occhi di un contesto giudiziario le cui dimensioni lo rendono immediatamente visibile e immediatamente reincontrabile e – in presenza di un minimo di sua sensibilità e intelligenza – lo indurranno ad autolimitarsi e autocorreggersi.

In questo modo l'efficienza del processo penale come valore rilevante per la collettività percorre le azioni dei giuristi e da essi può transitare all'insieme dei cittadini.

## **"Spigolando" nel nuovo codice federale di procedura penale: un sistema vicino al cittadino**

Francesca Ruggieri, ordinario di diritto processuale penale, Dipartimento di Diritto, Economia e Culture, Università dell'Insubria (Como-Varese).

### **1. Introduzione.**

Sono diversi gli spunti di riflessioni che un giurista italiano trae dallo studio del nuovo codice di procedura penale svizzero.

Non essendo possibile, almeno a prima lettura, affrontare pure i "formanti" dottrinario e giurisprudenziale, anche solo soffermandosi sull'analisi del testo legislativo il comparatista di lingua italiana è colpito da diverse singolarità: una parte è espressione di un rapporto cittadino-autorità che si fonda sulla reciproca fiducia; un'altra parte è riconducibile ai concetti e alla terminologia utilizzati che, nella versione italiana, sono indice di un sincretismo culturale del tutto peculiare.

Ovviamente senza alcuna pretesa di completezza, tali peculiarità investono tutti i livelli di analisi: i principi informatori del sistema, i singoli istituti ovvero, in una visione d'insieme, i poteri attribuiti ai soggetti pubblici<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Tutti i successivi riferimenti agli articoli di legge devono intendersi relativi al codice di diritto processuale svizzero, pubblicato in RU 2010 pp. 1881 ss.

## 2. Alcuni dei principi che informano l'attività delle autorità penali.

La circostanza che “le autorità penali” svizzere debbano, tra l’altro, attenersi “segnalmente: al principio della buona fede e al divieto dell’abuso di diritto... nonchè “al divieto di utilizzare metodi probatori lesivi della dignità umana” (art. 3) è un forte indice, proprio perché espressa nei termini indicati e specie per i primi due richiami del tutto assenti nel sistema italiano, di una certa visione di autorità pubblica: sollecitata anche per verbis ad amministrazione la giustizia in senso lato più che a dispensare tecnicamente il diritto.

Tale approccio sembra trovare conferma anche in altre disposizioni: nel fatto che l’invito ad applicare il diritto nel rispetto del principio dell’indipendenza (art.4) è rivolto a tutte le autorità penali, ovvero sia agli organi di polizia, sia agli accusatori sia ai giudici (cfr. gli artt. 12 ss.); nella circostanza che tutte queste autorità sono ugualmente soggette al “principio della verità materiale” (art. 6), per cui “devono accertare d’ufficio tutti i fatti rilevanti per il giudizio, sia riguardo al reato sia riguardo all’imputato, esaminando con la medesima cura le circostanze a carico e a discarico”; nella disciplina della ricusazione (artt. 56 ss.), applicata a tutte le “autorità penali” laddove, in particolare, abbiano un qualche “interesse personale nella causa” (art. 56 c. 1 lett.a).

Il sistema italiano, come è noto, non solo non prevede alcun vincolo alla “buona fede” né alcuna norma in tema di abuso del diritto, ma ha oramai da tempo, almeno legislativamente, abbandonato il “principio della verità materiale” in favore della verità processuale, quale emerge dal contraddittorio sulla prova di tutte le parti. In tale quadro, il codice di rito disciplina la ricusazione del solo giudice, poiché la parte pubblica (ovvero il pubblico ministero), che pure può astenersi proprio in caso di

conflitto di interessi, in quanto “parte”, non si ritiene possa essere soggetta a tale istituto su sollecitazione della propria controparte (il difensore).

## 3. Istituti peculiari: il cd. “principio accusatorio”, la (eventuale) motivazione della sentenza e il “ristoro” dell’imputato prosciolto

Il codice di rito federale si richiama al principio accusatorio; più propriamente, però, dovrebbe parlarsi di “principio della domanda”.

La disposizione (art.9 c.1), invero, sotto il titolo principio accusatorio, specifica solamente che: “un reato può essere sottoposto a giudizio soltanto se, per una fattispecie oggettiva ben definita, il pubblico ministero ha promosso l’accusa contro una determinata persona dinanzi al giudice competente”. Nulla è detto rispetto al potere delle parti di fronte al giudice, o meglio, con riferimento alle caratteristiche che usualmente sono associate al processo accusatorio, con riguardo alla decisione in pubblica udienza all’esito di un’istruzione probatoria condotta nel pieno contraddittorio tra le parti, senza alcuno specifico potere suppletivo probatorio dell’organo giudicante.

L’approccio del legislatore federale è improntato ad una filosofia che non è facilmente riconducibile ai tradizionali modelli (necessariamente schematici) del comparatista.

Si consideri anche la normativa in tema di motivazione della sentenza, là ove si prevede che “il tribunale di primo grado rinuncia a una motivazione scritta se motiva oralmente la sentenza e non pronuncia una pena detentiva superiore a due anni”, ovvero una misura detentiva di sicurezza (cfr. art. 82 c.1). Che il giudice sia obbligato successivamente a motivare su richiesta della parte (“entro dieci giorni dalla notificazione del dispositivo”) ovvero allorchè “una parte interponga ricorso” (art. 82 c.2) è disciplina che assicura il diritto della parte a conoscere il percorso argomentativo dell’orga-

no giurisdizionale in funzione del successivo controllo. In tal caso si apprezza la scelta che coniuga ragioni e diritti delle parti ed esigenze in senso lato efficientistiche.

Non è possibile alcuna comparazione con la tradizione italiana, che, in forza di disposizione costituzionale (art. 111 Cost. penultimo cpv.) volta a garantire la motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali, anche di recente ha manifestato profonde perplessità in ordine ad un analogo progetto ma in materia civile.

Non ha alcun riscontro nella legislazione italiana neppure la disciplina, ispirata ad un particolare riguardo nei confronti del cittadino (vanamente) sottoposto a processo penale, volta a indennizzare l'imputato “pienamente o parzialmente assolto o [nei cui confronti] il procedimento è abbandonato”. In tali ipotesi il prosciolti “ha diritto a: un’indennità per le spese sostenute ai fini di un adeguato esercizio dei suoi diritti procedurali; un’indennità per il danno economico risultante dalla partecipazione necessaria al procedimento penale; una riparazione del torto morale per lesioni particolarmente gravi dei suoi interessi personali, segnatamente in caso di privazione della libertà” (art. 429; limitazioni al riconoscimento del torto morale, e all’entità di tali voci sono peraltro indicate all’art. 430).

Il sistema italiano conosce solo la riparazione per ingiusta detenzione e quella, a favore del condannato, oggetto di errore giudiziario.

#### **4. Considerazioni terminologiche (cenni)..**

Pure il lessico è indice di scelte tutt’altro che scontate.

Da un lato il codice ricorre ad espressioni che sembrano prive di una specifica connotazione specialistica (è il caso, tra le tante, dell’espressione “indagine a tappeto” ex art. 256 a proposito della raccolta dei profili di DNA anche con riferimento ad un elevato numero di persone). Dall’altro il legislatore federale sembra utilizz-

are con accortezza termini tecnici per definire lo spazio volutamente ampio demandato al giudice nel bilanciare i vari interessi in gioco nell’applicazione della normativa.

Si pensi all’uso del termine analogia per estendere una certa disciplina “per rinvio” ad altri istituti (ad. es. nel caso della retribuzione del patrocinatore, ex art. 137, 138, a proposito dei traduttori ed interpreti, ex art. 68 c.5 ovvero ancora in tema di ricovero per perizia ai sensi dell’art. 209).

Si considerino, soprattutto, le norme in tema di “sanzioni processuali”.

Il divieto (art. 140) di “raccogliere prove servendosi di mezzi coercitivi, violenza, minacce, promesse, inganni o mezzi che possono pregiudicare le facoltà mentali o la libera volontà di una persona”, “quand’anche l’interessato vi acconsenta” comporta una generale inutilizzabilità dei relativi risultati probatori (art. 141 c.1), anche nel caso dei cd. “frutti dell’albero avvelenato” (141 c.4). Tuttavia, se pure “le prove raccolte dalle autorità penali in modo penalmente illecito o in violazione di norme che ne condizionano la validità non possono essere utilizzate” la disciplina fa salva (“eccetto che”) l’ipotesi che “la loro utilizzazione sia indispensabile per far luce su gravi reati” (141 c.2): così demandando al giudice il delicato bilanciamento tra i diritti della difesa sottintesi alla garanzia della sanzione dell’inutilizzabilità con le esigenze dell’accertamento delle fatispecie di maggior allarme sociale.

#### **5. Qualche riflessione di sintesi.**

Ad uno studioso abituato alle categorie del processo penale italiano, le norme del codice di rito elvetico evocano un rapporto “individuo-autorità” che non sembra essere improntato ad una più netta contrapposizione tra singolo e poteri pubblici, propria della tradizione italiana. Che le autorità penali siano ugualmente coinvolte nella ricerca della verità e che le stes-

se siano tutte ugualmente riuscibili sembra indicare l'irrilevanza di una separazione volta a circoscrivere l'esercizio dei rispettivi poteri. Fatto salvo il principio della domanda, accusatori e giudici si muovono nel medesimo ambito, nel rispetto del principio di buona fede e del divieto di abuso. L'autorità spiega, non impone: è anche sufficiente un commento orale, là dove la motivazione al suo dictum non sia necessaria per iscritto. Se sbaglia nell'attribuire ad una determinata persona la commissione di un certo reato, il potere pubblico assicura che tempo e risorse impiegati per l'esercizio del diritto di difesa, e distolti dalle abituali professioni, siano indennizzati. Al cittadino ci si rivolge con un lessico semplice e chiaro. In ogni caso l'organo giurisdizionale garantisce la correttezza e il legittimo bilanciamento tra diritti di libertà ed istanze dell'autorità.

Tali scelte, come hanno anche dimostrato le consultazioni pubbliche che hanno preceduto l'approvazione del nuovo codice di rito, esprimono una società che, per tradizione e storia, appare molto coesa nei rapporti con l'autorità.

## Impressum

### *Editore*

Ordine degli avvocati del Cantone Ticino,  
Corso San Gottardo 3, Casella postale 1649,  
6830 Chiasso

Telefono: 0041 (0)91 682 95 61

Telefax: 0041 (0)91 682 95 62

E-mail: info@oati.ch

Website: <http://www.oati.ch>

### *Comitato di redazione*

Commissione del Bollettino dell'Ordine  
degli avvocati del Cantone Ticino  
avv. Flaviana Biaggi-Fabio, coordinatrice,  
Via Giovannini 16, 6710 Biasca,  
N. tel. 091 862 33 31  
E-mail: info@legalbiaggifabio.com

avv. Tamara Erez, membro,  
Via Canonica 5, 6901 Lugano,  
N. tel. 091 910 19 00  
E-mail: tamara.erez@peterlegal.com

avv. Lea Kaufmann, membro,  
via Belvedere 3, 6976 Castagnola,  
N. tel. 091 970 38 03

### *Distribuzione*

Segretariato dell'Ordine degli avvocati  
del Cantone Ticino  
Corso S. Gottardo 3, 6830 Chiasso

### *Grafica di copertina*

Antonio Bertossi  
Designer SUP in Comunicazione visiva - 2010  
at@pantonio.ch

### *Stampa*

Pedrazzini Offset  
tipografia-legatoria-edizioni-pubblicità  
Via Varenna 7, 6600 Locarno  
N. tel. 091 751 77 34, Fax: 091 751 51 18