

La cassazione delle PEC. Necessari rimedi in sede di conversione del decreto ristori?

di **Giovanni Briola, Mario Arienti e Matteo Picotti**

CASSAZIONE PENALE, SEZ. I, 19 NOVEMBRE 2020 (UD. 3 NOVEMBRE 2020), N. 32566
PRESIDENTE SANDRINI, RELATORE APRILE

Sommario. **1.** Premessa. La questione del deposito oggetto della decisione in commento. - **2.** La necessaria coesistenza, nel periodo dell'emergenza fra depositi a Portale e depositi mediante PEC. - **3.** La differenza ontologica fra Processo Penale telematico e deposito di atti a mezzo PEC. - **4.** Le modalità alternative e parimenti legalmente riconosciute di deposito telematico degli atti nelle previsione del d.l. 137/2020. - **5.** Conclusione. La necessità di rimediare alla pronuncia "miope" della Corte Suprema e la visione asimmetrica degli strumenti telematici nel processo penale. Quali rimedi in sede di conversione?

1. Premessa. La questione del deposito oggetto della decisione in commento.

Decidendo in materia cautelare, con la sentenza in commento, la Suprema Corte ha dedicato ampio spazio della propria motivazione al tema del deposito di atti a mezzo PEC, dichiarando l'inammissibilità dei motivi nuovi proposti con il mezzo telematico, alla medesima Corte, dal Pubblico Ministero, nel caso oggetto della decisione. Tuttavia, al fine di meglio comprendere la portata della questione, vi è da premettere, sin da subito, che l'atto di impugnazione oggetto di declaratoria di inammissibilità veniva depositato successivamente all'entrata in vigore dell'art. 24, co. 4, d.l. 137/2020 - disposizione che introduce la possibilità di deposito telematico degli atti - ma prima dell'emanazione dei provvedimenti tecnici delegati dal medesimo articolo dal Direttore Generale dei Sistemi Informativi Automatizzati (in breve D.G.S.I.A.), che sono condizione necessaria e imprescindibile per abilitare il deposito a mezzo PEC previsto dai co. 4 e 5 del d.l. "Ristori" citato.

Ciò porta a una prima considerazione iniziale, che non può che essere il presupposto dell'analisi e del commento della presente decisione: la Suprema Corte si pronuncia sul funzionamento della disciplina dei depositi a mezzo PEC prima che tale disciplina sia entrata in vigore, per assenza, come



detto, dei provvedimenti tecnici del D.G.S.I.A. e delle nuove PEC abilitate ai depositi telematici, tra cui, appunto, i depositi delle impugnazioni.

Pare quindi evidente, già in incipit, che la pronuncia della Suprema Corte si sia pronunciata analizzando il caso di un deposito di un atto di impugnazione inviato in assenza di regole tecniche predisposte dal DGSIA.

Ciò posto, è doveroso evidenziare come alle pagine 9 e seguenti della sentenza vengono esposti tutti gli argomenti a sostegno della tesi per cui, anche dopo l'entrata in vigore del d.l. "Ristori", gli atti diversi da quelli destinati alla Procura della Repubblica (per cui è stato istituito, come si vedrà, il Portale deposito atti penali), ed in particolare le impugnazioni di qualsiasi genere, non sarebbero depositabili via PEC.

Anzitutto, la Corte assume che sussiste nell'ordinamento una norma primaria che disciplina l'applicazione delle disposizioni del CAD (Codice dell'Amministrazione Digitale, d.lgs 83 del 2005) nel processo penale: l'art. 4 D.L. 193/2009 che, infatti stabilisce che esse sono applicabili solo nei limiti stabiliti dal regolamento ministeriale.

Pertanto, l'equiparazione della PEC alla raccomandata nel processo penale non avrebbe diretta applicazione, se non per quanto previsto dal Decreto del Ministro della Giustizia 44/2011, con specifico riferimento alla necessità di adozione dello specifico decreto dirigenziale di cui all'art. 35.

In secondo luogo, viene richiamata la necessità, per quanto concerne nello specifico le impugnazioni, di procedere all'accertamento dell'identità del soggetto proponente e depositante, assolvibile solo dal personale di cancelleria e non ritenuto superabile attraverso l'utilizzo della PEC (che non attesta l'identità dell'autore, ma solo la provenienza del messaggio) ovvero firma digitale (che seppure equiparata alla firma autografa, non è utilizzabile nel processo penale sino all'adozione del regolamento di cui al citato art. 35 Reg. 44/2011).

Per vero, la Corte non si sofferma su quali siano i criteri per procedere all'identificazione dell'autore con riguardo alla spedizione dell'impugnazione a mezzo plico raccomandato, mezzo pacificamente quanto comunemente ammesso nell'ambito del sistema di impugnazioni dal nostro codice di procedura penale.

Si giunge dunque al cuore dell'argomentazione riguardante il D.L. 137/20: l'analisi dell'art. 24, ove sono previste le ormai note modalità di deposito degli atti penale in via telematica nel periodo emergenziale da Covid-19.

La Corte conclude, sul punto, che la disposizione concernente il deposito telematico, quale valore legale di cui all'art. 24, è rivolta espressamente ai soli atti relativi alla fase ex art. 415-bis c.p.p. presso gli uffici della Procura della Repubblica a ciò abilitati.

Ad avviso del Giudice di legittimità, il riferimento a "tutti gli atti, documenti e istanze comunque denominati" di cui ai commi 4 e 5 sarebbe interpretabile,

al più con riguardo ai soli atti rivolti all'ufficio della Procura della Repubblica, qualora esso non sia abilitato all'uso del portale di cui al comma 1.

La Corte, come detto, si spinge ben oltre il caso oggetto della propria pronuncia poiché non può che prendere atto che, al momento della trattazione del processo oggetto della decisione (3 novembre 2020) non era ancora stato pubblicato il provvedimento previsto dall'art. 24, co., 4, del DGSIA, abilitante l'invio via PEC degli atti e recante l'elenco degli indirizzi degli uffici giudiziari presso cui depositare in forma telematica (emanato appunto solo il successivo 9 novembre 2020).

Ebbene, nella sentenza, e ciò desta non poche perplessità, si giunge ad affermare che pure con la pubblicazione del provvedimento, esso (di tipo dirigenziale e di natura tecnica) non *"possa derogare precise previsioni di rango primario che regolano il deposito di significativi atti del processo penale come le impugnazioni, per i quali sono stabilite modalità e forme particolari, in mancanza di una espressa deroga contenuta in una norma di livello sovraordinato"*.

Insomma, non sarebbe possibile superare la tassatività dei mezzi di presentazione delle impugnazioni previste dal codice di rito sulla base della mera previsione del D.L. 137/20 e della norma tecnica del DGSIA.

Segnatamente, *"l'intervento di urgenza non ha modificato le norme processuali inserite nel codice di rito, né ha inteso derogare espressamente a tale specifica regolamentazione o a quella introdotta dal DM n. 44 del 2011, sicché le innovazioni introdotte vanno lette e interpretate nei limiti in cui alle stesse possa darsi applicazione nel rispetto delle clausole generali e dei principi espressi dal codice di procedura penale, cui è attribuita primazia nella regolazione degli istituti del processo"*.

In particolare, con riguardo all'uso della PEC, mancherebbe un'espressa deroga alle disposizioni del D.L. 193/2009 e del relativo regolamento delegato 44/2011.

Anche la successiva adozione delle specifiche tecniche da parte del DGSIA (pure se recanti gli indirizzi PEC degli uffici giudiziari diversi dalla Procura della Repubblica e le specifiche modalità di presentazione degli atti), pertanto, non sarebbe idonea a derogare le disposizioni codicistiche.

Sul punto, la Corte evidenzia che mancherebbe l'indicazione del *repository* documentale ove far confluire gli atti inviati a mezzo PEC secondo la nuova disposizione: nell'ambito del processo penale non è ancora stato istituito un "fascicolo telematico" normativamente regolamentato e tecnicamente adeguato (differentemente dall'ambito civile), di conseguenza non risulta individuato il *repository* documentale nel quale deve essere inserito e conservato l'atto telematico.

In estrema conclusione, comunque, la Corte ammette che *"l'atto trasmesso via pec dal pubblico ministero ricorrente sarà pertanto considerato da questo Collegio alla stregua di una memoria di parte"*, dunque inficiandone la sola

portata di impugnazione e non dichiarando l'assoluta nullità del deposito telematico.

2. La necessaria coesistenza, nel periodo dell'emergenza fra depositi a Portale e depositi mediante PEC.

La vera questione che si ritiene dirimente, nel caso in esame, risiede nella comprensione del binomio, impostato dal medesimo legislatore, fra deposito degli atti tramite "*Portale deposito atti penali*" e deposito, residuale, degli altri atti, digitalmente sottoscritti, tramite PEC.

Difatti, è indubbio che il decreto legge, sul punto, abbia voluto introdurre entrambe le modalità di deposito, tra loro alternative, e che disciplinate in modalità assai diverse, sia per le finalità che le stesse ricoprono, sia per la *ratio* che la disciplina emergenziale ha recentemente adottato in realtà al fine di ovviare, come evidente, all'accesso degli avvocati e dei collaboratori nelle cancellerie degli uffici giudiziari penali, ciò, si ribadisce a causa della gravissima emergenza sanitaria in atto e al fine di minimizzare il rischio di contagio da Covid-19, di avvocati e cancellieri.

La premessa della sussistenza della attuale situazione emergenziale è fondamentale per poter correttamente inquadrare il ragionamento giuridico impostato in questa sede e, sia concesso, per poter comprendere appieno, la portata eccezionale del d.l. 137/2020, soprattutto con riguardo alla possibilità di depositare "*tutti gli atti, istanze e documenti*" con il mezzo della posta elettronica certificata.

Del resto, mai come in questo periodo risulta che l'utilizzo di tale strumento di legiferazione appaia adeguato e rispettoso dei noti presupposti secondo cui è possibile per l'esecutivo, a norma dell'art. 77 Cost., emanare un atto con forza di legge, ovvero nei soli casi straordinari di necessità e urgenza¹, intesi quali effettivi requisiti di validità dell'emanazione del decreto legge².

¹ "Il potere di adottare decreti legge può essere esercitato solo quando ricorrano tre presupposti (fissati dall'art. 77 Cost.: a) casi straordinari...legati quindi a circostanze eccezionali e imprevedibili b) di necessità..., non essendo possibile provvedere con strumenti legislativi ordinari; c) e urgenza... che rende indispensabile produrre immediatamente quegli effetti.

Queste le tre condizioni (lette però spesso come una condizione unitari, i cui tre elementi non possono essere concettualmente distinti) poste dalla Costituzione perché sia legittimo derogare alla fondamentale regola della divisione dei poteri" (Cfr. Bin, Pitruzzella, Manuale di diritto costituzionale, Giappichelli Editore, Torino, 2017, pag. 392).

² I requisiti richiesti dalla Costituzione costituiscono un requisito di validità costituzionale dell'adozione (del decreto legge)... di modo che l'eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto-legge...quanto un vizio in procedendo della stessa legge di conversione, avendo quest'ultima, nel caso ipotizzato, valutato erroneamente l'esistenza di

Sul punto, pare confermare quanto appena ipotizzato la premessa giuridica del medesimo decreto legge c.d. "Ristori", strumento in sé di natura emergenziale ³, ove, fra le disposizioni di legge che giustificano la decretazione d'emergenza, al primo posto, nel preambolo del dettato legislativo, spiccano con evidenza i due presupposti legittimanti l'adozione di disposizioni eccezionali e immediatamente applicabili proprio la proclamazione dello stato di emergenza e la necessità di contenere con misure adeguate la diffusione della malattia da Covid-19.⁴

presupposti di validità in realtà insussistenti e, quindi, convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione" (cfr. Corte Cost., sentenza 29/1995).

³ Per una disamina dei poteri del Governo, alla luce delle sentenze della Corte Cost. n. 360/1996, : "con il decreto-legge l'autonomia del Governo raggiunge la sua massima estensione, in quanto questi è autorizzato ad emanare "atti aventi forza di legge" virtualmente in ogni materia (pur nel rispetto della Costituzione) con il solo limite dettato dalla "necessità ed urgenza"; inoltre, il Governo deve sottoporsi ad un controllo di 'responsabilità' del Parlamento, dovendo presentare il giorno stesso il decreto alle Camere e dovendo ottenerne la conversione in legge entro il termine 'tassativo' di sessanta giorni. Il Costituente stesso era quindi ben consapevole del fatto che, in determinati casi, il Governo fosse l'organo più adatto ad intervenire legislativamente, ma considerava i limiti dati dalla necessità, dall'urgenza e dalla successiva ratifica quali irrinunciabili garanzie del rispetto della separazione e dell'equilibrio fra i poteri." (M. Lazzarin, F. Gustavo Pizzetti, "Il decreto-legge fra previsione costituzionale e prassi" in *jus.untn.it*, Marzo 1997;

⁴ "Recita il preambolo del d.l. 137/2020: VISTE le delibere del Consiglio dei ministri del 31 gennaio 2020, del 29 luglio 2020 e del 7 ottobre 2020 con le quali è stato dichiarato e prorogato lo stato di emergenza sul territorio nazionale relativo al rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili;

VISTA la dichiarazione dell'Organizzazione mondiale della sanità dell'11 marzo 2020 con la quale l'epidemia da COVID-19 è stata valutata come «pandemia» in considerazione dei livelli di diffusività e gravità raggiunti a livello globale".

Vengono altresì richiamati tutti i decreti legge emanati in periodo di emergenza e, da ultimo, il d.p.c.m. del Presidente del Consiglio dei Ministri del 24 ottobre 2020 "per la tutela della salute in connessione all'emergenza epidemiologica da Covid-19;".

Insomma, pare del tutto evidente che il presupposto dell'agire dell'esecutivo, sia di carattere eccezionale ed espressamente volto alla tutela della collettività dal rischio di contagio da Covid-19, declinato nel settore della Giustizia penale, nella necessaria limitazione degli accessi fisici di avvocati e collaboratori alle cancellerie dei giudici penali, prevedendo strumenti tecnologici, liberamente usufruibili e facilmente adottabili che, per quanto riguarda il tema delle PEC, sono esclusivamente quanto espressamente limitati alla durata della fase emergenziale, come previsto del resto dal medesimo d.l. "Ristori".

Tuttavia, tale ottica non sembra essere stata pienamente compresa dalla Suprema Corte di Cassazione, che ha viceversa inteso riordinare la disciplina dei depositi telematici secondo uno schema, sia concesso, difficilmente concepibile già in tempi "ordinari"⁵ ma incomprensibile, anche in primo luogo giuridicamente, se letto sulla scia della chiara legislazione di emergenza e per sua ragione derogatoria dell'ordinario procedimento giudiziario⁶.

La Suprema Corte, come detto, sembra non "accorgersi" dell'arretratezza della digitalizzazione del processo penale⁷, in particolare della arretratezza tecnologica del Portale deposito atti disponibile e dello stato dell'arte del progetto, né, tantomeno, si ribadisce, della unica quanto eccezionale situazione storica nella quale si trova il nostro Paese (ed il Mondo intero) a causa della Pandemia in atto.

Ebbene, nell'ottica dei Giudici Supremi, che si ritiene quindi errata sin dalla premessa, si sostiene, in estrema sintesi, come l'unico processo penale telematico utilizzabile dovrebbe modellarsi proprio sul Portale telematico del Ministero, a norma dei commi 1, 2, 3 dell'art. 24, d.l. 137/2020, che in realtà attualmente prevede il deposito mediante Portale solo di "memorie, istanze e atti ex art. 415- bis, co. 3, c.p.p. E' compito del Ministero della Giustizia, ai sensi del co. 2, individuare gli ulteriori atti depositabili eventualmente mediante Portale. Compito arduo quanto impossibile poiché, come detto, il programma informatico allo stato, non è sviluppato per gestire altre diverse funzioni o depositi ulteriori rispetto a quelli abilitati dal legislatore ai sensi del co. 1.

⁵ Cfr. sul punto, V. BOVE, La Cassazione è sempre più granitica sul punto: sono inammissibili le impugnazioni (anche quelle cautelari) trasmesse con PEC, in www.ilprocessotelematico.it.

⁶ Del resto, pare evidente come il legislatore, seppur avesse voluto sin da subito optare per il deposito degli atti interamente mediante il noto Portale e non mediante PEC, abbia preso atto che tale strumento informatico non solo non è stato ancora progettato per la gestione ordinaria dei depositi presso tutti gli Uffici Giudiziari, ma che pure per i soli atti tecnicamente depositabili, presso le Procure della Repubblica lo stesso, al momento della emanazione del d.l. 137/2020 era ancora in piena fase sperimentale e di test.

⁷ "La digitalizzazione del processo penale procede molto lenta rispetto a quella del processo civile. La ragione di fondo credo sia da individuare nella profonda differenza strutturale dei due sistemi processuali: può infatti sembrare una banalità, ma il fatto che nel penale una delle due parti sia rappresentata dal Pubblico Ministero, ovverosia dallo stesso Stato, comporta inevitabilmente maggiori difficoltà ad introdurre metodi e procedure processuali telematiche, essendo necessari ingenti interventi (anche economicamente) a livello nazionale, spesso preceduti da operazioni di allineamento dei vari sistemi applicativi in uso locale." (cfr. M.A. Savor, "Processo penale telematico, i passi dopo la sperimentazione", in www.formupa.it, 22 febbraio 2016.

Nel sistema dei depositi telematici, dunque previsti dal legislatore, i depositi mediante PEC, disposti ai commi 4 e 5 della medesima disposizione, si pongono certamente come ipotesi in astratto residuali ma in concreto preponderanti, vista la attuale ristrettissima tipologia di atti depositabili mediante Portale.

L'adozione della soluzione del deposito di tutti i residuali atti a mezzo PEC, si ribadisce, in realtà dal legislatore prevista come meramente provvisoria e non definitiva (tanto che lo stesso comma 4 espressamente abilita al deposito mediante PEC sino alla fine dell'emergenza sanitaria) è del tutto travisata dalla pronuncia in commento, in ragione altresì della ritenuta mancanza, quanto agli atti depositabili mediante PEC, di un fascicolo telematico (*repository*), sul quale si dovrebbe, secondo i Giudici Supremi, sin da subito, necessariamente "caricare" l'atto ricevuto a mezzo PEC e dal quale trarre l'attestazione di avvenuto deposito.

Il punto non pare assolutamente dirimente, poiché come si vedrà, non è possibile allo stato ipotizzare un compiuto processo penale telematico e fino all'adozione di strumenti tecnologici completi, per garantire quantomeno nella fase dell'emergenza la possibilità di oviare a depositi fisco degli atti presso le cancellerie, si dovrà necessariamente conciliare la coesistenza, da un lato, del Portale deposito atti penali, in evidente ritardo di progettazione, dall'altro del mero metodo di deposito telematico degli altri atti penali, tramite l'utilizzo della PEC e della firma digitale.

3. La differenza ontologica fra Processo Penale telematico e deposito di atti a mezzo PEC.

Brevemente evidenziato il disegno del decreto legge di cui all'art. 24, che prevede appunto la coesistenza di Portale e depositi PEC, si deve ora necessariamente evidenziare come il ragionamento impostato dai Giudici Supremi non pare convivente, non avendo colto tale dirimente differenza ontologica sostanziale, nella disamina della *ratio* della avvenuta emanazione della legislazione dell'emergenza⁸.

⁸ Sul "doppio binario" fra utilizzo del Portale e depositi PEC: "A questo punto, se tali disposizioni verranno confermate nei successivi passaggi legislativi, non resta che attendere i successivi decreti attuativi, auspicando che il Ministero e la Direzione servizi informatici, per quanto di rispettiva competenza, provvedano con la necessaria celerità.

Una volta a regime, al di là dell'emergenza, sotto il profilo delle modalità di deposito potremo dunque avere *due* categorie di atti. Ve ne saranno alcuni, tassativamente individuati, che potranno (*rectius*: dovranno) essere depositati utilizzando il portale (quale che esso sia); tutti gli altri, viceversa, potranno "godere" del beneficio di essere depositati mediante l'invio di una semplice p.e.c. (sia pure nel rispetto delle specifiche tecniche all'uopo previste). Una bipartizione la cui concreta catalogazione viene affidata, come si è visto, ad un decreto ministeriale. Scelta non esente da dubbi sul

In primo luogo, si ritiene che il ragionamento dei Giudici sembra errato in diritto, soprattutto con riguardo alla disamina della inderogabilità della disciplina delle fonti legislative che abilitano i depositi telematici.

Difatti, come è noto, è stato poc'anzi richiamato sia il c.d. "Codice dell'Amministrazione digitale" (D.lgs n. 83/2005), sia l'art. 4, del d.l. 193/2009, convertito con legge n. 24 del 22 febbraio 2010, che nello specifico prevede la necessità dell'adozione, da parte del Ministro della Giustizia di uno o più decreti ministeriali al fine di individuare *"le regole tecniche per l'adozione nel processo civile e nel processo penale delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, in attuazione dei principi previsti dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82"*.

In altre parole, contrariamente a quanto sostenuto dalla Suprema Corte, si ritiene che l'art. 4, al pari dell'art. 24, co. 4, d.l. 137/2020 si limiti alla mera indicazione della necessità di stabilire regole tecniche nel processo civile e penale, nonché di generiche tecnologie dell'informazione, conformi ai principi del Codice dell'Amministrazione Digitale.

Tale disciplina appena richiamata, del resto, proprio all'art., 2, rubricato appunto come *"finalità e ambito di applicazione"*, nel prevedere la digitalizzazione delle Pubbliche Amministrazioni e quindi anche dell'amministrazione della giustizia, sia civile che penale, espressamente contiene una clausola di salvaguardia ove si evidenzia, al co. 6, già in maniera espressa, che il Codice dell'Amministrazione digitale si applicano *"in quanto compatibili e salvo sia diversamente disposto dalle disposizioni in materia di processo telematico."*

Vi è altresì da evidenziare come il ragionamento dei Supremi Giudici si potrebbe porre in difformità rispetto al medesimo decreto ministeriale delegato del Ministero della Giustizia, del 21 febbraio 2011, ove, all'art. 1, co. 2 è espressamente stabilito come *"nel processo civile e penale tutte le comunicazioni e le notificazioni per via telematica si effettuano mediante posta elettronica..."*

Non si concilia tale presa di posizione della sentenza in commento con il più che generalizzato utilizzo, da una parte, per comunicazioni e notificazioni⁹, a

piano prettamente giuridico, come accennato." (M. Bozzaotre, su www.giustiziainsieme.it)

⁹ Cfr. E. N. La Rocca, La prima delega del decennio per la riforma del processo penale: una corsa folle contro il tempo che ora scorre senza contrappesi, in Archivio Penale, vol. 1, 2020, pag. 4: "Il decreto-legge n. 179 del 2012, convertito nella Legge n. 221 del 2012, che nella graduale trasformazione del sistema processuale tradizionale dei vari settori in giustizia digitale, configura il testo cardine del processo telematico, ha introdotto con l'art.16 l'obbligatorietà delle comunicazioni e notificazioni a carico della cancelleria in via telematica presso l'indirizzo di posta elettronica nei confronti di tutti i soggetti obbligati ex lege ad averlo. E ciò sia nel processo civile, in cui l'obbligo concerne tutti gli atti indipendentemente dalla parte che ne sia destinataria,

carico di avvocati e parti, ma, dall'altra, con la posizione ora assunta relativa ai depositi telematici, nella specie delle impugnazioni¹⁰.

Ma, ove pienamente analizzato, si ritiene che il Decreto Ministeriale citato dalla medesima giurisprudenza abbia già posto le basi giuridiche per l'adozione del provvedimento del DGSIA richiamato dall'art. 24, ove si evidenzia che tutte le specifiche tecniche e gli strumenti digitalizzati sono già disciplinati e utilizzabili senza ombra di dubbio.

Difatti, già all'art. 2, il decreto ministeriale già disciplina e definisce l'utilizzo e la funzione dei mezzi tecnologici abilitati con il nuovo decreto legge in commento, tra cui spiccano sia la disciplina della posta elettronica certificata che della firma digitale¹¹.

Non vi è dunque alcuna espressa riserva, né si comprende come potrebbe esservi, rispetto alla supposta gerarchia delle fonti, circa l'inderogabilità della disciplina ora dettata, e dunque non si comprende, se non con una presa di posizione che si ritiene apodittica, la rigidità, sul punto, espressa dall'orientamento della Suprema Corte ora in commento.

Del resto, pare altresì evidente come non si condivida anche l'argomentazione ulteriore della Suprema Corte, ove evidenzia che l'art. 24 del d.l. 137/2020 non sarebbe in grado di derogare alla disciplina "telematica" del processo penale.

Difatti, non solo si è appena richiamata la clausola derogatoria generica e aperta idonea a porre le deroghe del caso previste dal legislatore ma, anche ove non vi fosse tale clausola ora menzionata, non si comprende giuridicamente come un atto avente forza di legge ordinaria, di carattere per giunta emergenziale e temporaneo, quale appare in tutta evidenza e

sia nel processo penale, in cui l'obbligo dell'inoltro in via telematica concerne tutte le parti diverse dall'imputato, per il quale rimangono ferme le forme di comunicazione tradizionali."

¹⁰ Sempre V. BOVE, Sulla trasmissione a mezzo Pec degli atti di parte: c'è realmente un contrasto in Cassazione?, in www.ilpenalista.it, 7 novembre 2018

¹¹ Ai sensi dell'art. 2 del d.m. 21 febbraio 2011 si intende per: "e) *posta elettronica certificata: sistema di posta elettronica nel quale e' fornita al mittente documentazione elettronica attestante l'invio e la consegna di documenti informatici*, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68;

f) *identificazione informatica: operazione di identificazione in rete del titolare della carta nazionale dei servizi o di altro dispositivo crittografico, mediante un certificato di autenticazione, secondo la definizione di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82;*

g) *firma digitale: firma elettronica avanzata, basata su un certificato qualificato, rilasciato da un certificatore accreditato, e generata mediante un dispositivo per la creazione di una firma*

sicura, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82;"

semplicità il d.l. 137/2020, non potrebbe derogare ad un pari atto di legge ordinaria.

In quest'ottica, anche le modalità di deposito degli atti stabilite dal procedimento penale devono dirsi derogabili dal legislatore, come del resto occorso con l'art. 24 d.l. 137/2020¹².

Vi sono quindi non una, ma ben due deroghe alla disciplina "ordinaria" del processo penale telematico, ovvero non solo con riguardo al codice dell'amministrazione digitale, ma pure con riguardo alle modalità di deposito generalizzato di tutti gli atti, documenti e istanze diversi da quelli da depositarsi mediante Portale.

Da ultimo, non sembra cogliere nel segno la Suprema Corte ove sembra richiamare la necessità imprescindibile, per poter abilitare l'utilizzo delle PEC, della *repository* dell'atto telematico poiché, come si può riassumere in quest'ultimo paragrafo, pare evidente ora la differenza ontologica sussistente fra ciò che possiamo definire "processo penale telematico,"¹³ attualmente, da un punto di vista tecnico, in stato embrionale in relazione al Portale deposito atti penali, e mero deposito telematico a mezzo PEC di atti procedimenti, fra cui le impugnazioni, già oggetto di una proposta di modifica¹⁴ da parte della c.d. riforma "Bonafede"¹⁵ adottato evidentemente in questa sede in modo immediato e provvisorio al solo fine emergenziale per sopperire solo temporaneamente all'assenza, appunto, di un operativo processo telematico ed ovviare, sempre in via eccezionale, alle implicazioni pratiche dovute agli accessi fisici e agli spostamenti degli avvocati e dei collaboratori, contrarie alle disposizioni in materia di contenimento della pandemia da Covid-19.

, tale aspetto chiaramente non è stato colto dal Supremo Collegio, che , aderendo al risalente orientamento di generale diffidenza all'utilizzo degli

¹² Il legislatore, anche sul punto, pare di una semplicità e chiarezza rara: "per tutti gli atti, documenti, istanze comunque denominati diversi indicati da quelli di cui ai commi 1 e 2...è consentito il deposito con valore legale mediante posta elettronica..."
¹³ F.P. MICOZZI – G.B. GALLUS – G. VACIAGO, *Processo penale telematico*, in G. CASSANO – F. PAPPALARDO (a cura di), *Prontuario del processo telematico*, Milano, 2016, pp. 181 ss.

¹⁴

¹⁵ Sulle proposte di modifica degli artt. 582 e 583 c.p.p. gli autori evidenziano altresì che "Non sfuggirà, del resto, che anche tale intervento avrebbe il pregio di rendere non più sostenibile l'attuale giurisprudenza formalistica della Cassazione, che oggi nega in modo pervicace la possibilità di depositare i gravami a mezzo PEC o tramite raccomandata *online* (cfr. M. Gialuz, J. Della Torre, *Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla Camera: per avere processi rapidi e giusti serve un cambio di passo*, in *Sistema Penale*, fascicolo 4/2020, Milano,, pag. 154.

strumenti tecnologici nel processo penale¹⁶, si è limitato ad escludere la possibilità di ipotizzare, a regime, un deposito generalizzato degli atti mediante PEC¹⁷.

Nulla centra infine, l'assenza di una *repository* ove collocare l'atto spedito a mezzo PEC poiché la stessa è solo uno strumento di trasmissione che al pari, se non con più certezza, di una raccomandata, attesta in sé e per sé l'avvento invio dell'atto dal soggetto titolare della difesa o dell'accusa e non si comprende come possa residuare incertezza di sorta sul punto.

L'invio di una PEC, per giunta ora, alla luce delle specifiche tecniche del DGSIA, contenente un atto sottoscritto digitalmente dal solo titolare del dispositivo di firma (vi è un codice personale incredibile) sarà ben più certo di un invio di una raccomandata cartacea con atto sottoscrivibile, in astratto da chiunque, senza alcuna possibilità di controllo da parte di chi lo riceve.

Si ricorda infatti che la firma digitale dell'atto identifica il sottoscrittore in modo inequivoco e con la massima certezza, ben oltre la mera firma o sigla sull'atto cartaceo. Tale strumento informatico, ampiamente definito dal D.M. 21 febbraio 2011, è addirittura superiore, in termini di affidabilità, della tradizionale firma autografa. Essa è associata, mediante un'apposita procedura informatica, al documento elettronico su cui è inserita, e ciò certifica, mediante chiavi crittografiche leggibili pubblicamente, garantendo l'integrità, autenticità e la riferibilità al solo soggetto firmatario.

Come è noto, il documento informatico sottoscritto attraverso una firma digitale possiede, nell'ordinamento giuridico italiano, già piena efficacia giuridica¹⁸.

¹⁶In relazione alla disamina della proposta di riforma Bonafede si è evidenziato come "Le novità sul punto concernono, da un lato, la proposta di generalizzare l'utilizzo della PEC o di altri (non specificati) strumenti telematici per compiere comunicazioni o notificazioni a persona diversa dall'imputato nei procedimenti penali di ogni ordine e grado (art. 2, comma 1, lett. *f-i*) e, da un altro lato, la possibilità o persino l'obbligo (in casi ancora da individuarsi con un decreto del Ministro della giustizia) di provvedere al deposito di atti e documenti con modalità tecnologiche accelerate (artt. 2, comma 1, lett. *a-e*). È evidente come un'apertura così ampia all'utilizzo dei mezzi informatici sarebbe in grado di determinare davvero una svolta positiva per la giustizia penale italiana; e ciò in quanto l'approvazione di siffatte previsioni permetterebbe di superare il (criticabile) atteggiamento di preponderante chiusura che la Cassazione ha finora tenuto in quest'ambito" (loc. ult. cit., pag. 153).

¹⁷ In realtà, tale regime non solo non è ordinario, ma non è neppure generalizzato poiché, ci si augura, l'implementazione del Portale porterà progressivamente alla scomparsa del deposito a mezzo PEC.

¹⁸ Questo è quanto emerge dal disposto dell'art. 20, comma 1 bis del Codice dell'Amministrazione Digitale (il c.d. C.A.D., D.Lgs. 82/2005, recentemente modificato dal D.Lgs. 217/2017) che stabilisce appunto come "Il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del Codice civile

Pertanto, pare evidente che il legislatore non abbia voluto introdurre, nell'ottica della digitalizzazione della Pubblica Amministrazione, un diverso modello di Processo telematico, difforme alle disposizioni della normativa già sussistente, quanto una mera deroga temporanea e di carattere emergenziale in relazione alla possibilità di mero deposito a mezzo PEC, per giunta con apposizione di firma digitale, quindi garantendo certezza assoluta circa la provenienza dell'atto, presso gli Uffici Giudiziari.

Si consideri come tale ipotesi, prevista dai commi 4 e 5 del d.l. 24/2020 è del tutto alternativa e ontologicamente differente rispetto alla previsione dei commi 1 e 2, che introducono invece, pur allo stato embrionale, un primo inizio di processo penale telematico.

Pure la giurisprudenza in ambito penalistico ha comunque da tempo riconosciuto la validità delle PEC per la notifica di atti giudiziari, tra le parti del procedimento, ben prima della validazione delle specifiche tecniche del DGSIA introdotte ad opera del d.l. 137/2020¹⁹

4. Le modalità alternative e parimenti legalmente riconosciute di deposito telematico degli atti nelle previsioni del d.l. 137/2020.

In realtà, l'intenzione del legislatore e la disciplina da ciò sorta nel disciplinare i depositi telematici, si ritengono evidenti e ci si augura che non potranno essere ulteriormente travisate dalla giurisprudenza.

E' difatti del tutto evidente come, a fianco del regime cartaceo di deposito degli atti, nel procedimento penale viene ora previsto un regime di deposito telematico, obbligatorio solo per quanto deve essere depositato mediante Portale (attualmente solo per gli atti ex art 415-bis, co. 3 c.p.p.).

In tutti gli altri casi, in deroga ad ogni possibile disposizione di pari rango, sia del Codice dell'amministrazione digitale che delle regole del processo

quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata o, comunque, è formato, previa identificazione informatica del suo autore, attraverso un processo avente i requisiti fissati dall'AgID ai sensi dell'articolo 71 con modalità tali da garantire la sicurezza, integrità e immodificabilità del documento e, in maniera manifesta e inequivoca, la sua riconducibilità all'autore. In tutti gli altri casi, l'idoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, in relazione alle caratteristiche di sicurezza, integrità e immodificabilità. La data e l'ora di formazione del documento informatico sono opponibili ai terzi se apposte in conformità alle Linee guida".

¹⁹ Cfr. Cass., Sez. II, 10.02.2017, n. 6320., ha evidenziato la validità dell'utilizzo della posta elettronica certificata, ritenendo che, ai fini della richiesta di sostituzione revoca delle misure cautelari, ex art. 299 c.p.p. sia perfettamente "legittima la notifica, effettuata ai sensi dell'art. 299, comma 4 bis c.p.p., inviata tramite posta elettronica certificata, dal difensore dell'imputato a quello della persona offesa"

penale, è chiaramente consentito (non imposto) alle parti il deposito mediante PEC di ogni tipologia di atti, finanche le impugnazioni, purché siano rispettati i criteri tecnici e gli indirizzi telematici PEC emanati dal DGSIA e pubblicati sul sito del Ministero della Giustizia per il deposito mediante PEC. Tale modalità di deposito, che garantisce addirittura uno standard di molto superiore in relazione alla riconoscibilità ed identificabilità del mittente, in attuazione dell'art. 24, co. 4 d.l. 137/2020, è del resto espressamente prevista allo stato solo fino alla durata dell'emergenza e quindi, deve dirsi per sua natura stessa di carattere temporaneo ed eccezionale e quindi derogatorio al sistema impostato da norme di pari rango.

5. Conclusione. La necessità di rimediare alla pronuncia "miope" della Corte Suprema e la visione asimmetrica degli strumenti telematici nel processo penale. Quali rimedi in sede di conversione?

In estrema conclusione, psi ritiene che la Suprema Corte, sulla scorta della storica diffidenza verso l'utilizzo delle P.E.C. nel processo penale, abbia voluto anticipatamente "forzare la mano" con la sentenza in commento, introducendo una lettura della disciplina introdotta preventiva, ma miope, che tuttavia non coglie né la drammaticità storica del momento emergenziale che la Giustizia sta vivendo tutti i giorni nei corridoi e nelle cancellerie dei Tribunali, né tantomeno la complessiva architettura del processo penale telematico, ben più ampia e complessa del mero richiamo all'art. 4 d.l. 193 2009 e al C.a.d., tentata dai Giudici Supremi.

Difatti, si ritiene che il deposito a mezzo PEC previsto per gli atti del processo penale è comunque mezzo transitorio ed eccezionale che verrà sopperito, quanto prima, o dalla rapida implementazione del Portale e quindi del processo penale telematico, o dalla fine dell'emergenza, come espressamente stabilito del resto nel decreto legge medesimo.

Nel frattempo, si ritiene che la sfiducia del giudice Supremo rispetto all'utilizzo delle PEC sia del tutto infondata poiché, senza ombra di dubbio, non si può non ammettere che tale modalità di deposito sia ben più sicura e indubitabilmente certa rispetto, ad esempio ad un deposito mediante raccomandata, pacificamente ammesso addirittura per le impugnazioni ex art. 583 c.p.p.²⁰, per via della certezza assoluta del mittente e soprattutto dell'autore dell'atto spedito²¹.

²⁰ Del resto, la PEC e la raccomandata sono già legalmente equiparate negli effetti di legge. Ai sensi dell'art. 48, co. 2 del C.A.D., difatti, "la trasmissione del documento informatico per via telematica, effettuata ai sensi del comma 1, equivale, salvo che la legge disponga diversamente, alla notificazione per mezzo della posta."

²¹ Sempre, Cass., sez. II, 10.02.2017, n. 6230, già citata: "...la lettera raccomandata ex art. 152 c.p.p. può essere sostituita dalla comunicazione a mezzo PEC, e tanto vale anche per l'ipotesi di notificazione riservata alla persona offesa ex art. 299 c.p.p."

L'assenza di *repository*, infine, mostra solo l'arretratezza dell'informatizzazione della giustizia penale ma non può svolgere alcun effetto negativo sulla mera possibilità di deposito dell'atto a mezzo P.E.C., in formato digitale e digitalmente sottoscritto.

Difatti, processo penale telematico e depositi a mezzo pec sono due concetti ben diversi che del resto sono stati applicati in maniera differenziata sin da subito, a contrario, nella disciplina delle notifiche, queste si sempre ritenute valide, nei confronti dei avvocati, e non si sono mai posti problemi di assenza di *repository* o di conservazione telematica delle notifiche, da sempre stampate e inserite nei fascicoli di ufficio, o, ancora problemi di provenienza degli atti, del resto nemmeno mai sottoscritti digitalmente dai soggetti pubblici notificanti.

L'asimmetria che dunque si ritiene evidente in tema di utilizzo dei mezzi tecnologici dimostra non solo un'evidente disparità di trattamento delle parti nel processo, ma rimarca, si ritiene, tutti gli evidenti limiti del ragionamento "miope" espresso dalla Suprema Corte.

Ove ritenuto necessario, sicuramente il legislatore in sede di conversione potrà apportare quelle minime specifiche formali che porteranno alla ulteriore certezza di poter confidare, in tempi eccezionali come quelli della pandemia, di un banale strumento telematico per poter depositare, si può scrivere?, anche le impugnazioni via PEC quali strumenti già equiparati dal legislatore, alla raccomandata, pacificamente ammessa addirittura per le impugnazioni, ex art. 583 c.p.p.

Pertanto, al fine di evitare ulteriori fraintendimenti sarebbe sufficiente, sin da ora, prevedere in via di emendamento o la deroga espressa -anche se si ritiene tale specifica pleonastica - alle disposizioni del C.A.D. e dell'art. 4 d.l. 193/2009 o, in aggiunta, l'eliminazione del riferimento dell'art. 24, co. 5, d.l. 137/2020 al fascicolo telematico, pur ritenendo, come già evidenziata, la non rilevanza della questione rispetto alla mera facoltà di deposito degli atti, in via eccezionale, mediante PEC (con sottoscrizione digitale), che già assicurano contro ogni rischio paventato dai supremi giudici circa la provenienza e l'autenticità, degli atti difensivi.

Anche tale punto, come detto, appare ovvio, ma evidentemente, così non è.