

Rivista trimestrale | Aprile/Giugno 2023

### DIREZIONE

Ennio AMODIO - Massimo DONINI - Sergio MOCCIA - Fermin MORALES PRATS - Tullio PADOVANI - Bartolomeo ROMANO - Giorgio SPANGHER - Luigi STORTONI - Eugenio Raul ZAFFARONI

## IN EVIDENZA

### EDITORIALI

Giorgio Spangher - **Pacchetto Nordio: timidi ma significativi segnali di cambio di prospettiva**

### ARTICOLI

Nicola Madia - **Note minime, con andamento rapsodico, sugli aspetti generali delle nuove pene sostitutive**

Filippo Lombardi - **Sostanzialismi intorno all'istituto della querela: la persistenza della parte civile nel caso di mutamento del regime di procedibilità**

### OPINIONI

Leonardo Suraci - **La documentazione degli atti investigativi del difensore dopo la riforma Cartabia**

Guido Colaiacovo - **Il caso Regeni e il processo in assenza: un corto circuito delle garanzie?**

### DALLE CORTI

Leonardo Filippi - **Criptofonini e diritto di difesa**

## **Direzione**

Ennio Amodio - Massimo Donini - Sergio Moccia - Fermin Morales Prats - Tullio Padovani - Bartolomeo Romano - Giorgio Spangher - Luigi Stortoni - Eugenio Raul Zaffaroni

## **Comitato scientifico editoriale**

Enrico Mario Ambrosetti - Giuliano Balbi - Roberto Bartoli - Carlo Bonzano - Stefano Canestrari - Donato Castronuovo - Elena Maria Catalano - Mauro Catenacci - Antonio Cavaliere - Giovanni Cocco - Carlotta Conti - Cristiano Cupelli - Giovannangelo De Francesco - Pierpaolo Dell'Anno - Leonardo Filippi - Giovanni Flora - Gabriele Fornasari - Marco Gambardella - Alberto Gargani - Dario Grosso - Luigi Kalb - Carlo Longobardo - Adelmo Manna - Antonella Marandola - Maria Riccarda Marchetti - Anna Maria Maugeri - Carlo Enrico Paliero - Marco Pelissero - Lucia Risicato - Francesco Schiaffo - Sergio Seminara - Silvia Tordini Cagli - Francesco Vergine - Costantino Visconti

## **Comitato scientifico (revisori)**

Tutti i contributi sono sottoposti in forma anonima a peer review. La peer review, c.d. revisione paritaria, è finalizzata a garantire il livello qualitativo della Rivista.

I contributi pervenuti per la pubblicazione nella Rivista vengono trasmessi, in forma anonima, a un revisore scelto tra i membri del Comitato dei Revisori tenendo conto delle loro competenze specifiche. Il Revisore trasmette alla Direzione Scientifica, nel rispetto dei tempi indicati, una succinta valutazione, adeguatamente motivata, del lavoro indicando la meritevolezza di pubblicazione. Qualora il giudizio sia di meritevolezza della pubblicazione, il Revisore può indicare, in prospettiva migliorativa, ulteriori interventi. Sono oggetto di revisione i contributi destinati alle rubriche, agli approfondimenti, agli articoli e alle note a sentenza, nonché sotto le voci "Commenti" e "Dalle Corti" contenute nella Rivista web, inoltre sono soggetti a revisione tutti i contributi inseriti nella Rivista a stampa.

La documentazione relativa alla procedura di revisione svolta per ciascun contributo è conservata dal coordinamento di redazione.

Il comitato dei revisori della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Ali Abukar Hayo - Giuseppe Amarelli - Alessandro Bondi - Sergio Bonini - Pasquale Bronzo - Mario Caterini - Andrea Chelo - Luigi Cornacchia - Francesca Curi - Agostino De Caro - Giuseppe Della Monica - Giulio De Simone - Alessandro Diddi - Andrea Di Landro - Alberto Di Martino - Paolo Ferrua - Stefano Fiore - Roberto Flor - Luigi Foffani - Rossella Fonti - Francesco Forzati - Emanuela Fronza - Gianluca Gentile - Filippo Giunchedi - Clelia Iasevoli - Luigi Ludovici - Beatrice Magro - Gabriele Marra - Valentina Masarone - Luca Mario Masera - Antonella Massaro - Alessandro Melchionda - Vincenzo Mongillo - Davide Petrini - Gianrico Ranaldi - Ivan Salvadori - Silvio Sau - Nicola Selvaggi - Antonino Sessa - Fabrizio Sracusano - Carlo Sotis - Kolis Summerer - Vico Valentini - Antonio Vallini - Francesco Viganò

## **Comitato di redazione**

Il *comitato editoriale* della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Ersi Bozheku - Guido Colaiacovo - Fabrizio Galluzzo - Luana Granozio - Ottavia Murro - Angelo Zampaglione

Il *comitato di redazione* della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Bruno Andò - Silvia Astarita - Fabio Ballarini - Iacopo Benevieri - Andrea Borgheresi - Gian Marco Caletti - Diamante Ceci - Donatello Cimadomo - Francesco Compagna - Angela Compagnone - Irma Conti - Sylva D'Amato - Francesco Marco De Martino - Laura Dipaola - Nicola Madia - Gaetano Galluccio Mezio - Maria Novella Masullo - Matteo Mattheudakis - Giuseppe Murone - Antonio Nappi - Giuseppe Palmieri - Francesco Porcu - Francesca Rocchi - Mattia Romano - Leonardo Suraci - Francesca Tribisonna

Segreteria di redazione: Gloria Giacomelli

ggiacomelli@pacinieditore.it

Phone +39 050 31 30 243 - Fax +39 050 31 30 300

Amministrazione:

Pacini Editore Srl, via Gherardesca 1, 56121 Pisa

Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300

www.pacinieditore.it • abbonamenti\_giuridica@pacinieditore.it

I contributi pubblicati su questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

In corso di registrazione presso il Tribunale di Pisa

Direttore responsabile: Patrizia Alma Pacini

## Editoriali

GIORGIO SPANGHER, *Pacchetto Nordio: timidi ma significativi segnali di cambio di prospettiva* p. 189

## Articoli

NICOLA MADIA, *Note minime, con andamento rapsodico, sugli aspetti generali delle nuove pene sostitutive* » 193

FILIPPO LOMBARDI, *Sostanzialismi intorno all'istituto della querela: la persistenza della parte civile nel caso di mutamento del regime di procedibilità* » 217

BRUNO ANDÒ, *Nemo tenetur alterum detegere. L'identificazione del beneficiario del comportamento conforme a fattispecie nei delitti contro l'attività giudiziaria a valle delle Sezioni Unite Fialova e degli orientamenti successivi* » 233

BENEDETTO MUSOLINO, *Prospettive per una nuova riforma dell'abuso d'ufficio: è l'abrogazione dell'art. 323 c.p. la soluzione definitiva per superare la "paura della firma"?* » 259

## Opinioni

DANIELE SCARPINO, *Le innovazioni apportate dalla Riforma Cartabia in tema di iscrizione della notitia criminis* » 281

LEONARDO SURACI, *La documentazione degli atti investigativi del difensore dopo la riforma Cartabia* » 305

GUIDO COLAIACOVO, *Il caso Regeni e il processo in assenza: un corto circuito delle garanzie?* » 313

## Dalle corti

LEONARDO FILIPPI, *Criptofonini e diritto di difesa* » 321

GAETANO GALLUCCIO MEZIO, *Un "messaggio in bottiglia" della Corte costituzionale in materia di epiloghi decisori del giudizio di legittimità avverso l'ordinanza di inammissibilità dell'istanza di revisione* » 329

DALILA MARA SCHIRÒ, *Una nuova pronunzia di illegittimità costituzionale dell'art. 69, comma 4, c.p. Note a margine della sentenza n. 141 del 2023* » 343

LUIGI VITIELLO, *La compatibilità della non punibilità per particolare tenuità del fatto con il reato continuato: ragioni e condizioni*

» 349

**Pagine senza tempo**

FRANCESCO COMPAGNA, *L'inganno. Antimafia. Usi e soprusi dei professionisti del bene*

» 359

## Pacchetto Nordio: timidi ma significativi segnali di cambio di prospettiva

Giorgio Spangher

**1.** Negli scorsi giorni il Guardasigilli ha presentato in Consiglio dei ministri, che l'ha condiviso, un disegno di legge intestato "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento giudiziario.

Interpretazione autentica dell'articolo 9 della legge 10 aprile 1951 n. 287" che è ora all'esame del Senato, anche se prima sembrava destinato alla Camera dei deputati.

Il provvedimento consta di 8 articoli.

**2.** In particolare con l'art. 1 viene, da un lato, abrogato l'art. 323 c.p. ove è disciplinato il reato di abuso di ufficio ed è effettuato il relativo coordinamento normativo con gli altri articoli che lo richiamano; dall'altro viene riformulato e coordinato con altre previsioni l'art. 341-*bis* c.p. dove è regolato il traffico di influenze.

In tal modo, il legislatore ritiene che l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio che ha avviato numerose indagini sfociate in archiviazioni ed assoluzioni può essere adeguatamente compensato dal mantenimento della complessiva disciplina esistente in materia di lotta alla corruzione in relazione alla quale anche la riformata disciplina del traffico di influenze, con l'elevazione del minimo della pena unitamente all'arsenale amministrativo, è in grado di far fronte alla emergenza dei fenomeni corruttivi e di deviazione della corretta amministrazione della cosa pubblica.

Giova ricordare il largo consenso che accompagna nei pubblici amministratori questa riforma pur non escludendosi in sede parlamentare di apportare i necessari correttivi anche alla luce delle indicazioni che dovessero pervenire dagli organismi europei e sovranazionali in ossequio agli impegni assunti dall'Italia con la sottoscrizione di alcune convenzioni.

**3.** Con l'art. 2 vengono introdotte alcune significative modifiche al codice di procedura penale.

In primo luogo, sono modificati gli artt. 114 comma 2-*bis*, 116 comma 1, 268 commi 2-*bis* e 6.

Con interventi chirurgici su queste norme si punta ad escludere la diffusione, nelle diverse modalità ivi indicate, del contenuto delle intercettazioni riguardanti i soggetti diversi dalle parti circoscrivendo le stesse a quelle riprodotte dal giudice nella motivazione del provvedimento.

La previsione si ricollega a quanto già previsto dal comma 2 *quater* dell'art. 292 c.p.p. in relazione alla motivazione del provvedimento che applica una misura cautelare ove si fa riferimento ai brani essenziali.

Viene fatta salva l'indispensabilità per la compiuta esposizione degli elementi rilevanti.

La previsione allarga il limite alla diffusione circoscrivendolo alle parti e ai loro difensori.

La formulazione tecnica "parti" oltre ad escludere i soggetti processuali fa naturalmente riferimento anche agli organi di informazione (giornalisti).

Si tratta dell'ennesimo tentativo teso a limitare la diffusione del contenuto delle intercettazioni relativamente ad elementi ritenuti processualmente non rilevanti e che attengono alla sfera privata dei soggetti estranei alle indagini. Ancora una volta tuttavia mancano adeguate sanzioni essendo le attuali del tutto incapaci di indurre al rispetto di quanto si vorrebbe fosse osservato.

Allo stato, quindi, non si interviene sui presupposti e sulle modalità tecniche delle captazioni, rinviate ad un provvedimento successivo, ma solo sulla diffusione delle stesse.

**4.** Un altro profilo oggetto dell'intervento riformatore ha riguardato l'art. 369 c.p.p. con la lett. m), nn. 1 e 2 dell'art. 2 si sono previste delle modifiche all'informazione di garanzia in relazione al suo contenuto, per un verso sgan-ciando l'avviso dal momento (esclusivo) legato al compimento di un atto che richiede la presenza del difensore, per un altro inserendo la necessita di precisare seppur sommariamente il fatto per il quale si procede ribadendo i limiti del contenuto delle intercettazioni, nonché precisando che la notifica-zione sarà effettuata dalla polizia giudiziaria assicurando la riservatezza del destinatario.

**5.** L'aspetto forse più rilevante del ddl è costituito dall'intervento sui profili procedurali della applicazione delle misure cautelari.

Due i capisaldi della novella: la collegialità per l'applicazione della custodia cautelare in carcere (anche in caso di aggravamento della misura nonché in caso di applicazione di una misura di sicurezza detentiva: artt. 313, comma 2, 328 comma 1 *quater*, 299 comma 4 c.p.p.) e la possibilità dell'interrogatorio anticipato (che si svolgerà con le modalità di cui agli artt. 64 e 65 c.p.p.) rispetto all'applicazione della misura.

Il primo profilo, scontando la mancanza di un numero adeguato di giudici poste le situazioni di incompatibilità che inevitabilmente si determinerebbero, ai sensi dell'art. 8, è differito di due anni per consentire il necessario

espletamento del reclutamento straordinario di magistrati (art. 8 in relazione agli artt. 3, 4 e 5).

Resta quindi allo stato da considerare le situazioni che richiedono il contraddittorio anticipato.

Ai sensi di quanto interpolato con il comma 1 *quater* dell'art. 291 c.p.p., dopo aver confermato la previsione dell'interrogatorio anticipato di cui all'art. 289 comma 2 c.p.p. relativamente all'applicazione della misura interdittiva, la riforma esclude l'anticipazione in presenza delle esigenze cautelari di cui alle lett. a) e b) dell'art. 274 c.p.p., nonché a quella di cui alla lett. c) prima parte, della stessa norma, ulteriormente estesa ad altre gravi situazioni delittuose.

Si tratta di situazioni nelle quali le esigenze cautelari sono totalmente o parzialmente presunte.

Restano pertanto suscettibili di interrogatorio anticipato le situazioni di reiterazione di reati della stessa specie con i relativi limiti di pena per la misura applicabile.

Si tratta, a ben vedere, delle ipotesi per le quali si era celebrato il referendum che tuttavia non aveva raggiunto il quorum.

Con le modifiche di cui ai commi 1-*quinquies* ed 1-*octies* vengono regolati i profili procedurali relativi ai tempi ed al contenuto dell'invito a presentarsi anche in relazione al deposito degli atti, nonché delle conseguenze della mancata presentazione.

Con le modifiche introdotte dall'art. 292 c.p.p. è previsto il coordinamento del contenuto dell'ordinanza in relazione all'interrogatorio anticipato e con le modifiche all'art. 294 c.p.p. il coordinamento dell'interrogatorio anticipato con le situazioni nelle quali continua ad essere svolto il contraddittorio posticipato.

Non sono pochi i problemi che questa nuova procedura prospetta.

È evidente che la possibilità di procedere all'interrogatorio anticipato nei limiti indicati non sia possibile in presenza di una delle esigenze di cui alle lett. a) e b) dell'art. 274 c.p.p.

Dovrebbe essere consentito al giudice richiesto della misura del carcere di concedere gli arresti domiciliari e le altre misure.

Sembrerebbe che indagato svolga l'interrogatorio anticipato in stato di libertà.

Non è chiaro se il giudice debba sempre procedere all'interrogatorio ovvero solo nel caso in cui valuti la possibilità della sua applicazione.

*Quid iuris* in caso di richiesta di attenuazione del carcere ovvero di arresti domiciliari disposti invece del carcere?

Il conservato riesame pone problemi in caso di doppia conforme in quanto disposta collegialmente, nonché quelli relativi al rischio di confessioni e di collaborazioni effettuate per evitare la misura cautelare inframuraria.

**6.** Un punto altamente qualificante della riforma è costituito dalla modifica dell'art. 593, comma 2 c.p.p. ove si prevede che il pubblico ministero non

possa appellare le sentenze di proscioglimento per i reati di cui all'art. 550, nn. 1 e 2, c.p.p.

Si tratta di una disposizione che seppur limitata ai reati di competenza del giudice monocratico, ancorché ampliata dalla riforma Cartabia, completa la già prevista esclusione della legittimazione ad appellare del pubblico ministero le sentenze del giudice di pace (previsione ritenuta legittima dalla Corte costituzionale: Corte cost. 42/2009).

Si è invero da subito prospettata l'ipotesi della declaratoria di incostituzionalità richiamando il precedente della legge Pecorella e della sentenza n. 27 del 2007.

Va però detto che proprio nella motivazione di quella decisione nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 593 c.p.p., da un lato si evidenziava come l'esclusione fosse operante globalmente relativamente alle sentenze di proscioglimento e dall'altro non poteva escludersi una diversa valutazione nel caso in cui l'esclusione fosse circoscritta a situazioni di minor allarme sociale.

E deve essere comunque sottolineato che si tratta di una novità significativa considerate le possibili decisioni (tra le quali la particolare tenuità del fatto) che vengono sottratte all'appello del pubblico ministero.

La riforma non tocca la disciplina del rito abbreviato e le decisioni di non doversi procedere emesse nell'udienza preliminare e nell'udienza predibattimentale.

Si ricorderà che la commissione Lattanzi aveva già escluso in senso ampio la legittimazione del p.m. ad appellare le sentenze di proscioglimento, seppur raccordandola alla tassatività dei motivi di appello dell'imputato (già previsti come specifici).

Deve comunque ritenersi che il percorso che porta alla generale inappellabilità da parte del p.m. delle sentenze di proscioglimento sia tracciata.

La Cartabia peraltro ridimensiona la rinnovazione probatoria nell'appello del p.m. (ove attivabile).

**8.** Pur nella frammentarietà dell'intervento riformatore è possibile trarre qualche riflessione, se non proprio di sistema, certamente di indicazione della finalità perseguita dal legislatore.

L'ambito dell'intervento, prevalentemente incentrato nella fase delle indagini preliminari (esclusa cioè la questione della legittimazione del pubblico ministero) si incentra sul rafforzamento del ruolo del giudice cercando di evitare le situazioni patologiche più evidenti di lesione dei diritti personali in relazione a situazioni non necessitate dalle attività di accertamento sia dei soggetti sottoposti a procedimento penale sia di soggetti del tutto estranei.

Il profilo significativo della riforma è legato, come detto, alla fascia medio bassa della criminalità e in questo contesto ad alcune posizioni soggettive (colletti bianchi e persone omologabili).

Il segnale politico è quello di una visione, seppur timida, di recupero delle tutele individuali, senza pregiudicare l'accertamento dei reati ma marcando comunque una inversione di tendenza.



# Note minime, con andamento rapsodico, sugli aspetti generali delle *nuove pene sostitutive*

Nicola Madia\*

**Sommario:** **1.** Scopi del disegno riformatore. – **2.** *Favor substitutionis*. – **3.** Caratteri comuni alle *nuove pene sostitutive*. – **4.** *Pene sostituibili* e tecniche di conversione della pena pecuniaria. – **5.** I soggetti *tendenzialmente* esclusi dal beneficio. – **6.** Disciplina delle prescrizioni. – **7.** Conseguenze in caso d'inosservanze e inadempimenti. – **8.** Concorso di pene sostitutive. – **9.** Pene sostitutive e misure alternative alla detenzione. – **10.** Le modifiche (più significative) al codice di rito. – **11.** Rilievi critici conclusivi in ordine sparso.

## ABSTRACT

L'Autore esamina gli aspetti fondamentali della disciplina introdotta dalla c.d. riforma Cartabia in materia di nuove pene sostitutive, evidenziando alcuni profili problematici che ne potrebbero mettere a rischio l'efficacia e la coerenza interna.

*The author examines the fundamental aspects of the discipline introduced by the so-called Cartabia reform on new substitution penalties, highlighting some problematic profiles that could jeopardise its effectiveness and internal consistency.*

## 1. Scopi del disegno di riforma.

Il d.lgs. n. 150/ 2022, dove si trova enucleata la c.d. riforma Cartabia, ambisce a mitigare i nefasti effetti congeniti alle strutturali inefficienze del nostro apparato giudiziario, puntando sull'introduzione di meccanismi volti, perlomeno nelle intenzioni, alla significativa riduzione delle tempistiche dei procedimenti penali.

L'efficientamento del sistema si propone, da un lato, la piena attuazione dei principi costituzionali, convenzionali e unionali su cui si erge la materia; dall'altro, ambisce a centrare l'obiettivo, fissato nel c.d. PNRR, di contenere del 25% la durata media dei processi nei tre gradi di giudizio<sup>1</sup>.

---

\* Abilitato alle funzioni di Professore associato di Diritto penale. Ricercatore in Diritto penale – Università di Roma Tor Vergata.

<sup>1</sup> Che siano questi gli scopi fondativi dell'intervento riformativo lo si desume dalla *Relazione*

Si è pertanto proceduto alla previsione di svariati incentivi onde evitare l'esperimento della totalità dei gradi di giudizio, con l'intento di decongestionare in modo particolare le Corti d'appello dove, in alcuni distretti soprattutto, i fascicoli restano incagliati per anni se non all'infinito.

In simile ottica, il rinnovato micro sistema delle pene sostitutive è stato pensato e calibrato in guisa da spingere la concessione del beneficio sin dal primo grado di giudizio onde distogliere l'imputato, ormai soddisfatto del risultato raggiunto, dal sostenere i costi economici ed umani di un giudizio di secondo grado<sup>2</sup>.

Per questo, da un lato, è stato allargato il perimetro operativo dei lavori di pubblica utilità; dall'altro, si sono rese inappellabili le sentenze che li concedono, con l'ulteriore auspicio che il condannato defletta anche dal ricorso per cassazione, preferendo iniziare quanto prima l'esecuzione di tale tipologia di pena<sup>3</sup>.

Anche l'incremento del limite di pena inflitta entro il quale si può adesso venire ammessi alla sostituzione, dovrebbe rendere più appetibili i riti alternativi e la connessa "scontistica" sanzionatoria<sup>4</sup>.

Altra linea direttrice che ha guidato i compilatori è stata quella di alleggerire i ruoli della magistratura di sorveglianza, liberandola da molte incombenze mediante il crescente ricorso alle nuove pene sostitutive irrogate dal giudice della cognizione e ponendola così nelle condizioni – è l'auspicio – di lavorare in tempi più ragionevoli le pratiche relative alle misure alternative.

Il tutto con l'obiettivo di estirpare dal sistema, o, perlomeno, depotenziare, il germe patogeno dei cc.dd. liberi sospesi *sine die*<sup>5</sup>.

Colla riforma si spera, altresì, di attenuare il sovraffollamento carcerario, evitando l'ingresso nel circuito detentivo di una vasta platea di condannati<sup>6</sup>.

Lungo una linea direttrice omogenea si è inteso configurare la sanzione intra-muraria davvero come un'*extrema ratio*.

Ci si è infatti convinti che una detenzione di breve durata sia foriera di effetti desocializzanti che, in quanto tali, spingono alla recidiva<sup>7</sup>, contrariamen-

---

*illustrativa dello schema del decreto legislativo n. 150 del 2022, recante attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134 recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari, in G.U., Serie gen. n. 245, 19 ottobre 2022, Suppl. straord. n. 5, 7.*

<sup>2</sup> In senso analogo GUIDI, *La riforma delle "pene" sostitutive*, in *Legisl pen.*, 25 febbraio 2023, 12.

<sup>3</sup> Quest'auspicio si trova formulato nella *Relazione illustrativa*, cit., 224.

<sup>4</sup> In questi termini, GUIDI, *La riforma*, cit., 12.

<sup>5</sup> È esattamente questo l'auspicio contenuto nella *Relazione illustrativa*, cit., 185.

<sup>6</sup> Sul punto, PADOVANI, *Riforma Cartabia, intervento sulle pene destinato a ottenere risultati modesti*, in *Guida dir.*, 41, 2022, 10, ha manifestato più di una perplessità, poiché la sostituzione delle pene detentive con quelle di nuovo conio presupporrebbero una qualche forma di radicamento sociale (un'abitazione, un contesto familiare, un lavoro ecc.), non così diffusa in certi contesti, e, inoltre, la pena pecuniaria non può essere considerata un autentico "castigo" per chi versi in condizioni d'indigenza.

<sup>7</sup> Tale *ratio* ispiratrice del disegno riformatore è stata messa in evidenza dalla *Relazione dell'Uf-*

te all'intrapresa di percorsi di reinserimento esterno, capaci di evitare quello stato d'esclusione sociale generato dalla reclusione<sup>8</sup>.

## 2. Favor substitutionis.

I suddetti scopi sono stati perseguiti dal legislatore delegato (in esecuzione dell'art. 1, comma 17, legge-delega n. 134/ 2021), riformando *funditus* il Capo III della legge n. 689/1981, dedicato alle «sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi», nel senso del *favor substitutionis*.

Si è quindi proceduto, da un lato, a mutare la tipologia delle sanzioni sostitutive, espandendone lo spettro operativo; dall'altro, in ossequio all'adagio:

*ficio del Massimario della Suprema Corte di cassazione su "La riforma Cartabia" del 5 gennaio 2023, 197. In argomento, GUIDI, La riforma, cit., 6 ss. ha osservato come l'esecuzione in carcere di pene detentive brevi possa sviluppare un effetto contrario alla finalità rieducativa, comportando la desocializzazione del reo, nonché, soprattutto per i delinquenti primari, un pernicioso e criminogeno contatto con altri detenuti. Anche la Consulta si è pronunciata sul punto, nel contesto della sentenza che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 53, secondo comma, legge n. 689/ 1981, nella parte in cui prevedeva che, in caso di conversione di una pena detentiva in pecuniaria, il valore giornaliero non potesse essere inferiore alla somma indicata dall'art. 135 c.p. e non potesse superare di dieci volte tale ammontare, anziché prevedere che il valore giornaliero non potesse essere inferiore ad € 75 e non potesse superare di dieci volte la somma indicata dall'art. 135 c.p. Il riferimento è a Corte cost., 12 gennaio 2022, n. 28, in Giur. pen., 01 febbraio 2022. Nel § 5.1. del Considerato in diritto si è testualmente osservato: «Come è noto, l'istituto della sostituzione della pena detentiva fu introdotto nel nostro ordinamento nel 1981 con l'obiettivo fondamentale di evitare, per quanto possibile, gli effetti negativi determinati dall'esecuzione delle pene detentive di breve durata (peraltro contenute, nella versione originaria della legge, entro il limite massimo di sei mesi): pene troppo brevi, appunto, perché potesse essere impostato e attuato un programma rieducativo realmente efficace in favore del condannato; ma abbastanza lunghe per determinare gravi conseguenze a suo carico, per reati di bassa gravità, dal momento che l'ingresso in carcere provoca non soltanto una brusca lacerazione dei rapporti familiari, sociali e lavorativi sino a quel momento intrattenuti (con conseguente difficoltà di un loro ripristino una volta terminata l'esecuzione della pena), ma anche il contatto con persone condannate per reati assai più gravi e, in generale, con subculture criminali che possono condurlo a maturare scelte di vita stabilmente orientate verso la commissione di nuovi reati». La riforma in questione risulta talmente proiettata verso i bisogni del reo da avere indotto alcuni a sostenere che, perlomeno in taluni punti, il disegno Cartabia sarebbe troppo sbilanciato in favore dei diritti del condannato e meno in direzione delle esigenze della vittima. In questo senso, in particolare, BERNARDI, Note sparse sulla disciplina della pena pecuniaria e delle altre sanzioni sostitutive nella riforma Cartabia, in Sist. pen., 18 marzo 2023, 13 ss. e, più nello specifico, le opinioni citate alla nota n. 49.*

<sup>8</sup> In proposito nella *Relazione illustrativa, cit.*, 183, si legge: «Quando la pena detentiva ha una breve durata, rieducare e risocializzare il condannato - come impone l'articolo 27 della Costituzione - è obiettivo che può raggiungersi con maggiori probabilità attraverso pene diverse da quella 185 carceraria, che eseguendosi nella comunità delle persone libere escludono o riducono l'effetto desocializzante della detenzione negli istituti di pena, relegando questa al ruolo di extrema ratio. La Costituzione, nel citato articolo 27, parla al terzo comma, al plurale, di "pene" che devono tendere alla rieducazione del condannato. Non menziona il carcere e, comunque, non introduce alcuna equazione tra pena e carcere. La pluralità delle pene, pertanto, è costituzionalmente imposta perché funzionale, oltre che ad altri principi (es., quello di proporzione), al finalismo rieducativo della pena».

«(...) *castigo breve ma certo* (Beccaria docet)»<sup>9</sup>, si è esclusa l'operatività della sospensione condizionale della pena da quest'ambito; istituto che, nel corso del tempo, aveva disincentivato il ricorso a tali misure<sup>10</sup>; per di più, sono state affidate al giudice del dibattimento le valutazioni sulla concessione di simili benefici; infine, l'istituto è stato "riprogrammato" in modo d'accentuarne le inclinazioni rieducative e di risocializzazione<sup>11</sup>.

Secondo queste prospettive operative, è stata in primo luogo mantenuta la pena pecuniaria, ancorché rivista e modificata, e sono state eliminate le sanzioni della semidetenzione e della libertà controllata, rimpiazzate dalla semilibertà sostitutiva, dalla detenzione domiciliare sostitutiva e dai lavori di pubblica utilità sostitutivi, già conosciuti nel contesto dei reati di competenza del giudice di pace, in materia di reati di guida in stato d'ebbrezza previsti nel codice della strada e per condotte afferenti la circolazione degli sostanze stupefacenti considerate di lieve entità, nelle ipotesi di cui all'art. 73, comma 5-*bis*, d.P.R. n. 309 del 1990.

Inoltre, come accennato, si è ritenuto di concentrare nella fase di cognizione la decisione su queste misure, alleggerendo così il carico della magistratura di sorveglianza.

La tendenza a concentrare nella fase di cognizione tutte le decisioni afferenti alle pene sostitutive si desume anche dal tenore del nuovo art. 58 legge n. 689/1981, per il cui tramite si sottraggono al magistrato di sorveglianza, per trasferirle in capo al giudice del processo, financo le valutazioni sul se e quali prescrizioni imporre al condannato destinatario di una pena sostitutiva.

---

<sup>9</sup> Il celebre adagio è stato ripreso in sede di commento della legge-delega da GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della "legge Cartabia"*, in *Sist. pen.*, 15 ottobre 2021, 18.

<sup>10</sup> Al riguardo, GUIDI, *La riforma*, cit., 7 ss. ha segnalato i dati impietosi forniti dal Ministero della Giustizia e quanto riferito nella *Relazione finale della Commissione Lattanzi* (istituita con decreto della Ministra Cartabia del 24 marzo 2021), secondo cui, al 15 aprile 2021, i soggetti affidati all'UEPE per la semidetenzione erano appena 2 e per la libertà controllata 104, a fronte di un totale di 64.000 soggetti condannati a scontare la pena all'esterno del perimetro carcerario. Si è aggiunto come al 15 dicembre 2022 i soggetti in semidetenzione fossero 2 e quelli in regime di libertà controllata 100, a fronte di 74.558 affidati all'UEPE. Con riguardo alle pene pecuniarie, i nuovi criteri di ragguglio enucleati nell'art. 135 c.p., a seguito della riforma dettata dalla legge n. 94/2009, nella misura in cui hanno incrementato il minimo giornaliero da € 38 ad € 250, hanno fortemente disincentivato il ricorso a tale misura, divenuta appannaggio dei più ricchi, come segnalato anche da Corte cost., 11 febbraio 2020, n. 15, in *Sist. pen.*, 12 febbraio 2020, con nota di LAZZERI, *Un nuovo monito della Corte costituzionale al legislatore per la riforma della disciplina in materia di pena pecuniaria*. Ancora con specifico riguardo ai rapporti tra pene sostitutive e sospensione condizionale della pena, le statistiche del Ministero della Giustizia dimostrano che il successo applicativo della seconda ha disincentivato il ricorso alle prime, se è vero come è vero che il 50% delle condanne a pena detentiva di qualsiasi ammontare, nel decennio 2011-2021, è costituito da pene sospese. E questo, a fronte del fatto che, nel 2021, solo 11 persone hanno optato per la semidetenzione e soltanto 540 per la libertà controllata. Questi dati, da cui la conseguente scelta legislativa di riformare *ex novo* l'istituto, li abbiamo ricavati dalla *Relazione illustrativa*, cit., p. 183.

<sup>11</sup> Le direttrici dell'azione legislativa sono illustrate nella *Relazione dell'Ufficio*, cit., 197.

Il magistrato di sorveglianza non viene comunque spogliato di qualsiasi competenza. Invero, ai sensi del rinnovato art. 62 legge n. 689/1981, egli, in fase esecutiva, deve vigilare sulle modalità di espiazione della sanzione e sul rispetto delle prescrizioni, potendo anche modificarne il contenuto se ritenuto non può attuale.

In relazione ai rapporti tra pene sostitutive e sospensione condizionale, poi, il nuovo art. 61-*bis* legge n. 689/1981 esclude l'applicabilità del beneficio a tali sanzioni.

Come detto, è stato altresì aumentato il limite edittale entro il quale è consentita la sostituzione della pena detentiva a quattro anni di reclusione così introducendo un altro ostacolo all'operatività della sospensione condizionale che, nella sua forma ordinaria, non può essere accordata per condanne superiori ai due anni di reclusione.

Dal novellato art. 58, comma 1, l. n. 689/1981 si ricavano le precipue finalità risocializzanti sottese all'istituto.

Questa disposizione condiziona il beneficio alla concreta prospettiva, anche tramite opportune prescrizioni comportamentali, che si possa prevenire il pericolo di ricaduta nel reato<sup>12</sup>.

Il *favor* del legislatore della riforma verso questa modalità "alternativa" di espiazione della pena si evince anche dal fatto che l'art. 1, comma 1, lett. n), d.lgs. n. 150/ 2022 ha interpolato l'art. 175 c.p., rubricato «*Non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale*», immettendovi un terzo comma che ammette l'applicazione del beneficio anche in caso di condanna a pena sostitutiva di una pena detentiva quantificata entro i limiti di cui ai primi due commi (2 anni e 2 anni e sei mesi).

Il quarto comma dell'art. 56 l. n. 689/1981, sempre nell'intento di eliminare qualsiasi ostacolo all'operatività di queste misure, prevede che, qualora il giudice ritenga di prescrivere l'uso del braccialetto elettronico al condannato alla detenzione domiciliare a rischio recidiva, l'indisponibilità di tali dispositivi non può ritardare l'inizio dell'esecuzione di questa modalità d'espiazione della pena<sup>13</sup>.

Ancora, l'art. 69 legge n. 689/1981, nell'enucleare una serie di cause che consentono al condannato alla semidetenzione e alla detenzione domiciliare di fruire di *licenze*, oppure della sospensione o del rinvio dell'esecuzione delle pene sostitutive, concorre anch'esso a delineare la funzione spiccatamente rieducative e risocializzante connessa a siffatte pene.

Infatti, questa disposizione subordina tali permessi alla ricorrenza di giustificati motivi, attinenti alla salute, al lavoro, allo studio, alla formazione, alla famiglia o alle relazioni affettive.

<sup>12</sup> Si sottolinea l'importanza di tale valutazione assegnata al giudice ancora nella *Relazione dell'Ufficio*, cit., 198.

<sup>13</sup> Si tratta di previsione fortemente criticata da chi ha intravisto in questa riforma un'eccessiva indulgenza verso il reo a detrimento dei diritti della vittima e della stessa "difesa sociale". Così, in particolare, BERNARDI, *Note sparse*, cit., 13 ss.

Insomma, il disegno riformatore è espressivo della tendenza politico-criminale a puntare sul recupero del condannato e sul rispetto della sua sfera morale e psico-fisica anche e soprattutto in fase di espiazione della pena, relegando la pena carceraria ai margini e riservandola a gravissimi reati.

Per tale via, si ripositiona al centro del villaggio il valore primario della libertà personale, emancipando le sanzioni para-detentive da un ruolo ancillare nell'ordinamento e modulandole secondo caratteristiche volte ad esaltarne la proiezione risocializzante, rieducativa e, in generale, "umanizzante".

L'integrale mutamento di strategia del legislatore nel comparto delle pene sostitutive, a prescindere dai risultati pratici che si produrranno nella prassi, segna comunque l'avvio di un percorso "ideologico" virtuoso in cui: «*Non sono dunque le pene paradetentive a dovere mendicare una particolare legittimazione [essendo piuttosto] la pena carceraria che deve sottoporsi a un rigoroso esame volto a verificare quali elementi di ragionevolezza ne possano spiegare l'impiego a fronte dei crimini incidenti sui beni giuridici di maggiore pregio*»<sup>14</sup>.

### 3. Caratteristiche comuni alle nuove pene sostitutive.

L'art. 1, comma 1, lett. a), d. lgs. n. 150/2022, ha introdotto, nel Libro I, Capo I del codice penale, dedicato all'individuazione della specie della pena, l'art. 20-*bis*, deputato ad enucleare la tipologia e il contenuto delle nuove pene sostitutive.

Questa collocazione, in uno con la definizione di "pene" sostitutive - anziché, come nel passato, di "sanzioni" sostitutive<sup>15</sup> -, mette in luce il rinnovato corredo generico di queste misure, ormai assimilabili ad autentiche risposte penali, intrise di un'eliminabile componente afflittiva<sup>16</sup>.

Le differenze rispetto alle pene "classiche" sono simboleggiate dall'impiego dell'aggettivo qualificativo "sostitutive".

---

<sup>14</sup> È il pensiero di DE VERO, *Riforma del sistema sanzionatorio: uno sguardo d'insieme*, in *Legisl. pen.*, 20 febbraio 2023, 11.

<sup>15</sup> Ha sottolineato il valore simbolico di questo cambio di rotta definitoria, PADOVANI, *Riforma Cartabia*, cit., 9.

<sup>16</sup> Ha posto in evidenza quest'aspetto, DE VERO, *Riforma*, cit., 3. Come ha giustamente notato MENTASTI, *Prime Applicazioni del lavoro di pubblica utilità sostitutivo: un'interessante sentenza del tribunale di Pavia*, 4 ss., nel commentare una sentenza di merito che aveva condannato l'imputato a due anni e due mesi di reclusione, convertiti in 790 giorni di lavori di pubblica utilità, corrispondenti a 1580 ore di servizio (l'art. 57 stabilisce che un giorno di pena detentiva equivalga ad un giorno di lavori di pubblica utilità; l'art. 56-*bis*, comma 2, prevede un limite massimo giornaliero di prestazioni lavorative di 8 ore e di 15 ore settimanali; il comma 2 della medesima disposizione prevede che un giorno di lavori di pubblica utilità corrisponda a 2 ore di servizio). Se la pena venisse espiata, operando il numero massimo di ore consentito ogni settimana sarebbe scontata in poco più di due anni, se, invece, si optasse per il minimo, l'esecuzione della pena occuperebbe oltre 5 anni di vita. Ecco, dunque, emergere la concreta componente afflittiva di questa misura che, come annota ancora opportunamente l'Autrice, potrebbe complicare il reperimento di un ente disposto ad accogliere per periodi di tempo così lunghi il condannato.

Infatti, le pene sostitutive svolgono comunque un ruolo accessorio alla sanzione sostituita, come dimostra la loro convertibilità in caso di mancata esecuzione della misura surrogatoria, ovvero in caso d'inosservanza delle prescrizioni che l'accompagnano.

Tali fattispecie comportano, in ultima istanza, la riemersione della pena detentiva originaria, come dispone il novellato art. 66 legge n. 689/1981<sup>17</sup>.

Le irriducibili distanze rispetto alle pene tradizionali tradisce l'auspicio di nuove e autonome pene di natura *extra-* carceraria, suscettibili di brillare di luce propria<sup>18</sup>.

L'aggettivo "sostitutive" è anche strumentale a lasciare emergere le divergenze rispetto alle omologhe misure alternative alla detenzione della semilibertà e della detenzione domiciliare, nonché del lavoro di pubblica utilità previsto per i reati di competenza del giudice di pace<sup>19</sup>, ovvero come prescrizione aggiuntiva in caso di sospensione condizionale della pena e di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato<sup>20</sup>.

Lo stesso art. 20-*bis* c.p. rinvia alla disciplina contenuta nel Capo III della legge n. 689/1981, facendo tuttavia salva la regolamentazione stabilita in particolari previsioni di legge, così conservando spazio operativo per quelle speciali forme di sostituzione della pena detentiva enucleate, ad esempio, nell'art. 16 T.U. sull'immigrazione e nell'art. 186, comma 9-*bis*, c.d.s.

Adesso, secondo le indicazioni ricavabili dal rinnovato art. 53 legge n. 698/1981, la tipologia delle pene sostitutive è mutata: accanto alla pena pecuniaria, si hanno la semilibertà, la detenzione domiciliare e il lavoro di pubblica utilità.

Si sono eliminate da questo novero la semidetenzione e la libertà controllata, condannate, peraltro, ad una sostanziale inoperatività<sup>21</sup>.

La riscrittura dell'art. 76 l. n. 689/1981, rimandando alla disciplina contenuta nel comma 12-*bis* dell'art. 47 legge n. 354/1975, ha determinato l'estensione della liberazione anticipata alla nuova tipologia di sanzioni.

L'art. 57 legge n. 689/1981 detta i criteri generali per determinare la durata delle pene sostitutive, aggiungendo, nella seconda parte del primo comma, che, per ogni effetto giuridico, la semilibertà sostitutiva, la detenzione domi-

<sup>17</sup> *Relazione dell'Ufficio*, cit., 199.

<sup>18</sup> In questi termini, GARGANI, *Le "nuove" pene sostitutive*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 21. Nel commentare il contenuto della legge-delega, aveva osservato come sarebbe stato auspicabile l'inserimento tra le pene principali di sanzioni strutturate in modo completamente nuovo e con caratteri meno afflittivi, in un'ottica di progressiva abolizione ovvero marginalizzazione delle risposte maggiormente repressive, AMARELLI, *L'ampliamento delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi: luci e ombre*, in *Proc. pen. giust.*, 1, 2022, 236.

<sup>19</sup> Sempre in argomento, PADOVANI, *Riforma Cartabia*, cit., 9. Inoltre, GUIDI, *La riforma*, cit., 14.

<sup>20</sup> Così, *Relazione dell'Ufficio*, cit., 199, che ha riproposto quanto già sottolineato nella *Relazione illustrativa*, cit., 187.

<sup>21</sup> Analoga osservazione l'ha formulata, DOLCINI, *Dalla riforma Cartabia nuova linfa per le pene sostitutive. Note a margine dello schema di d.lgs. approvato dal Consiglio dei Ministri il 4 agosto 2022*, in *Sist. pen.*, 30 agosto 2022, 23.



ciliare sostitutiva e il lavoro di pubblica utilità sostitutivo si considerano come pena detentiva della specie corrispondente.

Dunque, qualsiasi riferimento alla reclusione o all'arresto, ovunque contenuto, si estende alle suddette pene sostitutive.

Si legge sempre all'interno della medesima disposizione come un giorno di pena detentiva equivalga ad un giorno di ciascuna delle pene sostitutive sopra indicate.

L'art. 57, comma 2, legge n. 689/1981 prevede, invece, che la pena pecuniaria si considera sempre come tale, anche se sostitutiva della pena detentiva.

L'art. 58, nell'attribuire ampio potere discrezionale al giudice in questa materia, individua i criteri ai quali adeguare le valutazioni in sede d'applicazione e di scelta della pena sostitutiva, nonché nell'eventuale previsione di prescrizioni aggiuntive rispetto a quelle obbligatorie.

In particolare, l'art. 58, comma 1, legge 689/1981 affida adesso al giudice una duplice valutazione.

Da un lato, egli deve decidere se applicare la sospensione condizionale della pena, poiché, come detto, le *nuove pene sostitutive* non sono suscettibili di usufruire di questa misura, ai sensi dell'art. 61-*bis* legge n. 689/1981.

Nel caso in cui la pena sia sospendibile, il giudice dovrà dunque decidere se sostituirla o sospenderla.

In ossequio ad una delle *rationes* istitutive della riforma, il secondo comma dell'art. 58 ingiunge di prescegliere la pena sostitutiva maggiormente adeguata agli obiettivi di reinserimento sociale (da perseguire in primo luogo mediante la neutralizzazione degli effetti desocializzante congeniti alla carcerazione) e di rieducazione del reo (intesa come recupero del senso delle regole della società in cui si vive)<sup>22</sup>, nonché alle esigenze special-preventive connesse ai rischi di recidiva durante l'esecuzione della pena.

Il tutto, tramite la predisposizione da parte del giudice di una sorta di programma di esecuzione della pena calibrato sulle specifiche caratteristiche del reo e volto proprio a rendere proficua, sul piano risocializzante e rieducativo, questa modalità *alternativa* di sottoposizione alla sanzione<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> DOLCINI, *Dalla riforma*, cit., 17, ha osservato come l'impiego dei due termini "rieducazione" e "reinserimento" si risolve in un'endiadi non necessaria, ancorché utile a sottolineare come finalità di prevenzione speciale debbano costantemente ispirare la discrezionalità giudiziaria.

<sup>23</sup> Sul punto, è interessante una recente pronuncia del Tribunale di Pavia, Ud. Prel., 23 maggio 2023 (dep. 6 giugno 2023), Giud. V. Giordano, in *Sist. pen.*, 29 giugno 2023, con nota di MENTASTI, *Prime applicazioni*, cit. Qui, il Giudice ha coinvolto l'UEPE nella fase di elaborazione delle modalità di svolgimento della pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, investendolo del compito di raccogliere informazioni sul reo, di predisporre il programma trattamentale e di vigilare sulla sua regolare esecuzione. Come osservato in sede di commento, l'intervento dell'UEPE è obbligatorio in caso di semilibertà sostitutiva (art. 55), mentre sembra meramente facoltativo e, comunque, non vincolante nelle sue indicazioni per il giudice in caso di detenzione domiciliare (secondo l'art. 56, il giudice può disporre questa misura: «*tenendo conto anche del programma di trattamento elaborato dall'UEPE*»). In effetti, ha notato l'Autrice della nota, già in alcune sentenze, oltre che nelle linee guida degli uffici giudiziari di Milano, Napoli Nord e Torino, si è sottolineato come il



Nella medesima ottica, il giudice deve optare per la pena sostitutiva che comporti il minore sacrificio possibile per la libertà personale<sup>24</sup>. Il terzo comma del rinnovato art. 58 dispone, infatti, che, ove si possa applicare il lavoro di pubblica utilità o la pena pecuniaria, occorre fornire giustificazioni valide onde affermare la maggiore rispondenza ad esigenze rieducative e di reinserimento sociale della semilibertà e della detenzione domiciliare.

#### 4. Pene sostituibili e tecniche di conversione della pena pecuniaria.

Secondo il rinnovato art. 53 legge n. 698/1981, una pena entro i quattro anni, può essere sostituita colla semilibertà o colla detenzione domiciliare; una pena di tre anni, può essere sostituita col lavoro di pubblica utilità; una pena di un anno, può essere sostituita colla pena pecuniaria della specie corrispondente, determinata ai sensi dell'art. 56-*quater* legge n. 689/1981.

Tale articolo dispone che il giudice determina il valore giornaliero al quale può essere assoggettato il condannato e lo moltiplica per i giorni di pena detentiva convertita.

Il sistema delle quote giornaliere comporta l'abbandono del metodo di determinazione della pena pecuniaria per somme complessive che permane soltanto per quanto riguarda la quantificazione di tale tipologia di sanzione non derivante da sostituzione di quella detentiva<sup>25</sup>.

Il valore giornaliero non può essere inferiore ad € 5 e non può oltrepassare € 2.500 e la sua quantificazione deve tenere conto delle complessive condizioni economiche, patrimoniali e di vita del condannato e del suo nucleo familiare.

Si tratta di una tecnica di definizione del minimo giornaliero, scollegata dal criterio di ragguaglio previsto nell'art. 135 c.p. (fermo ad € 250 per un

giudice possa ammettere il condannato alla detenzione domiciliare senza l'intervento dell'UEPE. Addirittura, aggiunge MENTASTI, ai sensi dell'art. 56-*ter* l'UEPE non viene chiamato a svolgere alcuna funzione, né obbligatoria né facoltativa, in caso di lavori di pubblica utilità, tanto che le linee guida di Milano lo esclude espressamente, e quelle di Napoli nord e Torino lo prevedono solo in casi di particolare complessità. In distonia con tale approccio, il Tribunale di Pavia ha invece coinvolto l'UEPE al fine di acquisire maggiori informazioni sul reo e predisporre un trattamento quanto più individualizzato possibile. Così, dopo la lettura del *primo* dispositivo, il giudice ha dato all'imputato gli avvisi contemplati nel nuovo art. 545-*bis*, comma 1, c.p.p. (su cui *infra* § 10) e costui ha avanzato istanza di accesso ai lavori di pubblica utilità. Il giudice, sentiti PM e parte civile, ha sospeso il processo, incaricando l'UEPE di predisporre un programma trattamentale, individuando l'Ente dove svolgere il servizio. Alla successiva udienza, acquisita la relazione dell'UEPE, il giudice ha dato lettura del dispositivo integrato, sostituendo la pena comminata coi lavori di pubblica utilità. L'Autrice del commenta osserva non a torto come, per il futuro, si confidi in un coinvolgimento "moderato" dell'UEPE, quando ciò sia davvero necessario, al fine di evitare un aggravio di lavori per uffici costantemente sottodimensionato e poveri di risorse.

<sup>24</sup> GUIDI, *op. cit.*, 6.

<sup>25</sup> Sul punto, DE VITO, *Fuori dal cercare? La "riforma Cartabia", le sanzioni sostitutive e il ripensamento del sistema sanzionatorio*, in *Quest. giust.*, 4, 2021, 32.

giorno di pena detentiva), che consente, proprio in quanto basata su una forbice decisamente larga, di adattare la pena pecuniaria alle condizioni economiche del reo, allargando la platea di coloro che possono “permettersi” l’accesso al beneficio<sup>26</sup>.

Per tale via, si è scongiurato il pericolo che tale beneficio si convertisse in un privilegio per abbienti, in ossequio al monito formulato dalla Consulta colla sentenza n. 15/2020<sup>27</sup>.

Si è altresì schivato il rischio d’addivenire a condanne inique e sproporzionate rispetto alla gravità del fatto<sup>28</sup>.

L’ultimo comma dell’art. 53 stabilisce che, ai fini dell’individuazione dei limiti di pena detentiva entro i quali possono essere applicate le pene sostitutive, si tiene conto degli aumenti inflitti ai sensi dell’art. 81 c.p.

Pertanto, l’ammissione al beneficio dipenderà dalla quantificazione complessiva della pena in seguito agli aumenti collegati ai reati posti in concorso formale o attratti nel vincolo della continuazione, considerando che la soglia oltre la quale non è consentita la sostituzione è quello di quattro anni di sanzione detentiva.

## 5. I soggetti tendenzialmente esclusi dal beneficio.

Coll’intento di rendere quanto più fruibile possibile l’istituto, il legislatore ha eliminato la preclusione in precedenza prevista nei confronti di coloro che avessero subito condanne a più di tre di pena detentiva, alle quali fosse seguita entro cinque anni la commissione di altro reato.

Nell’assetto attuale, l’art. 59 l. n. 689/1981 – non operativo nei confronti di condannati minorenni –, pur indicando una serie di motivi ostativi di natura soggettiva, lascia comunque la possibilità di fruire del beneficio per chiunque, al di là dei precedenti da cui è gravato<sup>29</sup>.

Infatti, sebbene la lett. a) del comma primo dell’art. 59 impedisca l’accesso all’istituto a coloro che si siano macchiati del reato per cui si procede nei tre anni dalla revoca della semilibertà, della detenzione domiciliare o del lavoro di pubblica utilità, ovvero a chi abbia commesso un delitto non colposo durante l’esecuzione della medesima pena sostitutiva, si fa sempre salva la possibilità di applicare una pena sostitutiva più grave di quella revocata.

<sup>26</sup> Circa la situazione previgente cfr. nota 10. Come evidenziato nella *Relazione illustrativa*, cit., 206 si tratta di scelta innovativa per l’ordinamento italiano, ma linea con le discipline vigenti in altri stati europei, dove la commisurazione della pena pecuniaria viene effettuata in base a tassi giornalieri. In Germania il valore giornaliero minimo è di € 1 (§ 40, comma 2, StGB), in Spagna di € 2 (art. 50, comma 4, c.p.), in Austria di € 4 (§ 13, comma 2, StGB), in Portogallo di € 5 (art. 47, comma 2, c.p.) e in Francia (art. 131-5 c.p.) è addirittura indeterminato si osserva nella stessa *Relazione illustrativa* a p. 207.

<sup>27</sup> Cfr. nota 10.

<sup>28</sup> In questo senso ci si è espressi nella *Relazione illustrativa*, cit., 207.

<sup>29</sup> In questi termini, nel commentare lo schema di decreto legislativo, DOLCINI, *Dalla riforma*, cit., 14.

La lett. *b)* del comma primo dell'art. 59 impedisce la conversione della pena detentiva in monetaria nei confronti di chi, nei cinque anni precedenti, è stato condannato a pena pecuniaria, anche sostitutiva, e non l'ha pagata, salvo i casi di conversione per insolvibilità previsti negli artt. 71 e 103 l. n. 689/1981.

La lett. *c)* del comma primo dell'art. 59 inibisce tali pene nei confronti dell'imputato al quale deve essere applicata una misura di sicurezza personale, salvo i casi di parziale incapacità di intendere e di volere.

Infine, la lett. *d)* del primo comma dell'art. 59 vieta la possibilità di vedersi sostituita la pena per i condannati a uno dei reati di cui all'art. 4-*bis* legge n. 354/1975.

## 6. Disciplina delle prescrizioni.

La conversione della pena detentiva può essere accompagnata da prescrizioni volte ad orientarne l'esecuzione verso l'effettivo perseguimento degli scopi risocializzanti e di prevenzione connessi al disegno di riforma<sup>30</sup>.

L'art. 56-*ter*, comma primo, l. n. 689/1981 indica una serie di prescrizioni, *comuni* alle diverse pene sostitutive, obbligatorie.

Ad esse si affiancano prescrizioni facoltative *speciali*, inseribili nei singoli programmi trattamentali relativi alle diverse pene sostitutive.

L'unica prescrizione facoltativa *comune*, espressamente indicata nell'ultimo comma dell'art. 56-*ter*, consiste nel divieto d'avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, la cui previsione dovrà essere ponderata caso per caso dal giudice a seconda della tipologia di reato oggetto di condanna e della personalità del reo.

Le prescrizioni imposte dal giudice della cognizione possono essere modificate dal magistrato di sorveglianza. Tale evenienza potrà avverarsi quando le imposizioni stabilite in sede processuale non risultino più attuali in rapporto alle mutate condizioni soggettive dell'agente e della situazione di fatto.

È facile prevedere che la magistratura di sorveglianza sarà di sovente chiamata a svolgere questo compito, poiché le pene sostitutive acquisteranno efficacia anche ad anni di distanza dalla loro adozione, dovendosi attendere che la sentenza di condanna diventi definitiva, nonché i congeniti ritardi che soffre la procedura di esecuzione della pena (ancorché l'assenza di meccanismi sospensivi analoghi a quelli enucleati nell'art. 656 c.p.p. mira proprio ad evitare il fenomeno patologico dei cc.dd. "liberi sospesi"<sup>31</sup>).

Il rinnovato art. 58 l. n. 689/1981 ha escluso presunzioni d'inadempimento delle prescrizioni, colla conseguenza che il giudice potrà rifiutare il beneficio

<sup>30</sup> In questi termini, seppure con riferimento alla legge-delega, PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *Sist. pen.*, 08 settembre 2021, 13.

<sup>31</sup> Così, *Relazione dell'Ufficio*, cit., 210.

soltanto quando sussistano fondate ragioni per ritenere che il condannato non rispetti gli obblighi<sup>32</sup>.

L'art. 64 prevede la possibilità di modificare le prescrizioni impartite nel corso dell'esecuzione, su richiesta del condannato, per "comprovati motivi" e non più, come in precedenza, per "sopravvenuti motivi di assoluta necessità".

Tale innovazione, si è già osservato, sarebbe indicativa di un maggior favore del legislatore per l'adeguamento delle modalità di espiazione delle pene sostitutive al cambiamento delle condizioni soggettive e oggettive durante il loro svolgimento<sup>33</sup>.

Sembra, dunque, autorizzata, adesso, la mutazione delle prescrizioni imposte, non soltanto in ragione di fatti sopravvenuti, ma anche in base ad esigenze preesistenti all'applicazione della pena, non sufficientemente considerate, oppure non solamente in forza di motivazioni oggettive e necessarie, ma pure di semplice opportunità soggettiva. Il tutto, sempre al precipuo scopo di realizzare le finalità rieducative sottese a tali misure<sup>34</sup>.

## 7. Conseguenze in caso d'inosservanze e inadempimenti.

In caso di mancata esecuzione delle pene sostitutive, ovvero d'inadempimento grave e reiterato delle relative prescrizioni, la nuova disciplina non prevede alcun automatismo, lasciando alla discrezionalità giudiziaria la decisione sul se riesumare la sanzione detentiva.

E questo, sempre nell'ottica di favorire modalità di esecuzione della pena extra-murarie.

In caso d'inosservanze, l'art. 66 non impone *sic et simpliciter* il ripristino della misura carceraria in relazione al residuo di pena, rimettendo al giudice la scelta se sostituire la pena sostitutiva con altra più grave, anziché ripristinare quella detentiva<sup>35</sup>.

A sua volta, l'art. 71 l. n. 689/1981, in caso di pena pecuniaria non adempiuta, lungi dal prevederne la conversione in pena detentiva, ne impone la sostituzione colla semilibertà o colla detenzione domiciliare, evitandosi, così, che la pena più mite possa determinare una breve carcerazione in distonia con la volontà del riformatore di contrastare gli effetti negativi di una detenzione per archi temporali ristretti<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> Così, GUIDI, *La riforma*, cit., 6.

<sup>33</sup> Così, *Relazione dell'Ufficio*, cit., 211.

<sup>34</sup> Così, *Relazione dell'Ufficio*, cit., 211.

<sup>35</sup> Per considerazioni in tal senso, GUIDI, *La riforma*, cit., 35.

<sup>36</sup> Sono osservazioni contenute nella *Relazione illustrativa*, cit., 289. Al riguardo, BERNARDI, *Note sparse*, cit., 11, si è domandato se: «davvero la realizzazione di un delitto doloso possa essere ritenuta, sia pure in taluni casi, compatibile con la prosecuzione di una pena sostitutiva; e se, davvero in tali casi il mantenimento della pena sostitutiva possa essere considerato conciliabile con le esigenze di sicurezza collettiva».

Il mancato pagamento incolpevole si trasforma in lavoro di pubblica utilità e, soltanto laddove il soggetto si opponga a tale opzione (facoltà connessa al divieto di lavori obbligatori o forzati di cui all'art. 4 CEDU), si può ricorrere alla detenzione domiciliare.

Sempre in tema di revoca del beneficio in caso di condotte inosservanti le prescrizioni, il nuovo art. 72 l. n. 689/1981, rubricato «*Ipotesi di responsabilità penale e revoca*», al primo comma prevede che il condannato alla pena sostitutiva della semilibertà o della detenzione domiciliare che per più di dodici ore, senza giustificato motivo, rimane assente dall'istituto di pena, ovvero si allontana da uno dei luoghi indicati nell'art. 56, si considera responsabile del reato di evasione.

Il secondo comma dell'art. 72 stabilisce che il condannato alla pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità che, senza giustificato motivo, non si reca nel luogo in cui deve svolgere il lavoro, ovvero lo abbandona, è punito ai sensi dell'art. 56 d.lgs. n. 274/2000, che, in materia di reati di competenza del Giudice di pace, stabilisce la condanna fino ad un anno di reclusione per il trasgressore.

Il terzo comma dell'art. 72 prevede che la condanna a uno dei delitti di cui ai commi primo e secondo importa la revoca della pena sostitutiva, salvo che il fatto sia di lieve entità.

Il quarto comma stabilisce che la condanna a pena detentiva per un delitto non colposo commesso durante l'esecuzione di una pena sostitutiva, diversa dalla pena pecuniaria, ne determina la revoca e la conversione per la parte residua nella pena detentiva sostituita, quando la condotta tenuta appare incompatibile colla prosecuzione della pena sostitutiva, tenuto conto dei criteri di ragguaglio di cui all'articolo 58 legge n. 689/1981.

## 8. Concorso di pene sostitutive.

L'art. 70 l. n. 689/1981 disciplina l'esecuzione di pene sostitutive concorrenti.

Nel primo comma si prevede che, quando contro la stessa persona sono state pronunciate, per più reati, una o più sentenze o decreti penali di condanna a pena sostitutiva, si osservano, in quanto compatibili, gli articoli da 71 a 80 c.p. in materia di concorso di reati.

Il secondo comma dell'art. 70 prevede che, se più reati importano pene sostitutive, anche di specie diversa, e il cumulo delle pene detentive non eccede complessivamente la durata di quattro anni, si applicano le singole pene sostitutive distintamente, anche oltre i limiti sanciti dall'art. 53 per la pena pecuniaria e il lavoro di pubblica utilità.

In questo modo, si evita che, in caso di superamento dei limiti edittali interni, previsti per l'ammissione a ciascuna pena sostitutiva in conseguenza del cumulo, si debbano attivare nuovamente l'UEPE e il PM, in ragione di una trasformazione della natura della pena sostitutiva comminata in una diversa per presupposti di fatto e giuridici. E così, se, ad esempio, si procede

al cumulo di due condanne a due anni di lavori di pubblica utilità ciascuna, in ossequio alla nuova disciplina si potranno eseguire quattro anni in simile regime, e non tre anni di lavori di pubblica utilità (limite edittale interno previsto per questa pena sostitutiva) e uno di detenzione domiciliare, come invece era sancito nel precedente assetto regolamentare<sup>37</sup>.

Il terzo comma dell'art. 70 prevede che, se il cumulo delle pene detentive eccede i quattro anni, si applica per intero la pena sostituita, salvo che la pena residua da eseguire sia pari o inferiore a quattro anni.

Il quarto comma dell'art. 70 prevede che le pene sostitutive sono sempre eseguite dopo quelle detentive e, nell'ordine, si eseguono la semilibertà, la detenzione domiciliare e il lavoro di pubblica utilità.

Il novellato terzo comma dell'art. 53 prevede che, ai fini della determinazione dei limiti edittali entro i quali è possibile applicare le pene sostitutive, si tiene conto degli aumenti inflitti ai sensi dell'art. 81 c.p. in caso di concorso formale di reati e continuazione.

Tale previsione segna una cesura rispetto al passato dove la stessa disposizione stabiliva che i limiti edittali all'interno dei quali procedere alla sostituzione della pena detentiva dovessero individuarsi unicamente in rapporto al reato più grave.

Per tale via, al fine d'individuare la misura della pena inflitta onde verificarne la sostituibilità, gli incrementi collegati alla continuazione o al concorso formale di reati venivano annullati, dovendosi tenere conto unicamente della sanzione comminata per il reato più grave.

Oggi che i limiti edittali per accedere al beneficio sono stati nettamente aumentati, mantenere quella disciplina avrebbe condotto ad esiti irrazionali e incompatibili con la nozione di pena detentiva "breve"<sup>38</sup>.

Nel caso di condanna per reati in rapporto di concorso materiale e non unificati dal vincolo della continuazione, con conseguente inapplicabilità dell'ultimo comma dell'art. 53, occorre stabilire se sia possibile, ove la pena complessivamente inflitta superi i limiti stabiliti per accedere alle pene sostitutive, scindere il cumulo e chiedere il beneficio in relazione al singolo reato per cui sia stata comminata una sanzione in misura compatibile con l'applicazione della riformata disciplina.

Se si addivenisse ad una risposta positiva, il condannato potrebbe ambire a una pena sostitutiva per il reato accompagnato da una pena di quattro anni di detenzione e ad una misura alternativa all'esecuzione in carcere per gli altri reati puniti, a loro volta, con una pena *intra-* muraria di quattro anni.

Insomma, pene della complessiva durata di otto anni di detenzione per più reati connessi sul piano materiale, potrebbero essere scontate fuori dal carcere<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> In questi termini ci si esprime nella *Relazione illustrativa*, cit., 235.

<sup>38</sup> Opportuna osservazione di GUIDI, *La riforma*, cit., 23.

<sup>39</sup> A queste conclusioni è pervenuto il Tribunale di Brindisi, Sezione G.I.P. – G.U.P. in funzione di

A nostro avviso pare corretta una risposta negativa.

Diversamente, l'art. 53, comma 3, l. n. 689/1981 potrebbe risultare sospetto d'incostituzionalità, laddove prescrive che, ai fini della determinazione della misura della pena detentiva suscettibile di sostituzione, si tiene conto degli aumenti inflitti in caso di concorso formale di reati e di continuazione.

Infatti, sarebbero sottoposti ad un regime di sfavore i condannati per più reati in regime di concorso formale, ovvero avvinti dal vincolo della continuazione, rispetto ai destinatari del regime del cumulo materiale, nonostante abbiano evidenziato maggiore capacità a delinquere, tanto da non potere fruire della disciplina premiale contenuta nell'art. 81 c.p.

La separazione delle pene concorrenti sarebbe foriera, inoltre, di un'ulteriore irragionevolezza. Invero, si attenuerebbe, fino quasi ad esaurirsi, l'interesse a giovare della regolamentazione di favore del cumulo giuridico e, quindi, della continuazione – sia in fase di cognizione che d'esecuzione –, poiché l'accesso a tali istituti, al contrario della disciplina del concorso materiale, impedirebbe di considerare in maniera distinta le pene comminate per i singoli reati, rivelandosi, per tale via, preclusivo della possibilità di scontare pene detentive fino a otto anni senza sostanzialmente transitare per il carcere.

Quanto sostenuto nel testo, infine, sembra avvalorato dal testo dell'art. 70, comma 3, l. n. 689/1981 – «*Se il cumulo delle pene detentive sostituite eccede complessivamente la durata di quattro anni, si applica per intero la pena sostituita, salvo che la pena residua da eseguire sia pari o inferiore ad anni quattro*» – che consente al giudice dell'esecuzione di sciogliere il cumulo *unicamente* allorché il condannato a pene detentive superiori ad anni quattro abbia scontato la quota di pena necessaria a scendere sotto la soglia edittale utile per fruire delle sanzioni sostitutive.

## 9. Pene sostitutive e misure alternative alla detenzione.

Il riscritto art. 67 l. n. 689/1981 preclude l'applicazione delle misure alternative alla detenzione ai condannati a pene sostitutive, salvo l'accesso, entro determinati limiti, fissati dal nuovo comma 3-ter dell'art. 47 legge n. 354/1975, all'affidamento in prova ai servizi sociali.

Il secondo comma dello stesso articolo impedisce, salvo che si tratti di minori di età al momento della condanna, l'accesso alle misure alternative alla detenzione, prima dell'avvenuta espiazione di metà della pena residua, al condannato in esecuzione di pena detentiva per conversione effettuata a seguito di revoca della sanzione sostitutiva ai sensi degli artt. 66 e 72, comma 4.

---

Giudice dell'esecuzione, 3 marzo 2023, Giudice dott. Valerio Fracassi, in *Giur. pen.*, 3, 2023, con un commento di QUARANTA, *Pena in cumulo materiale e contestuale accesso a pena sostitutiva ed a sospensione dell'ordine di carcerazione nell'ottica di deflazione carceraria perseguita dalla riforma Cartabia*.



La mancata inclusione dell'affidamento in prova ai servizi sociali tra le pene sostitutive – come invece proposto dalla Commissione Lattanzi<sup>40</sup> –, così come, d'altronde, la possibilità di beneficiare comunque di questa misura, spiega perché la sostituzione della pena detentiva sia subordinata al consenso dell'imputato.

Si sono volute evitare disparità di trattamento tra il condannato alla pena della reclusione entro i quattro anni non sostituita, che può chiedere l'affidamento in prova ai servizi sociali, usufruendo della sospensione dell'ordine d'esecuzione della pena ai sensi dell'art. 656 c.p.p., e colui al quale sia stata comminata una sanzione sostitutiva con una sentenza che, ai sensi del rinnovato art. 62 l. n. 689/1981, diviene immediatamente esecutiva, non potendo beneficiare della suddetta previsione codicistica<sup>41</sup>.

È dunque evidente la maggiore vantaggiosità per l'imputato di subire una condanna a pena detentiva non sostituita, che, da un lato, consente di differire a lungo la sua esecuzione (e di diventare un "libero sospeso"), dall'altro, d'invocare una misura alternativa meno afflittiva rispetto sia alla semilibertà (che prevede l'obbligo di trascorrere almeno otto ore al giorno in carcere), sia alla detenzione domiciliare (che implica la restrizione all'interno di un domicilio), infine, di domandare immediatamente al Tribunale di sorveglianza l'affidamento in prova ai servizi sociali, senza dovere scontare almeno due anni di semilibertà o detenzione domiciliare<sup>42</sup>.

La necessità del consenso si spiega proprio coll'esigenza di verificare se la scelta del condannato sia stata assunta in piena consapevolezza e, quindi, avendo effettivamente ponderato questa opzione piuttosto che quella di rientrare nella categoria dei "liberi sospesi", unita alla prospettiva di non dovere patire alcuna restrizione in caso di concessione dell'affidamento in prova ai servizi sociali<sup>43</sup>.

Un effetto paradossoso si genera ove il condannato non sia reputato meritevole di una pena sostitutiva: l'efficacia della sanzione sarebbe procrastinata ad un futuro decisamente remoto e lo stesso potrebbe confidare di espirla in regime di affidamento in prova al servizio sociale, mentre il soggetto ammesso alla pena sostitutiva dovrebbe patirne prima l'esecuzione con modalità maggiormente afflittive<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> In argomento si rinvia alle considerazioni di DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in *Sist. Pen.*, 02 settembre 2021, 4. La Commissione di studio presieduta dal Presidente emerito della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi è stata nominata per formulare proposte di riforma del processo, del sistema sanzionatorio e della prescrizione, mediante la proposta di emendamenti al D.D.L. A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello. La *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. AC 2435*, 24. 05. 2021 si trova pubblicata *ivi*, 25 maggio 2021.

<sup>41</sup> Sottolinea in particolare quest'aspetto, G. DE VERO, *Riforma cit.*, 6.

<sup>42</sup> In senso analogo, D. GUIDI, *La riforma*, cit., 21.

<sup>43</sup> Negli stessi termini si è già pronunciato, D. GUIDI, *La riforma cit.*, 21.

<sup>44</sup> Si tratta di perspicua ipotesi formulate ancora da D. GUIDI, *La riforma cit.*, 41. Aveva già messo



Per di più, come accennato, il condannato a pena sostitutiva può adesso essere destinatario del beneficio dell'affidamento in prova ove abbia sofferto almeno metà del castigo, mentre il condannato a pena non sostituita può invocare immediatamente questa modalità di espiazione della sanzione<sup>45</sup>.

Ma vi è un'altra contraddizione che inficia la coerenza del sistema, laddove non è stato affatto escluso che il Tribunale di sorveglianza possa ammettere subito il condannato alla semilibertà e alla detenzione domiciliare in precedenza negate dal giudice della cognizione<sup>46</sup>.

Insomma, il giudice competente per la fase esecutiva potrebbe smentire il giudizio formulato dal suo collega, in base, peraltro, ad un compendio informativo rimasto sostanzialmente immutato. E questo, non soltanto nei casi in cui il momento d'espiazione della pena intervenga a breve distanza di tempo da quella del giudizio, ma altresì in relazione ai cc.dd. liberi sospesi, considerando che, nel lasso cronologico che intercorre tra la condanna definitiva e l'effettivo svolgimento della pena, non è contemplata alcuna forma d'osservazione del reo<sup>47</sup>.

Onde evitare tali effetti irragionevoli e prevenire l'insuccesso delle pene sostitutive, con le connesse perniciose ricadute sugli obiettivi di deflazione processuale e di recupero dei condannati, si è proposto di abrogare la procedura di sospensione di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p., affinché le misure alternative siano preservate per i condannati che stiano scontando una pena carceraria<sup>48</sup>, e d'inserire nel catalogo delle pene sostitutive dell'affidamento in prova ai servizi sociali<sup>49</sup>.

## 10. Le modifiche (più significative) al codice di rito.

In via generale, la condanna a pena detentiva sostitutiva non impedisce la prosecuzione dell'esecuzione di una misura cautelare, poiché l'art. 57 l. n. 689/1981 dispone che, per ogni effetto giuridico, la semilibertà, la detenzione domiciliare e il lavoro di pubblica utilità si considerano come pena detentiva della specie corrispondente a quella della pena sostituita.

Tuttavia, l'art. 13, comma 1, lett. e) d.lgs. n. 150/2022 ha inserito nell'art. 300 c.p.p. il comma 4-*bis* volto a sancire diverse forme d'incompatibilità tra pene sostitutive e custodia cautelare.

In particolare, la condanna o l'applicazione della pena su richiesta delle parti, intervenute in qualsiasi grado del processo, ancorché sottoposte ad

---

in guardia da tali irrazionalità sistematiche in sede di commento alla legge-delega, PALAZZO, *I profili*, cit., 12.

<sup>45</sup> Ancora, GUIDI, *La riforma*, cit., 41.

<sup>46</sup> Mette in luce questo paradosso, DE VERO, *Riforma*, cit., 7.

<sup>47</sup> Sempre sull'argomento, DE VERO, *Riforma*, cit., 7 ss.

<sup>48</sup> Così, DE VERO, *Riforma*, cit., 7 e GARGANI, *Le "nuove"*, cit., 39 ss.

<sup>49</sup> Ancora DE VERO, *Riforma*, cit., 7.

impugnazione, che infliggono la pena pecuniaria o il lavoro di pubblica utilità sostitutivi, implicano la revoca della custodia cautelare.

Negli stessi casi, l'ammissione alla detenzione domiciliare sostitutiva comporta la revoca della custodia cautelare *in carcere*.

Comunque, il giudice, in tali evenienze, può sostituire la misura cautelare in corso con altra meno gravosa ai sensi dell'art. 299 c.p.p.

Tale disciplina è stata pensata e calibrata, da una parte, per evitare l'automata estinzione della misura in corso, preservando eventuali, residue, esigenze cautelari con misure che non siano, però, radicalmente incompatibili colla pena sostitutiva comminata; dall'altra, per perpetuare la possibilità di conformare il regime cautelare alla condanna in concreto inflitta, ai sensi, per l'appunto, dell'art. 299 c.p.p.<sup>50</sup>.

L'art. 31, comma 1, d.lgs. n. 150/2022 ha provveduto all'inserimento dell'art. 545-*bis* c.p.p., alla cui disciplina si rinvia anche in materia di giudizio abbreviato<sup>51</sup>.

Questo disposto, al primo comma, stabilisce che, quando non è stata concessa la sospensione condizionale della pena e sussistono i presupposti per la sostituzione della pena detentiva, il giudice, dopo la lettura del dispositivo, ne dà avviso alle parti.

Se l'imputato acconsente, personalmente o tramite procuratore speciale, alla sostituzione della pena detentiva con una pena diversa da quella pecuniaria, ovvero se ricorrono le condizioni per la conversione con detta pena, il giudice, sentito il PM, quando non è possibile decidere subito, fissa apposita udienza, non oltre 60 giorni, dandone contestuale avviso alle parti e all'UEPE.

È del tutto irrealistico, sia detto per inciso, che i giudici, oggi, in Italia, siano nelle condizioni di differire le udienze dedicate al *sentencing* di soli due mesi e che, soprattutto, entro questo lasso temporale, l'UEPE riesca ad assolvere i suoi compiti, tanto più nel caso in cui il ricorso a queste modalità d'espiazione della pena determini un sovraccarico per l'Ufficio<sup>52</sup>.

Non si può pertanto escludere che l'introduzione di questa ulteriore fase del processo provochi, come in una sorta di eterogenesi dei fini, una dilatazione delle tempistiche processuali.

Il consenso dell'imputato è atto personalissimo e *selettivo*.

L'imputato, infatti, è legittimato ad acconsentire a talune e non a talaltre pene sostitutive<sup>53</sup>.

In tale lasso temporale il processo è sospeso, e, ove non si decida entro quest'arco temporale, ai sensi del nuovo comma 1, lett. c)-*ter* dell'art. 304

<sup>50</sup> La *ratio* sottesa a questa disciplina è stata ben illustrata nella *Relazione illustrativa*, cit., 244 ss.

<sup>51</sup> Come si osserva nella *Relazione illustrativa*, cit., 258.

<sup>52</sup> In dottrina si è auspicato l'avvio di un rapporto di leale collaborazione tra magistratura e UEPE improntato ad evitare inutili coinvolgimenti dell'ufficio idonei a determinarne un sovraccarico di lavoro e, di conseguenza, la paralisi, MENTASTI, *Prime applicazioni* cit., 4.

<sup>53</sup> Sempre in questi termini ci si esprime nella *Relazione illustrativa*, cit., 256.

c.p.p., la sospensione dei termini di durata delle misure cautelari in corso non potrà comunque protrarsi oltre i sessanta giorni.

Come è stato notato in sede di *Relazione del Massimario*, la necessità di raccogliere informazioni aggiornate renderà, nella prassi, il differimento della decisione un *modus operandi* costante<sup>54</sup>.

Il terzo comma dell'art. 545-*bis* c.p.p. prevede che il giudice, acquisiti gli atti, i documenti e le informazioni necessarie, all'udienza fissata, dopo avere sentito le parti, se sostituisce la pena detentiva integra il dispositivo, indicando la pena sostitutiva con gli obblighi e le prescrizioni corrispondenti.

In caso contrario, il giudice conferma il precedente dispositivo.

In entrambi i casi, sia che emetta un dispositivo integrato sia che lo confermi, il giudice ne dà lettura in udienza.

L'ultimo comma dell'articolo in commento, prevede che, quando la motivazione viene redatta contestualmente, la sua lettura segue quella del dispositivo integrato o confermato e può essere sostituita con un'esposizione riassuntiva.

Negli altri casi, il termine per il deposito delle motivazioni decorre dall'emissione del dispositivo integrato o confermato.

Ebbene, il legislatore si è premurato di enucleare una fase appositamente dedicata alla decisione sull'applicazione della pena sostitutiva – ispirata al meccanismo anglosassone del *sentencing* – per diverse ragioni.

Innanzitutto, al fine di evitare un'attivazione inutile e disfunzionale dell'UE-PE quando ancora non è possibile stabilire se sussisteranno le condizioni per la sostituzione della pena. D'altronde, un coinvolgimento anticipato dell'UE-PE potrebbe suonare come un giudizio di condanna prima che il processo si concluda.

Il congegno elaborato dal legislatore mira proprio a posticipare qualunque valutazione in ordine all'*an* e al *quomodo* della pena sostitutiva ad un momento successivo alla pubblicazione del dispositivo, quando sono ormai noti tutti gli elementi necessari ad assumere le determinazioni in materia, senza inficiare l'imparzialità del giudizio sulla responsabilità dell'imputato.

Nel caso in cui l'imputato non presti il consenso alla sostituzione, non si determinerà, a nostro avviso, alcuna preclusione idonea a impedire di riproporre l'istanza in sede d'impugnazione.

Infatti, l'assenza del consenso non può provocare la “definizione” di questo profilo del giudizio, giacché, al contrario di quanto stabilito per altri istituti fondati sull'adesione dell'imputato (si pensi al “patteggiamento”), non sono indicati termini temporali tassativi entro i quali assumere delle decisioni, non contemplando la fase scolpita nel *nuovo* art. 545-*bis* c.p.p. alcuna forma di decadenza o preclusione futura in caso di ripensamenti del prevenuto. Infatti, in carenza di previsioni espresse, si deve ritenere che la dichiarazione di

<sup>54</sup> Così, *Relazione dell'Ufficio*, cit., 202.

consenso sia sempre efficacemente revocabile e, specularmente, formulabile anche se in un primo momento negata.

In quest'ottica, a nostro avviso, si potrà richiedere la conversione della pena detentiva in fase d'appello anche nel caso non sia stato impugnato il capo della sentenza relativo alla pena<sup>55</sup>, trattandosi di opzione collegata ad un consenso che può in qualsiasi momento venire espresso o revocato e funzionale ad esigenze di deflazione, di rieducazione e risocializzazione che possono essere perseguite in qualunque snodo procedimentale.

In materia di citazione diretta a giudizio, l'art. 554-ter, comma 2, c.p.p., nel contesto della nuova udienza predibattimentale, prevede che, prima della pronuncia dell'eventuale della sentenza di non luogo a procedere, l'imputato e il PM possono concordare l'applicazione di una pena sostitutiva.

In questo caso, ove non sia possibile decidere immediatamente, il giudice sospende il processo e fissa apposita udienza non oltre sessante giorni, dandone contestuale avviso alle parti e all'UEPE.

Si applica, in quanto compatibile, la disciplina enucleata nell'art. 545-bis, comma 2, c.p.p.

Con specifico riguardo al giudizio di appello, il nuovo comma tre dell'art. 593 c.p.p. ha esteso il divieto di appellabilità alle sentenze di condanna che comminano la sola pena dell'ammenda, oppure il lavoro di pubblica utilità, in relazione alle quali sarà esperibile soltanto il ricorso per cassazione.

Tale previsione si spiega poiché l'adozione di tale pena sostitutiva implica il consenso dell'interessato, previo parere del PM, con l'effetto che simile *iter* dovrebbe giustificare le limitazioni alla possibilità d'impugnare la sentenza<sup>56</sup>.

Simile lettura non risulta pienamente convincente poiché anche l'applicazione delle altre pene sostitutive postula il consenso dell'interessato senza sottendere alcuna limitazione all'impugnabilità della relativa sentenza.

Probabilmente, quindi, la ragione di questa previsione risiede nella convinzione del legislatore che il lavoro di pubblica utilità, come la pena dell'ammenda, sia tutto sommato una sanzione permeata da una minore intensità afflittiva in guisa da giustificare, in vista del perseguimento di scopi deflattivi, una contrazione di talune prerogative difensive.

<sup>55</sup> *Contra*, GROSSO, *Riforma Cartabia: riflessioni preliminari in materie di pene sostitutive*, in *Giur. pen.*, 5, 2023. Qui si è osservato testualmente rispetto al: «(...) caso in cui la parte non abbia prestato il consenso alla sostituzione della pena detentiva e, in seguito ad ulteriori riflessioni, si determini a chiederla in appello. In tal caso, a parere di chi scrive, sarebbe preclusa la possibilità di formulare, per la prima volta in tale sede, la richiesta di sostituzione, posto che non si vede quale capo della sentenza potrebbe essere impugnato e, soprattutto, quali motivi potrebbero essere dedotti».

<sup>56</sup> Così, *Relazione dell'Ufficio*, cit., 168.

## 11. Rilievi critici conclusivi in ordine sparso.

La disciplina delle *nuove* pene sostitutive, per come illustrata nei suoi tratti essenziali, si presta a diversi rilievi che ne mettono a repentaglio la coerenza interna e l'efficacia.

In primo luogo, contrariamente agli auspici, sembra difficile che la procedura di avvio della fase esecutiva delle *nuove* pene sostitutive possa velocizzarsi. Infatti, nonostante una formale e teorica diminuzione degli snodi decisionali e una netta compressione delle relative tempistiche, occorrerà comunque attendere il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, nonché sperare che tutti gli atti funzionali all'attivazione della procedura vengano compiuti "immediatamente" dagli uffici competenti<sup>57</sup>, a dispetto dell'enorme carico di lavoro che comunque si accumulerà laddove l'istituto abbia successo.

Gli intrecci tra il nuovo istituto e la sospensione condizionale della pena potrebbero perpetuare l'insuccesso di tale tipologia di sanzioni e, quindi, la loro effettiva funzionalità agli obiettivi di deflazione processuale, di reinserimento sociale e rieducativi sottesi alla riforma Cartabia.

Infatti, in relazione a pene detentive calibrate nei limiti utili per accedere alla sospensione condizionale sarà tendenzialmente più conveniente optare per tale beneficio che non comporta, normalmente, oneri, prescrizioni e forme di restrizione della libertà personale.

D'altronde, ove il giudice accerti l'assenza dei presupposti soggettivi per accordare la sospensione condizionale, è difficile che ravvisi le condizioni per convertire la pena detentiva, trattandosi di valutazioni sostanzialmente sovrapponibili.

Addirittura, si è osservato in dottrina, nel caso di condanne a pena detentiva compresa tra un anno e un giorno e due anni, l'unica misura sostitutiva scevra da obblighi comportamentali, o altre prescrizioni, sarebbe la pena pecuniaria, che, tuttavia, sarebbe *ex lege* inapplicabile in luogo della più appetibile sospensione condizionale<sup>58</sup>.

Per salvaguardare uno spazio operativo autonomo alle pene sostitutive, si è ipotizzato il caso in cui il giudice ritenga che il rischio di recidiva sia meglio fronteggiabile attraverso una pena sostitutiva, rafforzata dalle relative prescrizioni e dal connesso programma trattamentale, piuttosto che sospendendo l'esecuzione<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Medesimo auspicio è stato formulato da DOLCINI, *Dalla riforma*, cit., 20.

<sup>58</sup> Così GUIDI, *La riforma*, cit., 37. Ma già avevano manifestato le stesse perplessità, ABBAGNANO TRIONE, *Le latitudini applicative della commisurazione e della discrezionalità nel sistema delle pene sostitutive*, in *Legisl. pen.*, 27 dicembre 2022, 9 e BIANCHI, *Il rilancio delle pene sostitutive nella legge-delega "Cartabia": una grande occasione non priva di rischi*, in *AA.VV., Verso la riforma del sistema sanzionatorio. Atti dell'Incontro di studio di Siena, 10 dicembre 2021*, a cura di Bartoli-Guerrini, Napoli, 2022, 13.

<sup>59</sup> Tale ipotesi è stata formulata da GUIDI, *La riforma*, cit., 38.

L'art. 53, comma 2, l. n. 689/1981 prevede adesso che, col decreto penale di condanna, il giudice, su richiesta dell'indagato o del condannato, possa sostituire la pena detentiva determinata entro un anno con il lavoro di pubblica utilità o con la pena pecuniaria. Si applicano le disposizioni di cui ai commi 1-*bis* e 1-*ter* dell'art. 459 c.p.p.

Nonostante l'art. 1, comma 17, lett. e) legge n. 134/2021, delegasse il governo a prevedere che il giudice, col decreto penale di condanna, potesse sostituire la pena detentiva, in generale, colla pena pecuniaria o col lavoro di pubblica utilità senza indicare alcuna barriera edittale, così da consentire la conversione nei lavori di pubblica utilità di pene superiori ad un anno di reclusione (limite oltre il quale è precluso il passaggio alla pena pecuniaria) e entro la soglia ordinaria di tre anni, l'esecutivo ha optato per mantenere il *caveat* di un anno<sup>60</sup>.

In dottrina, ci si è giustamente chiesti quale possa essere l'interesse del condannato ad optare immediatamente, già in sede d'opposizione, per il lavoro di pubblica utilità, con tutte le prescrizioni ad esso correlate, la cui violazione può comportare la revoca e il ripristino della pena detentiva, a fronte del fatto, per giunta, che in caso d'insolvibilità, l'art. 71 l. n. 689/1981 consente sempre al reo, in un secondo momento, di chiedere la conversione della pena pecuniaria nei lavori di pubblica utilità.

Sarebbe stato opportuno, si è aggiunto, che il legislatore delegato avesse sfruttato quegli spazi offerti dall'art. 1, comma 17, lett. e) legge n. 134 del 2021, sganciando la possibilità di accedere ai lavori di pubblica utilità, nel contesto del procedimento per decreto, dal limite di pena di un anno (come per la pena pecuniaria), per collegarlo, invece, alla soglia dei tre anni prevista in via generale nell'art. 53 l. n. 689/1981<sup>61</sup>.

In tale modo, i condannati a pena detentiva superiore ad un anno, ai quali non sarebbe stata comminabile la pena pecuniaria sostitutiva, avrebbero avuto tutto l'interesse a ripiegare sui lavori di pubblica utilità.

Ancora: la necessità del consenso e la minore convenienza delle pene sostitutive rispetto all'affidamento in prova ai servizi sociali, potrebbero viepiù contribuire all'insuccesso della riforma<sup>62</sup>. E questo, sempreché i Tribunali di sorveglianza non assumano un atteggiamento rigido nella concessione del beneficio, così da indurre il condannato a preferire la certezza di una misura sostitutiva subito, piuttosto che sperare in una forma d'espiazione meno afflittiva ma assolutamente incerta nell'*an* "domani".

Certo, come è stato acutamente osservato in dottrina<sup>63</sup>, è difficile immaginare l'avvio di un *trend* orientato al sistematico, ovvero, raggiungiamo noi,

<sup>60</sup> Si evidenzia questa circostanza nella *Relazione illustrativa*, cit., 189.

<sup>61</sup> Questa è la giusta proposta di DE VERO, *Riforma*, cit., 15.

<sup>62</sup> Tale fosco presagio è stato già formulato da GUIDI, *La riforma*, cit., 40. Si era già espresso in questi termini PALAZZO, *Uno sguardo d'insieme alla riforma del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 13 ss.

<sup>63</sup> GUIDI, *La riforma*, cit., 40.

marcatamente prevalente rigetto delle istanze di affidamento in prova ai servizi sociali, in quanto, per tale via, si aggraverebbe drammaticamente il problema del sovraffollamento carcerario, rendendo ingestibile l'amministrazione dei penitenziari.

Di talché, mettendo sul piatto i costi della rinuncia alla pena sostitutiva (consistenti nell'affrontare il non drammatico rischio di vedersi negata la più benevola misura alternativa alla detenzione dell'affidamento in prova ai servizi sociali), e i benefici di tale scelta (rinviare l'esecuzione *sine die*, potendo fondatamente contare sull'accesso ad una forma d'espiazione della pena meno afflittiva), l'ago della bilancia tenderà comunque a pendere a sfavore delle pene sostitutive<sup>64</sup>.

Altra scottante problematica afferisce all'assenza di qualsiasi previsione relativa alle conseguenze a cui andrà incontro il condannato a pena sostitutiva il quale, nel lungo lasso temporale che intercorre tra la sentenza che lo ammette al beneficio e il momento in cui la stessa diviene esecutiva, ovvero prima che ne cominci la concreta esecuzione, commetta nuovi reati.

La disciplina in materia d'esecuzione delle pene sostitutive, laddove individua i poteri del magistrato di sorveglianza, sembra precludere la revoca del beneficio accordato dal giudice della cognizione, lasciando sguarnito l'ordinamento d'indicazioni e rimedi<sup>65</sup>.

Infatti, qui non si discute dell'inosservanza delle prescrizioni connesse alla misura, ovvero della commissione di un reato durante l'esecuzione della pena, bensì di una condotta teoricamente incompatibile coll'ammissione al beneficio, realizzata nella fascia temporale compresa tra la fase di cognizione e quella d'esecuzione.

Non risultano dunque applicabili al caso di specie le procedure di revoca enucleate negli artt. 66 e 72 l. n. 689/1981 che alludono esclusivamente a trasgressioni o a illeciti consumati nel corso dell'esecuzione delle pene sostitutive.

Insomma, in nome del *favor* mostrato dal legislatore delegato per questa tipologia di pene, non sembra che contegni serbati dal condannato nel periodo che precede l'avvio dell'*iter* esecutivo, possano essere fonte di revoca del beneficio.

In conclusione, diverse (e non solo quelle sopra indicate) criticità affliggono il *nuovo* istituto, ma, come per ogni riforma, sarà solo il tempo a determinarne il successo o l'insuccesso e a svelare se, nella prassi o anche in sede di ritocchi alla disciplina, si individueranno i rimedi per renderla più efficace e appetibile, nonché meno esposta a disfunzioni e contraddizioni sistematiche.

<sup>64</sup> Il risultato di questo calcolo lo aveva già anticipato, GUIDI, *La riforma*, cit., 40. Peraltro, questi scenari erano già stati immaginati da GARGANI, *Le "nuove"*, cit., 33 ss.; ID., *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, in *legisl. pen.*, 20 gennaio 2022, 15. Analogamente, DE VITO, *Fuori*, cit., 31.

<sup>65</sup> Osservazioni simili sono state già formulate da DOLCINI, *Dalla riforma*, cit., 20.





# Sostanzialismi intorno all'istituto della querela: la persistenza della parte civile nel caso di mutamento del regime di procedibilità

Filippo Lombardi\*

**Sommario:** 1. Cenni sulle declinazioni formali e sostanziali della querela. - 1.1. La remissione tacita della querela (e la relativa accettazione). - 2. Deformalizzazione della querela e costituzione di parte civile. - 2.1. Disambiguazione del concetto di persistenza della costituzione di parte civile. - 3. Postilla. Il giudice può (davvero) ricevere la querela?

## ABSTRACT

Il presente contributo analizza i connotati sostanziali della querela e degli atti ad essa contrari, approfondendo il tema dei rapporti tra querela, costituzione e persistenza della parte civile, e rispondendo, da un lato, al quesito circa il significato in termini di querela della persistenza della parte civile durante il giudizio di primo grado e i gradi successivi d'impugnazione; dall'altro, alla domanda se, come parrebbe accreditato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, il giudice sia soggetto legittimato a ricevere la querela.

*This essay analyzes the substantial connotations of the lawsuit and of the deeds contrary to it, deepening the theme of the relationship between lawsuit, constitution and persistence of the civil party, and answering, on the one hand, the question about the meaning in terms of lawsuit of the persistence of the civil party during the first instance judgment and the subsequent levels of appeal; on the other, to the question whether, as it would appear to be accredited by the jurisprudence of the Court of Cassation, the judge is the subject entitled to receive the lawsuit.*

## 1. Cenni sulle declinazioni formali e sostanziali della querela.

La querela come condizione di procedibilità dell'azione penale rappresenta il più noto impulso esterno, di matrice privatistica, al potere giurisdizionale, siccome, appresa la *notitia criminis*, l'autorità requirente potrà avviare le attività investigative ma, in difetto di querela proveniente dal titolare del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, non sarà in grado né di richiedere al giudice l'emissione di provvedimenti limitativi di natura caute-

---

\* Giudice del Tribunale di Lagonegro.

lare né di esercitare l'azione penale al fine di sentir condannare la persona sottoposta al procedimento. Da parte sua, il giudice, investito di una richiesta cautelare o di condanna, dovrà assumere determinazioni di senso contrario rilevando il difetto di querela<sup>1</sup>.

L'impostazione adottata dal legislatore nella regolamentazione del fenomeno della querela globalmente inteso mira a scovare il baricentro tra più interessi in gioco.

In effetti, quanto al momento propositivo, sotto il profilo formale la querela è definita in termini di "dichiarazione" nella quale si manifesta la volontà che si proceda in ordine a un fatto previsto dalla legge come reato.

Tale dichiarazione può essere resa personalmente o a mezzo di un procuratore speciale in forza di una procura rilasciata ai sensi dell'art. 122 c.p.p.<sup>2</sup>.

L'art. 337 c.p.p. regola le formalità della querela, e prevede tra le modalità invero meno utilizzate nella prassi il recapito da parte di un incaricato e la spedizione per posta raccomandata, in tal caso richiedendosi quale indefettibile requisito la sottoscrizione autentica del querelante.

Di regola, invece, la querela viene proposta con le forme di cui all'art. 333 co. 2 c.p.p. alle autorità cui può essere presentata denuncia o ad un agente consolare all'estero. Il richiamo all'art. 333 co. 2 c.p.p. sulla denuncia consente che la querela venga proposta oralmente o per iscritto, al pubblico ministero o ad un ufficiale di polizia giudiziaria.

Se è proposta per iscritto, deve essere sottoscritta dal denunciante o dal procuratore speciale; se è proposta oralmente, viene raccolta a verbale, il quale è sottoscritto dal querelante o dal procuratore speciale. In ogni caso, l'autorità che riceve la querela attesta data e luogo della presentazione, identifica il proponente e trasmette gli atti alla Procura.

La disciplina è caratterizzata da un contenimento degli oneri formali, che riguardano in definitiva l'individuazione del soggetto proponente, i caratteri che il mezzo di presentazione della querela deve assumere, e infine l'individuazione del soggetto deputato a riceverla e l'indicazione degli adempimenti che egli è chiamato a svolgere.

I requisiti formali sono necessitati dall'esigenza di fornire certezza all'istanza di punizione e di responsabilizzare la persona offesa dal reato, poiché l'esistenza stessa di una regolare querela è condizione preliminare per l'eventuale irrogazione di una sanzione penale nei confronti del querelato.

L'articolato assetto normativo che regola il momento "positivo" della querela è temperato, nella prassi giudiziaria, da due principi costituiti, da un lato, dalla deformalizzazione della fase dichiarativa; dall'altro, dal c.d. *favor querelae*, che si manifesta prediligendo l'esistenza dell'istanza di punizione nei casi ambigui.

<sup>1</sup> Sulla funzione procedurale della querela, si rinvia a Foci, *Querela e non necessarietà di formule sacramentali per la manifestazione della voluntas puniendi*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 2, 209 ss.

<sup>2</sup> Cfr. anche l'art. 333 co. 2 c.p.p.

La giurisprudenza ha costantemente affermato l'elasticità contenutistica della dichiarazione, la quale non richiede formule sacramentali e può essere espressa con locuzioni lessicali tali da manifestare in maniera chiara l'intenzione di procedere penalmente avverso il colpevole. Ha quindi statuito che, nel caso di dubbio sui costrutti linguistici utilizzati, deve ritenersi che il dichiarante abbia inteso chiedere la punizione del reo<sup>3</sup>.

Più pressanti esigenze di snellimento e di informalizzazione permeano, invece, la fase "negativa", costituita dalla rinuncia alla querela, intesa come scelta di non avanzare l'istanza punitiva, dalla remissione della querela (ad opera del querelante), incarnata dall'atto successivo alla proposizione e finalizzato a privare quest'ultima degli effetti che le sono propri, e dall'accettazione della remissione (ad opera del querelato), che costituisce il secondo frammento della fattispecie utile a provocare l'estinzione del reato.

Questi istituti infatti sono regolati dal legislatore in modo da potersi estrinsecare (anche) in maniera del tutto deformalizzata.

Sul punto, soccorrono (a) l'art. 124 c.p. sulla rinuncia tacita alla querela, che si manifesta nel compimento di fatti incompatibili con la volontà di querelare, (b) l'art. 152 c.p., relativo alla remissione tacita (extraprocessuale) della querela, che si attua col compimento, da parte del querelante, di fatti incompatibili con la volontà di persistere nella querela, e (c) l'art. 155 c.p., che regola l'accettazione della remissione, la quale non richiede particolari adempimenti, sintetizzandosi nella mancata ricasazione della remissione, e così assumendo una natura ontologicamente tacita<sup>4</sup>.

Non desta stupore che, essendo la rinuncia alla querela istituto raramente sperimentabile nella realtà sociale, molto spesso traducendosi la ritrosia della persona offesa a querelare semplicemente nella mancata esternazione di una istanza punitiva, più diffuso in giurisprudenza è stato il dibattito sui presupposti per ritenere integrata la remissione tacita della querela, ancorata a comportamenti concludenti manifestati in un contesto stragiudiziale ed aventi segno contrario rispetto alla richiesta di punizione già avanzata nelle forme previste; nonché la diatriba sulla significatività di alcuni comportamenti del querelato in grado di dare eventualmente atto della sua accettazione.

Andando per ordine, sul tema della remissione tacita della querela, sono stati esplorati con particolare attenzione i casi della mancata costituzione o della revoca della costituzione di parte civile e quelli della mancata comparizione del querelante in udienza.

<sup>3</sup> Cass. sez. IV, 10 novembre 2020, n. 34737; Cass. sez. V, 18 giugno 2015, dep 2016, n. 2293, CED 266258. In dottrina, PERONI, *Sulle formalità di presentazione della querela*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 4, 416 ss.

<sup>4</sup> Infatti, secondo l'orientamento giurisprudenziale più accreditato, ai fini dell'efficacia della remissione di querela non è indispensabile l'accettazione, essendo sufficiente che, da parte del querelato, non vi sia un rifiuto espresso o tacito della remissione (Cass. sez. V, 12 gennaio 2011, n. 7072, CED 249412). In dottrina, MONTAGNA, *Remissione di querela e mancata comparizione del querelato*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 9, 1069 ss.

Nel primo caso, si è discusso sulla questione se il querelante che non si sia costituito parte civile, o che, dopo essersi costituito parte civile, ne abbia revocato la dichiarazione, manifesti, mediante questo comportamento abdicativo, una chiara remissione di querela.

La giurisprudenza è apparsa costante nel ritenere che in questi casi le vicende negative afferenti alla costituzione di parte civile – mancanza o revoca della costituzione – non appaiono concludenti e non consentono di ritenere venuta meno l'istanza di punizione, in quanto non si traducono in fatti inconciliabili con questa, potendo originare «*da cause indipendenti dalla volontà dell'offeso, da circostanze contingenti e da valutazioni non abdicative e remissorie*». In effetti, secondo l'orientamento più accreditato, la remissione di querela non è ricavabile neppure dall'accettazione del risarcimento dei danni che, apprezzabile quale comportamento preclusivo della costituzione di parte civile, è giustificabile con una diversa motivazione<sup>5</sup>; diversamente, quando all'accettazione del risarcimento cristallizzato in quietanza si accompagni, ad esempio, anche la rinuncia alle vertenze civili e penali<sup>6</sup>.

È dunque solido l'approdo ermeneutico secondo cui non vi è interferenza logico-funzionale tra le decisioni del querelante nella materia risarcitoria e l'istanza punitiva: salvo che sussistano diversi e ulteriori elementi di per sé significativi della dismissione della richiesta di procedere, le successive determinazioni "negative" in ordine alla costituzione di parte civile nel processo penale o alla sua persistenza non attestano la cessazione della volontà punitiva, che corre su binari paralleli e non risente delle vicende processuali della parte privata<sup>7</sup>.

Parimenti, è stata esclusa l'equivalenza tra la remissione di querela e la mancata impugnazione della parte civile avente ad oggetto la sentenza con cui il giudice abbia rigettato la domanda risarcitoria incardinata nel processo penale<sup>8</sup>.

### 1.1. La remissione tacita della querela (e la relativa accettazione).

Quanto alla seconda tematica, essa è apparsa particolarmente spinosa, poiché attiene alla significatività – nel senso, eventualmente, della remissione della querela – della omessa presentazione in udienza da parte del querelante e, più in generale, del disinteresse dimostrato da questi nella vicenda giudiziaria, anche in seguito ad avvisi del giudice sul significato della sua assenza in termini di remissione.

---

<sup>5</sup> In termini, Cass. sez. V, 1° febbraio 2016, n. 20260; Cass. sez. V, 28 novembre 1997, n. 1452, CED 209798; Cass. sez. VI, 25 marzo 1988, n. 82, CED 180082; Cass. sez. VI, 15 gennaio 2003, n. 7759, CED 224075.

<sup>6</sup> Cass. sez. IV, 18 gennaio 2022, n. 13204.

<sup>7</sup> Cass. sez. II, 8 ottobre 2015, n. 41749; Cass. sez. V, 1° febbraio 2016, n. 20260.

<sup>8</sup> Cass. sez. V, 28 ottobre 2019, n. 48239, CED 278041.

Secondo la tesi tradizionale, l'assenza del querelante in udienza non è rappresentativa della desistenza del primo dall'intento punitivo, non sussistendo un obbligo giuridico in capo a costui di partecipare alle udienze; questo principio è stato applicato anche quando la persona offesa querelante sia stata espressamente avvisata che la sua assenza alla successiva udienza sarebbe stata intesa quale remissione tacita della querela<sup>9</sup>.

La tesi si fonda, in generale, sulla ontologica ambiguità dell'inerzia o dell'omissione e dunque su una concezione di remissione tacita in senso commissivo<sup>10</sup>; nel caso più specifico relativo all'assenza del querelante (pur) previamente avvisato sul significato della propria mancata comparizione alla successiva udienza, la Corte di legittimità ha per lungo tempo qualificato questa sequela in termini di remissione processuale, incompatibile con le forme tacite di estrinsecazione<sup>11</sup>.

Ancora, si è affermato che gli artt. 28 e 30 del decreto legislativo n. 274/2000, regolanti particolari ipotesi di assenza ingiustificata del querelante nel rito di pace a ricorso immediato, assumono la natura di norme eccezionali fondate sul peculiare ruolo del querelante, dal cui impulso origina il procedimento stesso, e sull'esigenza di responsabilizzarne il comportamento processuale, sicché esse non possono estendersi o applicarsi analogicamente a casi diversi.

Le argomentazioni di cui sopra sono state recepite dalla Corte di legittimità con la sentenza n. 46088 del 2008, pronunciata a Sezioni unite.

A questa impostazione si è replicato principalmente che, sebbene i fatti incompatibili con la volontà di procedere debbano di regola palesarsi in maniera chiara e incontrovertibile, un simile eccesso di zelo sarebbe intanto in stridente contrasto con gli artt. 529 e 531 c.p.p., che impongono al giudice di emettere sentenza di non doversi procedere avverso l'imputato quand'anche sia dubbia l'esistenza della condizione di procedibilità o la causa di estinzione del reato. Proprio la valorizzazione delle situazioni dubbie in senso favorevole all'imputato condurrebbe, su altro versante, a ritenere superato il principio del *favor querelae*, invece imperniato sulla necessità di interpretare tutti i dati ambigui in senso favorevole al querelante.

Si è poi sostenuto che, se è vero che gli artt. 28 e 30 del d.lgs. 274/2000 tipizzano un significato legale attribuito espressamente all'assenza della persona offesa, è anche vero che detto significato, reggendosi su massime di esperienza consolidate, costituirebbe una regola sociale generalizzata valorizzabile ai sensi dell'art. 152 c.p.: pertanto, il disinteresse manifestato dalla persona offesa nei confronti del procedimento instaurato su suo impulso ben

<sup>9</sup> Cass. sez. II, 20 novembre 2009, n. 44709, CED 245632.

<sup>10</sup> In tal senso, Cass. sez. V, 19 dicembre 2005, n. 46808; conf. Cass. sez. V, 25 gennaio 2005, n. 34089.

<sup>11</sup> Cass. sez. V, 15 febbraio 2005, n. 12861 in *Italggiureweb*. Cfr. in dottrina, GENTILE, *La mancata comparizione della persona offesa al dibattimento non integra remissione tacita di querela*, in *Dir. e giust.*, 2016, 15, 58 ss.

potrebbe integrare un contegno extraprocessuale idoneo a suscitare l'arresto del processo per remissione tacita<sup>12</sup>. Infatti, come sostenuto da una parte della dottrina, «il silenzio di chi avrebbe dovuto dare corpo e fondamento alla pretesa punitiva assume un preciso significato all'interno di un processo accusatorio retto dal principio dialogico»<sup>13</sup>.

Proprio queste critiche hanno orientato il successivo dibattito giurisprudenziale, intanto traslato sulla contigua questione del significato dell'assenza del querelante nel rito di pace a citazione diretta del pubblico ministero. Esso ha visto scontrarsi nuovamente orientamenti contrapposti, fondati sugli argomenti storicamente evocati a sostegno dell'una e dell'altra sponda esegetica, e sopra già analizzati<sup>14</sup>. Le Sezioni unite, mutando convincimento rispetto alla decisione del 2008, hanno ritenuto che l'assenza del querelante in udienza, specificamente avvisato del significato dell'inerzia in termini di remissione della querela, è effettivamente qualificabile come tale, poiché, da un lato, non si tratta di mero silenzio, essendo stato a quest'ultimo attribuito un significato espresso di cui il querelante è a conoscenza e che può contrastare con un comportamento attivo; dall'altro lato, trattasi correttamente di remissione tacita extraprocessuale, siccome non deve confondersi il luogo di estrinsecazione della volontà, costituito da un contesto certamente extraprocessuale, con quello in cui viene espletato il solo riconoscimento degli effetti, rappresentato dalla sede processuale<sup>15</sup>.

Il principio di diritto è stato sottoposto a revisione critica da voci autorevoli del panorama dottrinale. È stato evidenziato, in primo luogo, lo scollamento tra la fattispecie e la disposizione di legge, anche in virtù del fatto che il giudice, nell'esprimere personalmente il significato attribuibile all'assenza del querelante, si atteggierebbe indebitamente a fonte normativa; in secondo luogo, è stato affermato che con questa decisione le Sezioni unite avrebbero indebitamente sovrapposto le due tipologie di remissione processuale ed extraprocessuale<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> LAURINO, *La remissione tacita della querela per omessa comparizione della persona offesa dopo le leggi sul giusto processo e sulla competenza penale del giudice di pace*, in *Cass. pen.*, 2003, 1021; CERQUA, *L'assenza ingiustificata del querelante in dibattimento equivale a remissione tacita della querela? Brevi riflessioni*, in *Giur. mer.*, 2005, 4, 1028 ss.

<sup>13</sup> Così, efficacemente, DEL VECCHIO, *Remissione tacita per assenza del querelante: non è questo il tempo dei revirement giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 5, 613 ss.

<sup>14</sup> Cass. sez. V, 22 dicembre 2015, n. 8638; Cass. sez. V, 1° febbraio 2016, n. 12417. In dottrina, cfr. P. GRILLO, *L'assenza del querelante ha un significato ben preciso: remissione tacita*, in *Dir. e giust.*, 2016, 32, pp. 10 ss.

<sup>15</sup> Cass. sez. un., 23 giugno 2016, n. 31668, CED 267239; in passato, Cass. sez. V, 19 marzo 2008, n. 14063. In dottrina, v. ALESCI, *La mancata comparizione in udienza del querelante previamente ed espressamente avvertito integra remissione tacita di querela*, in *Proc. pen. e giust.*, 2016, 5; IACOBACCI, *Disorientamenti persistenti in tema di remissione tacita della querela*, in *Riv. pen.*, 2011, 321 ss.; GALLUCCI, *La mancata comparizione in dibattimento del querelante, anche se preceduta da apposito avviso del giudice, non integra remissione della querela. perché la decisione delle sezioni unite non appare persuasiva*, in *Cass. pen.*, 2009, 4, 1409 ss.

<sup>16</sup> MORSELLI, *Remissione tacita di querela e mancata comparizione del querelante: considerazioni*

Ciò nonostante, la statuizione di legittimità assunta dal massimo consesso nomofilattico è stata ripresa e confermata da una lunga serie di pronunce giurisprudenziali<sup>17</sup>, che l'hanno peraltro estesa pacificamente al processo innanzi al tribunale<sup>18</sup>, escludendo tuttavia la configurabilità di una condotta di tacita remissione di querela laddove la persona offesa, nonostante le ripetute assenze alle udienze, non abbia nel complesso manifestato in maniera chiara una volontà incompatibile con quella di disinteressarsi del processo<sup>19</sup>.

Con l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 150 del 2022 (c.d. riforma "Cartabia"), la questione è stata definitivamente risolta poiché, come accaduto per il rito dinanzi al giudice di pace, il legislatore ha predisposto una speciale disciplina che tipizza legalmente gli effetti dell'assenza in udienza del querelante. Sin dal primo contatto con l'autorità giudiziaria, il querelante, ai sensi dell'art. 90-*bis*, lett. n-*bis*), c.p.p., è avvisato che la sua mancata comparizione, senza giustificato motivo, all'udienza in cui egli è chiamato a deporre come testimone, comporta la remissione tacita della querela, ai sensi dell'art. 152 co. 3, n. 1, c.p., pure novellato in conformità.

Simili perplessità hanno interessato l'istituto dell'accettazione, da parte del querelato, della remissione avanzata – in maniera eventualmente tacita – dal querelante; ci si domandava, infatti, quale significato potesse assumere l'assenza in udienza del querelato dopo che il querelante avesse già rimesso la querela<sup>20</sup>. Sebbene secondo un primo orientamento, minoritario, per ritenere accettata la remissione sarebbe risultata sufficiente l'assenza del querelato alla successiva udienza, a prescindere dalla conoscenza (o conoscibilità) da parte sua dell'avvenuta remissione, la giurisprudenza di legittimità si divideva in due prevalenti filoni: l'uno secondo il quale sarebbe stato sufficiente verificare la conoscenza (o conoscibilità) in capo al querelato dell'avvenuta remissione e la sua assenza alla successiva udienza; l'altro che invece riteneva necessario che il querelato fosse stato anche avvisato del significato della sua assenza a quell'udienza, nel senso che la sua mancata comparizione sarebbe stata intesa quale accettazione<sup>21</sup>.

Il quesito è stato risolto dalle Sezioni unite con la sentenza n. 27610/2011<sup>22</sup>, nel senso che la sequela estintiva composta dalla remissione della querela e dalla sua accettazione avrebbe potuto ritenersi integrata per il sol fatto che

---

su Cass. pen., sez. un., 21 luglio 2016, n. 31668, in Riv. pen., 2017, 5, 468 ss.; FANULI, *La remissione tacita di querela. Un istituto da rivisitare*, in Riv. pen., 2002, 588 ss.

<sup>17</sup> Cass. sez. IV, 15 febbraio 2021, n. 5801, in CED 280484; Cass. sez. V, 8 maggio 2019, n. 19731. In dottrina, si veda GRILLO, *Le Sezioni Unite si pronunciano sulla remissione tacita della querela*, in Dir. e giust., 2016, 33, 76 ss.

<sup>18</sup> Di recente, *ex multis*, Cass. sez. III, 29 settembre 2022, n. 47039.

<sup>19</sup> Cass. sez. V, sent. 19731/2019, cit.

<sup>20</sup> LEO, *Remissione della querela e accettazione*, in Dir. pen. proc., 2010, 7, 818 ss.

<sup>21</sup> Per tutti, PICCIALLI, *Remissione di querela ed "accettazione tacita"*, in Corr. mer., 2011, 11, 1089 ss.

<sup>22</sup> Cass. sez. un., 25 maggio 2011, n. 27610, in CED 250201 e in Giust. pen., 2012, 6, III, 273 ss., con nota di ORLANDI, *Omessa ricusa della remissione di querela e diritto del querelato all'informazione*.



alla remissione, conosciuta o conoscibile dal querelato, fosse seguita l'inerzia di quest'ultimo. Ciò perché, a dispetto della infelice formulazione lessicale contenuta nella rubrica dell'art. 155 c.p., non si richiede al querelato una effettiva "accettazione", quanto piuttosto una mancata ricusazione della remissione, ciò che contribuisce a impregnare la c.d. accettazione di una ontologia omissiva e dunque tacita; ai fini estintivi, è dunque sufficiente che il querelato sia stato reso edotto della avvenuta remissione, o sia stato messo in condizione di conoscerla, e abbia potuto determinarsi in ordine all'eventuale ricusazione, al fine di vedere tutelato il proprio principale diritto a farsi giudicare per vedere affermata l'assenza della propria responsabilità penale<sup>23</sup>.

La sentenza è parsa criticabile nella parte in cui valorizza il dato della conoscibilità della remissione, in primo luogo perché non identifica i presupposti di detta conoscibilità; inoltre, perché – come ragionevolmente sostenuto in dottrina – l'inerzia a fronte della conoscibilità, che non è conoscenza effettiva, non potrebbe essere intesa come mancata ricusazione<sup>24</sup>.

## 2. Deformalizzazione della querela e costituzione di parte civile.

Nei paragrafi che precedono, si è inteso mostrare al lettore la differenza tra il momento propositivo della querela, caratterizzato da un formalismo attenuato, e il momento abdicativo, connotato da una vocazione marcatamente sostanzialista.

Infatti, quanto alla istanza punitiva, al formalismo relativo alla legittimazione attiva e al metodo di introduzione fanno da contraltare il *favor querelae* e la deformalizzazione della dichiarazione con cui la persona offesa chiede procedersi per un fatto costituente reato.

Tale deformalizzazione non incide, in altri termini, sui requisiti della querela, che restano quelli già analizzati, ma sulle connotazioni strettamente lessicali della domanda di punizione. Ciò vuol dire che non è richiesto al querelante l'utilizzo di specifiche espressioni da cui dipenda la validità della querela, essendo essenziale che egli, coi costrutti linguistici utilizzati, renda comunque chiara la volontà che si proceda per l'accertamento dei fatti e per la punizione del colpevole.

È stato ad esempio assegnato il significato di querela alle seguenti dichiarazioni: a) la volontà di sporgere "denuncia-querela", trasfusa nel verbale di denuncia e firmata dal denunciante<sup>25</sup>; b) la richiesta urgente di adottare provvedimenti contro la persona denunciata<sup>26</sup>; c) la richiesta di essere informato nel caso di istanza di archiviazione, al fine di presentare rituale op-

<sup>23</sup> FOCI, *Approfondimenti sulla desistenza dalla querela*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 5, 584 ss.

<sup>24</sup> POTETTI, *Remissione di querela, accettazione, non rifiuto: la soluzione delle sezioni unite e i problemi pratici che ne conseguono*, in *Cass. pen.*, 2012, 12, 4043B ss.

<sup>25</sup> Cass. sez. IV, 30 gennaio 2020, n. 10789, CED 278654; Cass. sez. IV, 7 novembre 2019, dep. 2020, n. 3733, CED 278034.

<sup>26</sup> Cass. sez. V, 29 gennaio 2019, n. 18267, CED 275912.



posizione<sup>27</sup>; d) l'espressa qualificazione dell'atto redatto e depositato dalla persona offesa come "denuncia-querela"<sup>28</sup>.

Detto altrimenti, può essere intesa quale valida querela la tempestiva dichiarazione dalla quale emerga in maniera più o meno univoca, la richiesta del dichiarante all'autorità giudiziaria di procedere e irrogare una sanzione penale nei confronti del querelato. Giova comunque immediatamente evidenziare che, sebbene non richieda particolari forme o specifici contenuti lessicali, la querela deve esprimersi mediante una "dichiarazione", orale o scritta, esternata dalla persona offesa o dal suo procuratore speciale, e pertanto non può essere ritenuto parificabile ad una querela un "comportamento" della persona o del suo procuratore.

La giurisprudenza ha anche affermato il rilievo della costituzione di parte civile, o di dizioni che la richiamino, ai fini della esistenza di una regolare querela. Sono state ad esempio interpretate come querele la palesata volontà o la riserva di costituirsi parte civile nell'instaurando procedimento, espresse già in sede di denuncia<sup>29</sup>.

Si noti che, con riferimento a questi ultimi casi, le espressioni adoperate sono in grado di evocare con sufficiente affidabilità la manifestazione di volontà punitiva, atteso che quest'ultima costituisce il presupposto logico-giuridico della pretesa civilistica; il dichiarante non può determinarsi alla costituzione di parte civile, così come non può efficacemente riservarsi in ordine a questa scelta, se intanto non sia convinto di voler perseguire penalmente il reo.

Il rilievo della costituzione di parte civile ai fini della querela si tocca con mano anche sotto altri due versanti.

Il primo è quello della "estensione" della già avvenuta costituzione di parte nel caso di contestazioni suppletive da parte del pubblico ministero aventi ad oggetto reati procedibili a querela, evidentemente qualora tali fatti non fossero già oggetto della querela iniziale; il secondo è quello dell'intervento o della "persistenza" della costituzione di parte civile nel caso di mutamento del regime di procedibilità, da procedibilità d'ufficio a procedibilità a querela, naturalmente nelle ipotesi in cui una querela manchi dal principio.

Con riferimento alla prima questione, infatti, la Corte di legittimità ha condivisibilmente escluso che, nel caso di reato contestato in via suppletiva ai sensi degli artt. 517 ss. c.p.p., la querela iniziale relativa al solo fatto di cui all'originaria imputazione possa estendere i propri effetti automaticamente ai nuovi reati contestati dal pubblico ministero in corso di attività istruttoria, poiché tale estensione automatica non risulta prevista da alcuna nor-

<sup>27</sup> Cass. sez. V, 12 ottobre 2021, n. 2665, CED 282648.

<sup>28</sup> Cass. sez. V, ord. 15 febbraio 2016, n. 15166, CED 266722; Cass. sez. V, 5 dicembre 2013, dep. 2014, n. 1710, CED 258682.

<sup>29</sup> Cass. sez. II, 5 dicembre 2019, dep. 2020, n. 5193; Cass. sez. V, 6 dicembre 2013, n. 15691, dep. 2014, CED 260557; Cass. sez. fer., 2 agosto 2012, n. 36001.

ma del codice di rito<sup>30</sup>. Dunque, secondo la privilegiata ermeneusi, i termini per l'esternazione della volontà punitiva in rapporto a fatti-reato procedibili a querela di parte ma contestati soltanto in una fase molto avanzata della vicenda giudiziaria non possono che "riaprirsi" e decorrere dalla data della nuova contestazione; a partire da questo momento, essendo come detto la proposizione della querela-dichiarazione sganciata da stringenti requisiti contenutistici, si ritiene sufficiente ad attestare la volontà di procedere la dichiarazione con cui la parte civile estende l'atto di costituzione al reato da ultimo contestato dalla pubblica accusa<sup>31</sup>.

In dottrina, la cennata impostazione è stata sottoposta a serrata critica, poiché deriverebbe da una fuorviante interpretazione praticata a monte sul dato letterale di cui all'art. 336 c.p.p., ove si attribuisce alla querela il ruolo di "manifestare" la volontà di procedere per un fatto previsto dalla legge come reato. Si osserva che la corretta lettura del verbo adoperato imporrebbe di ritenere valida la querela soltanto quando il querelante abbia dichiarato in maniera espressa di volere l'accertamento dei fatti e la punizione del colpevole, non potendosi per converso reputare sufficienti le dichiarazioni che solo implicitamente rimandino a detta volontà; tra queste, andrebbe annoverata la dichiarazione di costituzione di parte civile (o la sua estensione al nuovo reato), che paleserebbe la *voluntas puniendi* soltanto previo ricorso ad un ragionamento inferenziale, in contrasto col testo della norma<sup>32</sup>.

In disparte le interessanti riflessioni che questa parte della letteratura riserva alle nozioni di dichiarazione e di volontà punitiva manifesta, pare che l'aspetto più allarmante si riferisca al rischio latente che, applicando in maniera piana il principio di diritto espresso dalla suprema Corte in materia di contestazioni suppletive, si possa consentire alla persona offesa costituita di aggirare i termini previsti dall'art. 124 co. 1 c.p.; il ragionamento che la Corte della nomofilachia propone appare condivisibile soltanto nei rari casi in cui il reato contestato dall'accusa in udienza fosse, al momento della denuncia, sconosciuto alla persona offesa e non conoscibile da questa, siccome in caso contrario sarebbe stato suo onere proporre una tempestiva querela sin dall'inizio.

Virando lo sguardo al diverso tema del mutamento del regime della procedibilità in virtù di una normativa sopravvenuta, occorre particolare cautela. Si sta facendo riferimento a tutti quei casi in cui, denunciato un reato procedibile d'ufficio, non sia intervenuta una querela, siano scaduti i termini per proporla, e successivamente il legislatore sia intervenuto modificando il regime di procedibilità, portandolo da procedibilità d'ufficio a procedibilità a querela di parte; è evidente che, dopo l'entrata in vigore della nuova norma-

<sup>30</sup> Cass. sez. V, 10 novembre 2003, n. 46311, CED 227473.

<sup>31</sup> Cass. sez. VI, 7 ottobre 2020, n. 29546; Cass. sez. V, 16 febbraio 2016, n. 29205.

<sup>32</sup> BUZURA, *Querela e costituzione di parte civile fra (in)fungibilità e disorientamenti applicativi*, in *Diritto di difesa*, 2022, 2, 227 ss.

tiva, a balzare all'occhio dell'operatore sarà proprio l'assenza di una querela per il reato oggetto del procedimento penale giunto a fase avanzata.

Quando ciò è accaduto, il legislatore è intervenuto con la predisposizione di normative transitorie chiaramente orientate a consentire alla persona offesa astrattamente legittimata alla querela di sporgerla nei termini di legge: così è stato fatto col decreto legislativo n. 36 del 2018, nel quale veniva previsto l'obbligo di avvisare la persona offesa della facoltà di avanzare istanza di punizione.

Proprio in seguito alla novella legislativa da ultimo richiamata, le Sezioni unite sono intervenute con la sentenza n. 40150 del 2018, affermando – nell'ambito di alcuni *obiter dicta* funzionali alla risoluzione di altre e diverse questioni a loro affidate dalle sezioni semplici – che l'avviso alla persona offesa può essere omesso quando risulti che ella abbia già sporto querela manifestando, in un atto del procedimento, la volontà di instare per la punizione dell'imputato<sup>33</sup>. Tra le modalità ritenute significative, in ossequio al principio per cui l'ordinamento non richiede per la istanza punitiva l'utilizzo di formule particolari, figurano, a giudizio del supremo consesso nomofilattico, anche la "costituzione" di parte civile<sup>34</sup> e la "persistenza" di tale costituzione nei successivi gradi di giudizio<sup>35</sup>.

Gli assunti giurisprudenziali appena cennati sono ritornati *in auge* in occasione della recente entrata in vigore del decreto legislativo n. 150 del 2022 (c.d. riforma "Cartabia"), col quale, a fronte della espansione delle ipotesi criminose procedibili a querela, è stata prevista la riapertura del termine di tre mesi dall'entrata in vigore della novella, escludendo però l'obbligo di avvisare la persona offesa circa il recupero postumo del diritto<sup>36</sup>.

Non sconvolge allora che l'ampliamento del novero delle ipotesi criminose procedibili a querela di parte abbia imposto alla più recente giurisprudenza di legittimità di ripercorrere nuovamente il terreno già battuto dalle Sezioni unite con la sentenza richiamata, e consentito alla stessa di riaffermarne gli approdi.

Infatti, con la sentenza n. 16570/2023, la Corte di cassazione è ritornata sul tema del sopravvenuto alleggerimento del regime di procedibilità, interrogandosi sul significato da attribuire alla persistenza della costituzione di parte civile, già posta in essere dalla persona offesa danneggiata, e sul senso delle conclusioni scritte presentate in udienza. Giova infatti domandarsi se queste condotte contengano la manifestazione di volontà orientata alla punizione del colpevole, in ossequio a quanto richiesto dagli artt. 120 ss. c.p. e

<sup>33</sup> Principio poi ripreso da Cass. sez. V, 10 novembre 2003, n. 46311, CED 227473; conf. Cass. sez. V, 10 ottobre 2019, n. 44114, CED 277432.

<sup>34</sup> Cass. sez. III, 9 gennaio 2023, n. 19971; Cass. sez. II, 20 settembre 2019, n. 48958; Cass. sez. II, 3 maggio 2011, n. 19077; Cass. sez. V, 19 ottobre 2001, n. 43478, CED220259.

<sup>35</sup> Si veda Cass. sez. II, 18 giugno 2019, n. 28305.

<sup>36</sup> DODARO, *Le modifiche alla disciplina della querela*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1, 63 ss.

336 ss. c.p.p., e dunque possano essere valorizzate nel caso in cui una modifica legislativa ne abbia riaperto il termine di legge.

Si muove dal basilare principio, cristallizzato nel combinato disposto dei richiamati articoli, secondo cui la persona offesa, ove intenda sporgere querela, deve farlo mediante una “dichiarazione”, orale o scritta, nella quale, personalmente o a mezzo di procuratore speciale manifesta la volontà che si proceda in ordine a un fatto previsto dalla legge come reato.

La sentenza in commento si incanala nel recente filone giurisprudenziale, per cui, nel caso di mutamento del regime di procedibilità – da procedibilità d'ufficio a procedibilità a querela –, può ritenersi manifestazione di volontà di punizione del colpevole anche la persistenza della precedente costituzione di parte civile durante il decorso del lasso temporale ex art. 124 c.p.<sup>37</sup>.

La pronuncia riserva un ulteriore cenno alla rilevanza delle conclusioni di parte civile. La Corte, infatti, si esprime nel senso che «*non ricorre [...] il difetto della querela richiesta dall'art. 3 d.lgs. n. 150 del 2022, perché, in relazione al reato per cui si procede, sono rimaste ferme alcune costituzioni di parte civile e una delle parti civili ha anche presentato le sue conclusioni in udienza*»<sup>38</sup>.

Aggiunge poco dopo, riprendendo gli autorevoli arresti giurisprudenziali precedenti, anche a Sezioni unite, che «*la sussistenza della volontà di punizione da parte della persona offesa, non richiedendo formule particolari, può essere riconosciuta dal giudice anche in atti che non contengono la sua esplicita manifestazione, e, quindi, può essere riconosciuta anche nell'atto con il quale la persona offesa si costituisce parte civile, nonché nella persistenza di tale costituzione nei successivi gradi di giudizio, con la conseguenza che i precisati atti e comportamenti possono ritenersi equivalenti ad una querela nel caso in cui la proposizione di quest'ultima sia divenuta necessaria per disposizioni normative sopravvenute nel corso del giudizio*»<sup>39</sup>.

## 2.1. Disambiguazione del concetto di persistenza della costituzione di parte civile.

Le statuizioni della suprema Corte sono state salutate con favore da una branca della dottrina, siccome compensano l'omessa previsione dell'avviso alla persona offesa; si afferma che la valorizzazione della nozione sostanziale di querela assume particolare pregnanza in questi casi in quanto scongiura di fatto irragionevoli declaratorie di improcedibilità per difetto di querela<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Cass. sez. VI, 7 febbraio 2023, n. 20624; Cass. sez. IV, 9 febbraio 2023, n. 7878.

<sup>38</sup> Si veda pagina 6 della sentenza in commento.

<sup>39</sup> Cass. sez. II, 5 dicembre 2019, n. 5193, CED 277801; Cass. sez. un., 21 giugno 2018, n. 40150; Cass. sez. V, 19 ottobre 2001, n. 43478, CED 220259. In dottrina, si veda LA REGINA, *Reati divenuti perseguibili a querela*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 5, 632 ss.

<sup>40</sup> V. NIZZA, *Cambiamento delle condizioni di procedibilità: la costituzione di parte civile equivale alla querela*, in *Il Penalista*, 27 marzo 2023.

Pare a chi scrive che le riflessioni che precedono vadano maneggiate con la dovuta cautela e adattate attentamente ai casi concreti; un utilizzo poco ponderato dei predetti principi, spesso oggetto di massimazione poco specifica, rischia di generare equivoci, finendo per giustificare la validazione, in termini di querela, del mero comportamento, che “dichiarazione” non è.

Va opportunamente rilevato che il principio di diritto espresso dalla sentenza in commento, in continuità con gli assunti giurisprudenziali già consolidati, appare particolarmente conferente quando la persistenza della costituzione di parte civile sia stata registrata nei giudizi di impugnazione, notoriamente caratterizzati da snellimento operativo e maggiori celerità e contrazione dei tempi procedurali, ciò che induce a intravedere una sostanziale coincidenza tra la persistenza della costituzione di parte e una “dichiarazione”, espressa in udienza, implicitamente significativa della volontà di punizione: il riferimento più importante è alle conclusioni della parte civile, con cui la stessa, mediante il procuratore speciale, avanza una richiesta formale raccolta a verbale dalla quale non può che desumersi la volontà di punizione del colpevole, che ne costituisce la premessa logica.

Nella prospettiva contraria, e cioè nell’ottica della omessa dichiarazione di voler procedere, può evidentemente essere valorizzata la mancata comparizione della parte civile e del suo difensore nell’udienza relativa al giudizio di impugnazione.

Quanto al giudizio di primo grado, preme distinguere le ipotesi più rilevanti e ricorrenti, restando nel solco delle fattispecie analizzate dal giudice nomofilattico.

Il primo caso è quello in cui nel procedimento penale non sia stata sporta inizialmente una querela e, avviato il procedimento, si sia giunti – sempre in assenza di querela – in dibattimento, nel quale la persona offesa danneggiata si sia costituita parte civile nelle forme e nei termini di legge, evidentemente ben oltre il termine di tre mesi dalla conoscenza del reato; dopo la costituzione di parte civile, ampiamente scaduti i tre mesi dalla conoscenza del reato, sia intervenuta una normativa che abbia reso il reato procedibile a querela. In questo caso, un’asettica applicazione del principio espresso dalla suprema Corte, che discorre di significatività della persistenza della costituzione di parte civile indurrebbe a sostenere che la sola presenza della parte civile possa per ciò solo esprimere la più volte richiamata volontà di punizione. Tale deduzione sfuggirebbe alla prescrizione normativa, assegnando un rilievo dirimente ad un comportamento e non ad una dichiarazione<sup>41</sup>.

Diversamente, allorquando la costituzione di parte civile avvenga esattamente nell’ambito dei tre mesi dalla data in cui la novella legislativa abbia alleggerito il regime di procedibilità. In questo caso, infatti, è possibile valo-

<sup>41</sup> In giurisprudenza, Cass. sez. IV, 5 dicembre 2018, n. 7532, CED 275128; v. in dottrina, L. Norcio, sub art. 336, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, Milano, 2023, t. II, 1564 ss.

rizzare la “dichiarazione” di costituzione di parte civile, la quale, provenendo dalla persona offesa, presuppone limpidamente l'intenzione di quest'ultima di procedere avverso l'imputato<sup>42</sup>.

Stesso ragionamento può essere svolto nel caso in cui, non ancora decorsi i tre mesi per la proposizione della querela, in uno dei gradi di giudizio, il procuratore speciale della parte civile abbia dichiarato a verbale o per iscritto, in nome e per conto del suo assistito, di voler proseguire nell'azione penale; o egli abbia rassegnato le conclusioni, circostanza che, coincidendo con l'istanza finale volta alla declaratoria di responsabilità dell'imputato, pure contiene inequivocabilmente la volontà della persona offesa che il procedimento vada avanti e si concluda con l'irrogazione di una sanzione penale.

### 3. Postilla. Il giudice può (davvero) ricevere la querela?

Tutte le aperture giurisprudenziali che precedono, inerenti alla possibilità di ritenere validamente espressa la querela con dichiarazioni riversate in atti processuali o esternate nel processo, poggiano sulla preconditione per cui il giudice possa essere annoverato tra i soggetti legittimati a ricevere la querela. In verità, non esiste alcuna norma che, nel codice di rito, consenta di sostenere con sicurezza un simile assunto. Le regole in materia di querela assegnano espressamente soltanto al pubblico ministero e all'ufficiale di polizia giudiziaria il potere di ricevere la querela (artt. 333, 337 c.p.p.)<sup>43</sup>.

Ciò nonostante, con alcune pronunce giurisprudenziali, la Corte di legittimità ha ritenuto valida la querela ricevuta da un ufficio giudiziario diverso dalla procura, ad esempio dalla cancelleria del tribunale, aprendo di fatto la strada alla possibilità che anche lo stesso giudice la riceva. Questi gli argomenti a sostegno: 1) è sufficiente che chi riceve la querela sia dotato di poteri certificativi che attestino la certezza della presentazione e della provenienza; 2) è irragionevole consentire l'invio per posta raccomandata, basato sulla ricezione della querela da parte di un ufficio postale, e non il deposito della querela presso un ufficio giudiziario, fornito di massima affidabilità in ordine alle attestazioni di ricezione e provenienza<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Nello stesso senso la giurisprudenza di legittimità, v. Cass. sez. II, 3 maggio 2011, n. 19077; cfr. anche le più risalenti pronunce Cass. 21 settembre 1992, Porcellana, CED 192135 e Cass. 11 gennaio 1984, Accogli, CED 163559.

<sup>43</sup> Nella giurisprudenza più risalente, Cass. pen., 11 aprile 1986, Carmozzini, in *Cass. pen.*, 1987, 1205. Per la tassatività dei soggetti legittimati a ricevere la querela, VOLPE, voce *Querela*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1999, 570; cfr. SURACI, *La querela: un istituto rivitalizzato, tra diritto e processo penale. La querela: istituto sospeso tra due codici ma protagonista della procedura*, in *Giur. it.*, 2021, 4, 984 ss.

<sup>44</sup> Cass. sez. IV, 22 marzo 2006, n. 19198, CED 234196. In dottrina, SILVESTRI, TRIPICIONE, *sub art. 337*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretto da Lattanzio-Lupo, vol. III, Milano, 2020, 96; conf. DEGANELLO, *sub art. 337*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di Illuminati-Giuliani, Padova, 2020, 1631; v. anche NORCIO, *sub art. 337*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher, Milano, 2023, VI ed., t. II, 1591.

Il principio di diritto è stato ripreso in maniera tralatizia da successiva giurisprudenza, fino a integrare una consolidata prassi giudiziaria mai contestata, in ragione del pragmatismo e della innegabile ragionevolezza di fondo che la permeano<sup>45</sup>.

Si consentano però alcune lapidarie osservazioni in proposito.

La sufficienza del potere certificativo della presentazione e della provenienza abiliterebbe qualunque soggetto dell'ordinamento giuridico fornito di quel potere a ricevere querele e trasmetterle agli uffici requirenti per il prosieguo (notaio, segretario comunale, etc.).

In secondo luogo, l'argomento relativo all'invio per posta raccomandata confonde la modalità di trasmissione con il soggetto legittimato a ricevere la querela, che non è l'ufficio postale ma il destinatario della spedizione.

Ancora, l'interpretazione secondo la quale il giudice sarebbe legittimato a ricevere la querela, poiché palesemente disancorata da un dato testuale, necessiterebbe in astratto dell'applicazione analogica di altra norma che almeno consenta a quel soggetto processuale di ricevere altri atti o dichiarazioni nella medesima materia: l'unica norma che viene in rilievo è quella sulla remissione processuale della querela (art. 152 co. 2, c.p.). Potrebbe infatti in astratto sostenersi che, se al giudice è conferito il potere di recepire l'atto contrario alla querela, dovrebbe essergli consentito anche di ricevere la querela.

L'interpretazione analogica sconterebbe comunque alcune mancanze. In particolare, potrebbe obiettarsi che la normativa vigente consente al giudice di ricevere la remissione processuale poiché, versandosi nel campo delle cause estintive del reato, il legislatore ha deciso di estendere al massimo i campi esplicativi dei relativi presupposti; difetterebbe allora la *eadem ratio* rispetto al caso della acquisizione della querela, che invece opera quale preliminare presupposto di procedibilità e punibilità<sup>46</sup>.

D'altra parte, essendo impregnata la condizione di procedibilità di una natura anche sostanziale, si tratterebbe di una interpretazione analogica *in malam partem* non ammessa dall'ordinamento penale<sup>47</sup>.

Insomma, l'acquisizione della querela da parte del giudice rischia di restare una prassi giudiziaria consolidata e incontestata, sebbene priva di solide basi logico-giuridiche.

<sup>45</sup> Cass. sez. III, 6 dicembre 2011, dep. 2012, n. 2847, CED 251911.

<sup>46</sup> Sull'adozione anima dell'istituto della querela, v. CORDERO, *Merito nel diritto processuale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 666; GAITO, *Querela, richiesta, istanza*, in *Enc. giur.*, Roma, XXV, 1991, 12.

<sup>47</sup> Sulla natura sostanziale, si rinvia a SCORDAMAGLIA, *La querela: un istituto rivitalizzato, tra diritto e processo penale. Il volto sostanziale della querela e la sua disciplina*, in *Giur. it.*, 2021, 4, 984 ss.; SCAPARONE, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, diretto da Conso-Grevi, Padova, 2006, 483. In giurisprudenza si veda Cass. sez. II, 09 gennaio 2020, n. 14987, in *De Jure*, che ha riconosciuto l'applicabilità, nel caso di mutamento del regime di procedibilità, dell'art. 2 comma 4, c.p.





## ***Nemo tenetur alterum detegere.*** **L'identificazione del beneficiario del comportamento conforme a fattispecie nei delitti contro l'attività giudiziaria a valle delle Sezioni Unite Fialova e degli orientamenti successivi**

**Bruno Andò\***

**Sommario:** **1.** Premessa. – **2.** La giurisprudenza antecedente le Sezioni Unite del 2021 e l'ordinanza di rimessione. – **3.** Le Sezioni Unite Fialova. – **4.** La giurisprudenza successiva. – **5.** Cenni sulle cause di giustificazione. – **6.** Perché l'art. 384 comma 1 c.p. sembra una causa di giustificazione. – **7.** La natura di eccezione rispetto allo *standard* dello stato di necessità.

### **ABSTRACT**

Il contributo nasce dalle considerazioni formulate dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel corpo di una recente sentenza relativa alla previsione con cui l'art. 384 comma 1 c.p. stabilisce la non punibilità di alcune condotte di reato contro l'amministrazione della giustizia qualora commesse con lo scopo di salvare sé o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocuoimento nella libertà o nell'onore. Secondo l'autore, nonostante la sentenza delle Sezioni Unite possa apparire corretta da un punto di vista sociale, essa non ha correttamente identificato la natura della causa di esclusione della responsabilità prevista dalla norma sopra menzionata ed è andata oltre la massima estensione della possibile interpretazione della disposizione in commento, così creando, tra l'altro, dei possibili rischi in termini di certezza del diritto. Il contributo, in particolare, anche mediante l'analisi della giurisprudenza successiva e degli istituti sostanziali coinvolti, si pone nella prospettiva di una qualificazione della clausola prevista dall'art. 384 c.p. come causa di giustificazione avente natura di eccezione – come tale, non estensibile a soggetti, a reati od a rapporti diversi da quelli indicati dalla norma – piuttosto che come causa di esclusione della colpevolezza determinata dalla inesigibilità della condotta.

*The contribution stems from the considerations formulated by the United Sections of the Court of Cassation in a recent judgment concerning the provision whereby Article 384(1) of the Criminal Code provides for the non-punishability of certain criminal conduct against the administration of justice when committed with the aim of saving oneself or a close relative from serious and unavoidable harm to liberty or honour. According to the author, although the ruling of the United Sections may appear to be correct from a social point of view, it did not correctly identify the nature of the cause of exclusion of responsibility provided for by the aforementioned rule and went beyond the maximum extent of the possible interpretation of the provision in question, thus creating, inter alia, possible risks in terms of legal certainty. The contribution, in par-*

---

\* Avvocato e Dottore di Ricerca.

*ticular, also by analysis of the subsequent case law and the substantive institutes involved, takes the view of qualifying the clause provided for by Article 384 of the Criminal Code as a cause of justification having the nature of an exception – as such, not extendable to persons, offences or relationships other than those indicated by the rule – rather than as a cause of exclusion of guilt determined by the uncollectability of the conduct.*

## 1. Premessa.

L'articolo 384 comma 1 del Codice penale prevede che non sia punibile chi commette alcuni dei reati contro l'amministrazione della giustizia, ed in particolare contro l'attività giudiziaria, *“per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore”*.

La disposizione in parola ha sollevato non pochi problemi interpretativi circa la corretta qualificazione giuridica della clausola ivi contenuta, che necessariamente passa attraverso una valutazione comparativa – e ciò anche soltanto ai fini dell'esclusione dell'interferenza – con la disposizione contenuta all'articolo 54 c.p., che prevede la non punibilità, a certe condizioni, ma senza limitazioni da un punto di vista oggettivo (rispetto ai reati applicabili) o relazionale (quanto all'eventuale esistenza di rapporti personali tra il soggetto agente ed il soggetto necessitato), di reati commessi per esser stati costretti dall'esigenza di salvare se stesso od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona (potremmo anche dire alla vita o all'incolumità personale).

Nell'interpretazione della clausola di cui al primo comma dell'art. 384 c.p. l'apparente traguardo sembrava essere stato raggiunto grazie al noto intervento della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 2021, che, tuttavia, nonostante l'articolata argomentazione e l'attenta analisi evolutiva della normativa, e sebbene umanamente molto apprezzabile, non sembra altrettanto insuperabile sotto un profilo tecnico.

Tale ultimo arresto, come vedremo, costituisce l'approdo di un orientamento che, probabilmente anche per la particolare delicatezza delle questioni, che subiscono in maniera profonda l'evoluzione del sentire sociale e la cui soluzione – semmai rigorosamente legata al dato normativo – può destare il fianco a contestazioni di natura ideologica, prima di allora non risultava consolidato.

L'interpretazione delle Sezioni Unite è stata infatti messa in discussione dalla dottrina e dalla giurisprudenza successive, che hanno profilato delle possibili qualificazioni giuridiche alternative della clausola in parola.

La questione porta con sé un'ulteriore problematica, ossia quella della eccezionalità della disposizione e, dunque, della sua applicabilità in via di analogia.

## 2. La giurisprudenza antecedente le Sezioni Unite del 2021 e l'ordinanza di rimessione.

La Sesta Sezione Penale Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 1825 del 2020, aveva rimesso alle Sezioni Unite la questione relativa all'applicabilità dell'art. 384 comma 1 c.p. anche rispetto a coloro che abbiano commesso i reati ivi indicati per salvare non tanto sé o un prossimo congiunto, bensì il proprio convivente *more uxorio*<sup>1</sup>, da un grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore.

La questione, in realtà, coinvolgeva non solo, o non tanto, l'art. 384 c.p., quanto l'art. 307 comma 4 c.p., il quale afferma che “*agli effetti della legge penale s'intendono per i prossimi congiunti gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti*”<sup>2</sup>, ed esclude, quindi, dall'applicabilità della norma, le coppie, eterosessuali od omosessuali, che convivono stabilmente come se fossero coniugi ovvero parti di un'unione civile.

L'esigenza di una pronuncia delle Sezioni Unite traeva origine, secondo la Sezione semplice, dall'esistenza di un contrasto interno all'orientamento della Corte di legittimità al quale si aggiungevano – oltre alle resistenze dottrinali all'estensione dell'applicazione della norma ai soggetti diversi da quelli indicati nel testo della stessa – le considerazioni svolte dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale<sup>3</sup> e dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>4</sup>.

Secondo il tradizionale orientamento, legittimato dalle pronunce della Consulta, l'indicazione contenuta nell'art. 384 c.p. sarebbe chiusa, ragion per cui la norma in parola non sarebbe applicabile a soggetti (*rectius*, rapporti) diversi ed ulteriori<sup>5</sup>, così come, evidentemente, a fattispecie penali diverse ed ulteriori da quelle ivi espressamente indicate.

<sup>1</sup> DI BIASE, *Analogia in bonam partem e cause di esclusione della colpevolezza: sull'applicabilità dell'art. 384, comma 1, c.p. ai conviventi more uxorio. Riflessioni a margine di una recente ordinanza di rimessione alle Sezioni unite della Corte di cassazione*, in CP, 2020, 2830; MEZZA, “*Soccorso di necessità giudiziaria*” e convivente *more uxorio*. Rimessa alle Sezioni Unite la questione dell'ambito applicativo dell'art. 384, comma 1, c.p., in *Sistema penale*, 2020.

<sup>2</sup> Allo stesso modo, il Legislatore conferma l'estensione del concetto di “prossimi congiunti” anche nelle note a margine al D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 6.

<sup>3</sup> Corte Cost., 13 novembre 1986, n. 237; Corte Cost., 11 gennaio 1996, n. 8.

<sup>4</sup> Corte Europea dir. uomo, Grande Camera, sent. 3 aprile 2012, Van der Heijden c. Olanda.

<sup>5</sup> In questo senso, *ex multis*, Cass. pen. Sez. VI, ord. 20 marzo 1991, n. 132, 5 luglio 1989, n. 9475, e 27 maggio 1988, n. 6365. Nella giurisprudenza più recente si v. Sez. II, 17 febbraio 2009, n. 20827. Nello stesso senso si colloca l'orientamento che, in una prospettiva diversa, ha ritenuto che la disposizione in esame non possa estendersi al rapporto di affinità che lega un coniuge al nipote dell'altro coniuge: Sez. VI, 15 ottobre 2008, n. 3879, e quella sentenza che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della disposizione in esame nella parte in cui esclude il convivente *more uxorio* dal novero dei congiunti: Sez. VI, 26 ottobre 2006, n. 35967.

In particolare, la natura chiusa dei soggetti tutelabili nonostante la commissione dei reati contro l'attività giudiziaria discendeva dal differente regime giuridico della famiglia fondata sul coniugo e delle altre unioni, alla prima soltanto essendo possibile riconoscere copertura costituzionale ai sensi dell'art. 29 e potendo, invece, le seconde, ricevere tutela in funzione della loro riconducibilità alle formazioni sociali richiamate dall'art. 2 della Costituzione, nelle quali possono svilupparsi le prerogative discendenti dai diritti inviolabili dell'uomo.

Tale differenziazione, come vedremo, aveva sollecitato il legislatore a ponderare l'opportunità di una equiparazione tra situazioni formalizzate e situazioni di fatto potenzialmente identiche, equiparazione che, tuttavia, non è mai stata realizzata.

Siffatto orientamento, nondimeno, era stato disatteso da due pronunce piuttosto recenti, una delle quali della medesima Sezione remittente<sup>6</sup>, che, sulla scorta di una serie di argomenti di natura sistematica – rispettivamente incentrati su un concetto dinamico di famiglia e sulla applicazione analogica *“in bonam partem”* delle disposizioni di interesse, tali da consentire la parificazione, sul piano penale, della famiglia fondata sulla convivenza *more uxorio* a quella costruita sul matrimonio – avevano entrambe ritenuto che l'art. 384 c.p. potesse essere applicato anche a coloro che avessero commesso uno dei delitti in questione per tutelare il soggetto al quale risultavano legati da un rapporto di convivenza stabile e duratura, eventualmente consolidato dalla presenza di prole.

Il primo di tali arresti, anche alla luce della giurisprudenza già esistente, aveva, anzitutto, ampliato ai conviventi *more uxorio* l'applicabilità della causa di non punibilità prevista dall'art. 649 c.p. per i delitti contro il patrimonio commessi nei confronti *“del coniuge non legalmente separato”* (e, alla luce del più recente addendum legislativo, da parte della c.d. Legge Cirinnà<sup>7</sup>, anche *“della parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso”*); aveva, altresì, valorizzato situazioni di fatto corrispondenti al coniugio, tra l'altro, in relazione al delitto di maltrattamenti ed in materia di ammissione al gratuito patrocinio<sup>8</sup>.

Con tale intervento giurisprudenziale la Suprema Corte aveva anche precisato che *“sotto il profilo penalistico il concetto di famiglia cui fanno riferimento diverse norme incriminatrici vigenti, non è sempre ritenuto legato all'esistenza di un vincolo di coniugio o comunque di una famiglia nata da tale vincolo, ma i precedenti giurisprudenziali spesso si riferiscono a qualsiasi consorzio di persone tra le quali, per strette relazioni e consuetudini di vita, siano sorti rapporti di assistenza e di solidarietà per un apprezzabile periodo*

---

<sup>6</sup> Cass. pen. Sez. II, 4 agosto 2015 (ud. 30 aprile 2015), n. 34147; Cass. pen., Sez. VI, 14 marzo 2019 (data ud. 19 settembre 2018), n. 11476.

<sup>7</sup> Legge 20 maggio 2016, n. 76.

<sup>8</sup> In questo senso, *ex multis*, Cass. Pen. Sez. IV, 26 ottobre 2005, n. 109, e, prima dell'introduzione del Testo Unico in materia di Spese di Giustizia, Sez. VI, 31 ottobre 1997, n. 4264.

di tempo”, e sottolineato, pertanto, la necessità che il diritto penale, anche per divenire più coerente con lo sviluppo legislativo riscontrato in altre branche dell’ordinamento, si aggiornasse, accogliendo delle nozioni di famiglia e di coniugio “*in linea con i mutamenti sociali che questi istituti hanno avuto negli ultimi decenni del secolo scorso*”<sup>9</sup>.

Tale interpretazione, peraltro, si collocava nel solco della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale, alla luce del contenuto dell’art. 8 comma 1 della CEDU<sup>10</sup>, ha accolto una nozione sostanziale di famiglia, tale da ricomprendere anche rapporti di fatto privi di formalizzazione legale ma caratterizzati da legami particolarmente stretti, in quanto fondati su una stabile convivenza, e duraturi.

La sentenza appena citata, infine, ricordava che siffatta interpretazione dell’art. 8<sup>11</sup>, quale norma sovranazionale immediatamente cogente, avente efficacia *in bonam partem* e non confliggente con i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale, avrebbe comportato il vantaggio di poter giungere all’applicazione analogica delle disposizioni che escludono la punibilità anche a soggetti ai quali i conviventi *more uxorio* dovrebbero essere equiparabili, in termini immediati e, quindi, senza dover attendere l’intervento del legislatore interno.

Nell’intervallo tra le pronunce da ultimo citate è intervenuta l’approvazione della c.d. Legge Cirinnà, che ha conferito rilevanza giuridica alle unioni civili tra persone dello stesso sesso, e l’introduzione del D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 6, che ha aggiunto alla nozione legale di prossimi congiunti, di cui all’art. 307 comma 4 c.p., “*la parte di un’unione civile tra persone dello stesso sesso*”.

A tal riguardo, peraltro, è forse utile rilevare che la Relazione Governativa al Decreto Legislativo riconosce la natura tassativa dell’elencazione contenuta nell’art. 307 comma 4 c.p.<sup>12</sup>, e che, significativamente, la riforma in que-

<sup>9</sup> In questo senso anche Cass. pen., Sez. IV, 6 agosto 2009, n. 32190.

<sup>10</sup> Il testo dell’articolo è il seguente: “*Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell’esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui*”.

<sup>11</sup> La pronuncia citata dalla Suprema Corte nell’ordinanza di remissione è quella della Grande Camera nel giudizio Van derHeijden c. Olanda del 3 aprile 2012, in relazione alla quale si v. PELLAZZA, *Obbligo di testimonianza del convivente more uxorio: la Corte EDU non apre alle coppie di fatto. Riflessioni su art. 384 c.p. e famiglia di fatto*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it); più in generale, in relazione al contenuto dell’art. 8 della CEDU, si v. PUTATURO DONATI, *Il diritto al rispetto della «vita privata e familiare» di cui all’art. 8 della CEDU, nell’interpretazione della Corte EDU: il rilievo del detto principio sul piano del diritto internazionale e su quello del diritto interno*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu).

<sup>12</sup> La relazione è reperibile quale allegato a GATTA, *Unioni Civili Tra Persone Dello Stesso Sesso: Profili Penalistici - Note a margine del D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 6*, in [www.dirittopenalecontem](http://www.dirittopenalecontem)

stione, se da un lato ha equiparato, ai fini di interesse, il coniugio all'unione civile tra persone dello stesso sesso, dall'altro non ha inteso disciplinare le situazioni di fatto corrispondenti a tali forme qualificate di unione.

Cionondimeno, secondo l'ulteriore pronuncia citata<sup>13</sup> nell'ordinanza di rimessione per fornire sostegno all'orientamento che l'ha indotta a coinvolgere le Sezioni Unite, l'assenza di una disciplina delle coppie di fatto nella Legge Cirinnà non avrebbe rallentato la progressiva e sostanziale equiparazione sociale delle coppie di fatto a quelle di diritto che legittimerebbe una interpretazione valoriale, non confliggente con i valori Costituzionali, idonea a ritenere l'istituto dell'art. 384 comma 1 c.p. applicabile anche ai rapporti di convivenza *more uxorio*.

Nell'ambito del giudizio rescindente la Procura Generale depositava una memoria con la quale sosteneva l'impossibilità di estendere l'ambito applicativo del suddetto articolo a soggetti diversi dai prossimi congiunti di cui all'art. 307 comma 4 c.p.p., adducendo, tra le altre ragioni, il carattere eccezionale della disposizione, che disciplinerebbe una causa di non punibilità.

A ulteriore sostegno di detta tesi, l'ufficio del Pubblico Ministero sottolineava anche che con la Legge Cirinnà si sarebbe definitivamente palesata l'intenzione "istituzionale" del Parlamento di non equiparare le convivenze *more uxorio* alle unioni civili<sup>14</sup>.

Secondo il Procuratore Generale, invero, la mancata considerazione delle coppie di fatto, con la contestuale esclusiva regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, avrebbe consentito di escludere "definitivamente ogni possibile interpretazione estensiva della nozione di coniuge finalizzata a ricomprendervi anche i conviventi"<sup>15</sup>.

In sostanza, l'aver lasciato immutata la disciplina penalistica delle convivenze di fatto in occasione di un così significativo intervento legislativo sulle unioni civili non poteva non assumere il significato di una chiara manifestazione della volontà del legislatore di mantenere un diverso statuto normativo delle due condizioni.

Nello stesso senso, peraltro, militavano delle ulteriori pronunce giurisprudenziali a sostegno della tesi tradizionale, che già in precedenza avevano affrontato la piena compatibilità con la Costituzione della differente regolamentazione delle situazioni di fatto e di quelle di diritto e dell'assenza dei

---

*poraneo.it*, in cui l'A. qualifica come sostanzialmente neutro, quanto al tema della convivenza di fatto, l'intervento della Legge Cirinnà, e, ciò nonostante, giurisprudenza e dottrina da tempo avessero sollecitato un intervento legislativo volto ad ammodernare la disciplina penale mettendola al passo con la mutata realtà sociale.

<sup>13</sup> Cass. pen., Sez. VI, 14 marzo 2019 (ud. 19 settembre 2018), n. 11476. Nello stesso senso, e della stessa Sezione, si segnala 11 maggio 2004, n. 22398.

<sup>14</sup> In argomento MACCHIA, *Il fine giustifica i mezzi? Le Sezioni Unite e la difficile estensione ai conviventi della causa di non punibilità dell'art. 384, comma 1, cod. pen.*, in *Sistema penale*, 2021, 9, 13.

<sup>15</sup> Cfr. Cass. pen., SS.UU., 17 marzo 2021, n. 10381.

conviventi *more uxorio* nell'elenco di quei soggetti che il legislatore qualificava come "prossimi congiunti".

Come già anticipato, a metà degli anni 80 la Corte Costituzionale era intervenuta in argomento poiché sollecitata da molteplici questioni che investivano l'art. 384 comma 1 c.p. nella prospettiva della sua presunta incompatibilità con l'art. 29 comma 1 Cost. nella parte in cui non comprendeva, nella propria elencazione di prossimi congiunti, anche il convivente *more uxorio*, ed aveva recisamente differenziato la famiglia fondata su matrimonio, cui soltanto poteva riferirsi la tutela di cui all'art. 29, e tutte le altre formazioni sociali genericamente tutelate, ivi compresi i rapporti di fatto, ancorché consolidati.

In particolare, la Corte, da una parte riteneva non fondata la questione di legittimità sull'assunto che la norma Costituzionale fosse da riferirsi alle sole formazioni sociali fondate su un vincolo legale, quale il matrimonio, e dall'altra classificava come inammissibile un'analoga questione, nella prospettiva dell'art. 3 Cost., sostenendo che l'eventuale parificazione della posizione del convivente a quella del coniuge farebbe sorgere l'esigenza di revisionare e modificare una molteplicità di norme, che, a sua volta, implicherebbe una serie di scelte di natura discrezionale che non appartengono all'interprete ma spettano al legislatore<sup>16</sup>.

In occasione di detta pronuncia, la Consulta lanciava, quindi, un invito al Parlamento affinché cogliesse l'opportunità di fare chiarezza sulla questione in modo puntuale e non equivoco; come è evidente, realizzare l'evoluzione normativa è compito del legislatore e non dell'interprete, che, nella rigorosa distinzione dei poteri, può sì adeguare l'orientamento alle evoluzioni sociali, ma nel rispetto del contenuto letterale delle disposizioni di diritto positivo come formulate dal Parlamento (qualora non incostituzionali).

L'esigenza di adeguare la legislazione alla presunta equivalenza dei rapporti di coniugio e di quelli di fatto si è persino acuita alla luce degli ulteriori sviluppi legislativi, ed in particolare della Legge Cirinnà, che aveva ampliato il novero di rapporti potenzialmente meritevoli di una disciplina normativa; è del tutto ovvio, infatti, che se il legislatore dovesse decidere di far discendere certe conseguenze giuridiche dalla condizione di conviventi, esse dovrebbero valere tanto per i conviventi *more uxorio* quanto per quelli *more unione civile*.

Le considerazioni di fondo della Corte Costituzionale non mutavano nemmeno dieci anni dopo la sentenza appena richiamata, e nonostante nelle more fosse entrato in vigore il nuovo codice di rito, che, all'art. 199 comma 3 lett. a), fornisce rilevanza giuridica alla relazione di convivenza ai fini della

<sup>16</sup> In questo senso anche pronunce meno risalenti, Corte Cost., 20 aprile 2004, n. 121; Cass. pen., Sez. VI, 28 settembre 2006, n. 35967; Cass. pen., Sez. II, 17 febbraio 2009, n. 20827; Corte Cost., 08 maggio 2009, n. 140; Cass. pen., Sez. V, 22 ottobre 2010, n. 41139; in dottrina, LIGUORO, *Codice penale e convivenza more uxorio*, in *DeG*, 2004, 20. Una nota critica sul punto di LUCCIOLI, *La famiglia di fatto dinanzi alla Corte Costituzionale: ancora un rifiuto di tutela*, in *CP*, 1987, 681.



attribuzione, al convivente, e limitatamente a quanto accaduto o appreso durante tale relazione, della facoltà di astenersi dal rendere testimonianza<sup>17</sup>.

Anche in tal caso la Consulta ribadiva l'inesistenza di una necessaria coincidenza, rispetto all'ordinamento, della posizione della famiglia fondata sul matrimonio e di quella nascente da un rapporto di convivenza – e ciò nonostante il riconosciuto avvicinamento della posizione del convivente a quella del coniuge, pur nella (sola) prospettiva della facoltà di astensione<sup>18</sup> – e affermava che il risultato atteso dal giudice *a quo*, consistente nell'estensione dell'applicabilità dell'art. 384 comma 1 c.p. anche ai componenti della famiglia di fatto, sarebbe potuta discendere solo da una pronuncia additiva “*che manifestamente eccede i poteri della Corte Costituzionale a danno di quelli riservati al legislatore*”<sup>19</sup>.

### 3. Le Sezioni Unite Fialova.

Con la sentenza a Sezioni Unite n. 10381 del 2021 sembrava essersi raggiunto un punto fermo circa la qualificazione giuridica da attribuire alla norma in analisi, la possibile natura eccezionale della stessa e, sulla base delle conclusioni ivi raggiunte, la possibile estensione del relativo ambito applicativo, per via analogica, ai conviventi *more uxorio*.

Rispetto alla qualificazione giuridica, la Suprema Corte ha, in prima battuta, escluso in modo deciso l'orientamento secondo il quale la clausola contenuta nella disposizione in analisi sarebbe da interpretare come causa di non punibilità in senso stretto, circostanza in cui la rinuncia alla pena ubbidisce a ragioni di opportunità politica del tutto estranee al tema del disvalore oggettivo del fatto o del momento psicologico in cui versa l'agente.

Le motivazioni addotte – che anticipano le conclusioni – attengono, precisamente, alla necessità di riconoscere il dovuto rilievo alle ragioni che hanno determinato l'attore alla commissione del reato, le quali hanno una natura squisitamente psicologica e sono legate al mantenimento e alla preservazione del legame familiare.

<sup>17</sup> Si richiama la sentenza della Corte Costituzionale precedentemente citata n. 8 del 1996, le cui considerazioni vengono riprese e ampliate anche da Corte Cost., 7 aprile 2004, n. 121, e da Corte Cost., 4 maggio 2009, n. 140. Su quest'ultima si v. PASTORELLI, *La convivenza more uxorio non esclude la punibilità del favoreggiamento personale*, in *GiC*, 2009, 1525; BERGONZINI, *La convivenza more uxorio nella giurisprudenza costituzionale* (note a ritroso all'indomani di Corte Cost. n. 140 del 2009), in *Studium iuris*, 2010, 1 ss. Critica sul punto è, invece, la posizione di MANNA, *L'art. 384 c.p. e la “famiglia di fatto”: ancora un ingiustificato “diniego di giustizia” da parte della Corte Costituzionale?*, in *GiC*, 1996, 90.

<sup>18</sup> Sul punto, la stessa Consulta, con la sentenza del 25 luglio 2000, n. 352, resa però in relazione ad una questione avente ad oggetto l'art. 649 c.p., ha ricordato che dalla previsione dell'art. 199 c.p.p., nella parte in cui rende equivalente il coniuge al convivente, non può discendere “*un principio di assimilazione dotato di vis espansiva fuori dal caso considerato*”.

<sup>19</sup> Considerato in diritto, § 3.



La Suprema Corte esclude anche l'ulteriore interpretazione per cui l'art. 384 comma 1 c.p. sarebbe classificabile come causa di giustificazione, la cui funzione, come noto, sarebbe caratterizzata dalla compresenza di più interessi tra loro contrapposti che trovano una sintesi e un bilanciamento nell'esimente.

Nel caso di specie, invece, la Suprema Corte confuta l'esistenza di una vera e propria contrapposizione tra interessi differenti e sostiene che la ratio della norma è da ricercare nella valorizzazione di circostanze strettamente soggettive legate alle specifiche relazioni personali dell'agente, di per sé inidonee a far sorgere un conflitto "istituzionale".

Al contrario, le Sezioni Unite, andando al di là del possibile significato della norma<sup>20</sup>, hanno sposato l'interpretazione per cui la norma in questione rappresenterebbe una causa di esclusione della colpevolezza o, meglio, una scusante soggettiva che investe la colpevolezza<sup>21</sup>; le circostanze personali di coinvolgimento, anche affettivo, in cui verserebbe il soggetto agente, secondo il Supremo Collegio, sarebbero tali da influire sulla sua volontà, permettendo, quindi, l'esclusione della rilevanza penale della condotta<sup>22</sup>.

Ulteriore questione approfondita dalla Corte riguarda la supposta natura eccezionale e la conseguente possibile estensione della portata applicativa della norma in via analogica.

Come noto, l'articolo 14 delle Preleggi impone il divieto di applicare in via analogica le leggi penali e le disposizioni eccezionali; il dibattito dottrinale e giurisprudenziale antecedente la sentenza delle SS.UU. sosteneva che l'articolo 384 comma 1 c.p. fosse qualificabile in questi ultimi termini poiché disciplinava una causa di esclusione di responsabilità per condotte che altrimenti sarebbero state penalmente rilevanti; ciò, in particolare, alla luce delle differenti condizioni applicative di essa rispetto all'art. 54 c.p.

La Suprema Corte ha però esplicitato che perché una norma possa essere qualificata come eccezionale, essa deve necessariamente essere caratterizzata da un elemento innovativo e differenziale rispetto alla disciplina positiva altrimenti valida, nel caso di specie asseritamente inesistente: la norma in parola, invero, non introdurrebbe alcuna deroga alle norme generali poiché, a ben vedere, essa consisterebbe in una causa di esclusione della colpevo-

<sup>20</sup> BARTOLI, *Con una lezione di ermeneutica le Sezioni Unite parificano i conviventi ai coniugi, nota a sentenza Cass. pen. Sez. Unite Sent., 26 novembre 2020, n. 10381*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 8, 1° agosto 2021, 1084. Parla di "torsione del dato normativo di riferimento" FORNASARI, *Cause di non punibilità - applicazione dell'art. 384 c.p. e famiglia di fatto: brusco overruling delle Sezioni Unite*, in *Giur. It.*, n. 7, 2021, 1725.

<sup>21</sup> Su cui si v. PALAZZO, *Corso di Diritto Penale, Parte Generale*, Torino 2013, 457 ss.; FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova 1990, 355 ss.

<sup>22</sup> Anche in altre pronunce già richiamate la Corte di Cassazione afferma che la disposizione "tipizza una situazione oggettiva in cui il procedimento motivazionale del soggetto risulta 'alterato', tanto da poter escludere la colpevolezza attraverso la valorizzazione del coinvolgimento psichico [...] Alla condotta dell'agente, che risulti 'motivata' secondo quanto prevede la norma, corrisponde un abbassamento della pretesa statuale, in base alla ratio dell'inesigibilità".

lezza, il cui fondamento risiederebbe nella categoria della inesigibilità di un comportamento conforme al precetto penale.

L'esclusione della natura eccezionale della norma, quindi, legittimerebbe la sua possibile interpretazione in via di analogia in favore dei conviventi *more uxorio*: l'applicazione analogica sarebbe inoltre consentita in ragione della natura di favore della norma e non impedita da ostacoli di matrice costituzionale o di ordine pubblico<sup>23</sup>.

La possibilità di estenderne l'applicabilità anche ai conviventi *more uxorio*, sostenuta da ampia dottrina<sup>24</sup> e da un certo orientamento giurisprudenziale<sup>25</sup>, discenderebbe, in ogni caso, dalla funzione della stessa clausola normativa.

Essa in sostanza fornirebbe una chiave di legittimazione al conflitto interiore del soggetto agente che si trova a dover scegliere tra i suoi affetti, da un lato, e l'obbligo di assumere un contegno lecito ma, contemporaneamente, contrario agli interessi dei propri congiunti; la *ratio* della previsione di non punibilità risiederebbe, dunque, nell'*affectio* ragion per cui sarebbe illogico far discendere l'applicabilità della norma sulla scorta dell'esistenza di un vincolo formale intercorrente tra i due soggetti coinvolti.

Ciò varrebbe, a maggior ragione, tenendo a mente che la disposizione dovrebbe essere volta a dare rilevanza a circostanze soggettive e psicologiche che inficiano sulla libera determinazione e formazione della propria volontà<sup>26</sup>.

Le Sezioni Unite, a tal riguardo, hanno definito l'art. 384 comma 1 c.p. come una disposizione "*funzionale alla tutela dell'unità familiare*" - aggettivo, quest'ultimo, da interpretare nella prospettiva europeistico-innovativa - avente il fine essenziale di "*garantire il singolo componente che si trovi nell'alternativa di porre in essere un reato ovvero di non nuocere a un prossimo congiunto*"; il legislatore, dunque, con la norma in questione manifesterebbe in modo chiaro la volontà di anteporre la tutela del singolo rispetto all'interesse dello Stato di punire.

La *ratio* ispiratrice, allora, corrisponderebbe a quella sottostante la previsione dell'articolo 199 c.p.p., poiché, secondo le Sezioni Unite, entrambe sarebbero strettamente collegate al principio del *nemo tenetur se detegere* ed ancillari alla salvaguardia del vincolo di solidarietà familiare: destinatario di tutela sarebbe, allora, il vincolo affettivo, da cui discenderebbe la scusa-

---

<sup>23</sup> L'analogia in *bonampartem* è ormai ammessa nel nostro ordinamento, secondo un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato tra le tante si v. Cass. pen. Sez. 5, 22 maggio 1980 n. 10054.

<sup>24</sup> ACETO, *Le SS. UU. estendono l'esimente di cui all'art. 384 c.p. ai conviventi "more uxorio"*, in *Quot. giur.*, 2021; GALLUCCI, *Le Sezioni unite risolvono la questione dell'applicabilità dell'articolo 384, comma 1, c.p. ai conviventi more uxorio*, in *CP*, 2021,1929.

<sup>25</sup> In questo senso anche Cass. pen., Sez. III, 12 gennaio 2018, n. 6218; Cass. pen., Sez. VI, 19 settembre 2018, n. 11476.

<sup>26</sup> ZANOTTI, *Una questione di costituzionalità mal posta: la facoltà di astensione dal dovere testimoniale del convivente di fatto e l'art. 29 Cost.*, in *GiC*, 1996, 98.

bilità dell'agente che si trovi ad agire in presenza di un profondo conflitto interiore<sup>27</sup> tra il rispetto della legalità e la conservazione del citato vincolo, che altrimenti rischierebbe di essere – anche se, magari, solo per un certo periodo di tempo – reciso.

#### 4. La giurisprudenza successiva.

L'intervento delle Sezioni Unite non sembra aver convinto del tutto la giurisprudenza successiva.

Più di recente, invero, la Corte è tornata sul tema mediante delle considerazioni che, pur manifestando rispetto verso il *dictum* delle Sezioni Unite, tradiscono l'adesione all'impostazione tradizionale<sup>28</sup>: in un primo caso, invero, la Suprema Corte ha sì qualificato l'art. 384 c.p. come causa di esclusione della colpevolezza (anche se, altrove, l'ha definita "esimente"), ma ha nondimeno affermato che si tratterebbe di "*un'ipotesi speciale dello stato di necessità di maggiore ampiezza che consente di estenderne la operatività anche al caso in cui la integrazione del pericolo sia stato volontariamente causato dal soggetto passivo*"<sup>29</sup>; la stessa sentenza, ancora, ha più volte formulato delle valutazioni comparative tra la disposizione in parola e quella di cui all'art. 54 c.p., circostanza, questa, che appare sufficientemente indicativa della esistenza, tra tali istituti, di elementi comuni che, a ben vedere, non potrebbero venire in rilievo qualora il fulcro dell'esenzione da sanzione penale si fondasse su un parametro meramente soggettivo.

<sup>27</sup> In argomento Cass. pen., SS.UU., 29 agosto 2007, n. 7208.

<sup>28</sup> In favore di questa interpretazione la dottrina, PISANI, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, Milano, 1959, 240; RUGGIERO, *Profilo sistematico delle falsità in giudizio*, Napoli, 1974, 289; SUCHAN, *Stato di necessità e cause di non punibilità previste dall'art. 384 c.p.*, in *CP*, 1977, 66. In giurisprudenza v. Cass. pen., Sez. I, 28/04/1976; Cass. pen., Sez. I, 30/06/1975. Sul punto, per la dottrina del secolo scorso, ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913, 538. Secondo la tesi c.d. oggettiva, la facoltà di ledere è riconosciuta in capo all'agente alla luce dell'esistenza di un conflitto di interessi di diversa natura, uno tipicamente dello Stato alla conservazione dei beni ed un altro strettamente personale: l'assenza di sanzione nei riguardi di colui che agisce per "necessità" appare possibile laddove, alle condizioni espressamente previste dalla norma – che consentono di escludere un'applicazione arbitraria della scriminante – ci si trovi in presenza di interessi di pari grado e, soprattutto, quando la situazione nei riguardi della società comune rimane imm modificata. Dunque, data l'equivalenza tra i beni e la circostanza per cui uno dei due deve necessariamente soccombere, non vi è danno per la comunità sociale (in argomento AZZALI, *Stato di necessità (dir. pen.)*, in *Noviss. Dig.It.*, XVIII, Torino, 1971, 363; GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, 1964, 303; MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964, 97; NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, 197). Pertanto, l'eccezione alla generale punibilità deriva dalla presenza di un conflitto tra interessi sottostante che viene risolto in bilanciamento dal Legislatore ex ante, dal quale risulta prevalente l'interesse dell'agente rispetto a quello punitivo dello Stato; in aggiunta, nel caso dello stato di necessità, si potrebbe essere in presenza anche di un conflitto di doveri, ossia di una situazione in cui l'agente si trova a dover adempiere due obblighi in contemporanea, peraltro l'uno contrario all'altro, tanto che l'adempimento di uno comporterebbe l'automatico ed inevitabile inadempimento dell'altro.

<sup>29</sup> Cass. pen., Sez. VI 1 agosto 2022, n. 30335.

Ad ulteriore conferma di questa impostazione, si pone anche un ulteriore arresto, nel corpo del quale la Suprema Corte ha rilevato la mancata corretta applicazione della *regula iuris* secondo la quale *“la causa di non punibilità prevista dall’art. 384 c.p., in relazione all’art. 378, postula come condizione, che ne costituisce anche la ragione giustificatrice, lo stato di necessità, ossia una situazione non determinata dal soggetto attivo che, per salvare il congiunto, si vede costretto a fare opera di favoreggiamento”*<sup>30</sup>.

Ed allora, poiché la complessità della questione induce ancora la Suprema Corte (la stessa Sezione, peraltro, da cui aveva avuto origine la rimessione alle Sezioni Unite) a non appiattirsi sull’argomento, appare possibile partecipare al dibattito provando a ricostruire l’istituto in parola in termini aderenti all’interpretazione tradizionale.

## 5. Cenni sulle cause di giustificazione.

Occorre, a parere di chi scrive, partire da un po’ più lontano.

Se, da un lato, l’ordinamento ritiene necessario sanzionare tutti quei comportamenti idonei a ledere un bene giuridico oggetto di tutela penale, dall’altro è lo stesso ordinamento ad attribuire rilevanza ad alcuni elementi propri di quegli stessi comportamenti al fine di garantire che questi – se ed in quanto finalizzati a tutelare degli interessi non solo meritevoli di tutela, ma anche collocabili, in una scala assiologica, in una posizione corrispondente o superiore rispetto a quella alla quale si colloca l’interesse leso – non siano destinatari di sanzioni (salva, evidentemente, l’eventuale esistenza di profili di compensazione di natura civilistica).

Ciò risponde, in sostanza, all’esigenza, interna all’ordinamento, che esso non si contraddica mediante la previsione di una sanzione penale a carico di un comportamento che, sotto altro profilo e in altro ambito, appaia determinato da una finalità che, in quanto soddisfattiva di un altro e più rilevante interesse giuridico, risulta legittima<sup>31</sup>.

Pare corretto, pertanto, affermare che l’antigiuridicità, in ambito penale<sup>32</sup>, rappresenta la violazione, attraverso la condotta tipica ed offensiva, delle

<sup>30</sup> Cass. pen. Sez. VI, 5 settembre 2022, n. 32578.

<sup>31</sup> Secondo PADOVANI, *Le cause di giustificazione*, Padova 2006, 140, *“... in termini dogmatici, la circostanza che il fatto tipico sia stato commesso sovvertendo il criterio di priorità stabilito dall’ordinamento (e quindi in assenza di causa di giustificazione), lo qualifica come obiettivamente antiggiuridico; nell’ipotesi inversa (e cioè in presenza di una causa di giustificazione), esso risulta invece obiettivamente lecito”*. MANTOVANI, *Diritto Penale - Parte generale*, Padova 2007, 233, afferma che il fondamento logico-giuridico delle scriminanti è dato dal principio di non contraddizione, per cui uno stesso ordinamento non può imporre o consentire e, ad un tempo, vietare il medesimo fatto senza rinnegare sé stesso e la sua pratica possibilità di attuazione.

<sup>32</sup> In ambito civile, al contrario, non ogni fatto che rechi danno, si sostiene, genera obbligo di risarcimento, poiché esso deve essere in contrasto con un dovere giuridico: è proprio *“questa relazione di difformità (che) si esprime appunto come antiggiuridicità”*. Ad esempio, la giurisprudenza, in numerose pronunce, ha riconosciuto il risarcimento per lesione all’integrità del patrimonio,

esigenze di tutela dell'ordinamento, risolvendosi, in concreto, nel difetto di cause di giustificazione.

Di conseguenza, allorché manchi il contrasto con l'ordinamento giuridico, quale organismo che sovrintende alla sanzione di comportamenti che abbiano offeso degli interessi giuridicamente rilevanti, verrà meno anche l'antigiuridicità: come affermato in una pronuncia di merito, *“l'esimente ... viene ad incidere sulla struttura oggettiva, prima ancora che soggettiva, del reato facendogli perdere il contenuto proprio della sua antigiuridicità, con la conseguenza che il fatto, pur coincidendo con la figura astratta del reato, viene ad essere esente da pena, per la evidente mancanza di danno sociale, trattandosi di un'azione non più in contrasto con gli interessi della collettività”*<sup>33</sup>.

Le cause di giustificazione, dunque, hanno la funzione di interrompere il rapporto casuale tra il fatto, che pure è qualificabile in astratto come illecito, e l'effetto consistente nella sanzione da parte dell'ordinamento.

La ricerca della *ratio* della loro esistenza e della loro funzione è sempre stata un punto piuttosto critico; in questa sede basti ricordare che, secondo la principale impostazione dottrina, essa risiede nella maggiore, minore od uguale rilevanza che l'ordinamento giuridico attribuisce agli interessi giuridici coinvolti nella vicenda umana ed alla cui realizzazione o tutela sono state re-

nonché per la perdita di opportunità (*chance*), identificando nell'art. 2043 c.c. una clausola generale in base alla quale è risarcibile la lesione di qualunque interesse, rilevante per l'ordinamento; progressivamente, la situazione soggettiva suscettibile di risarcimento ha, apparentemente, acquistato nettezza ed omogeneità di contorni, ed il danno ingiusto è stato assimilato al pregiudizio arrecato in violazione di un dovere giuridico (ovvero in caso di antigiuridicità obiettiva). Proprio in ragione di ciò, in presenza di una delle due cause di giustificazione previste dal codice civile, ossia la legittima difesa e lo stato di necessità (artt. 2044 e 2045 c.c.), non sussiste un diritto al risarcimento del danno. Per la prima ipotesi si prevede che nulla è dovuto per il danno che sia stato cagionato per legittima difesa, per la nozione della quale deve evidentemente farsi riferimento all'art. 52 del codice penale, mentre il successivo articolo prevede che *“quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi è stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, e il pericolo non è stato da lui volontariamente causato né era altrimenti evitabile, al danneggiato è dovuta una indennità, la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice”*. Nel vigore del codice del 1865, invece, era assai discusso se in caso di danno cagionato in stato di necessità fosse o meno escluso il risarcimento del danno. All'atto della nuova codificazione, e stante la previsione dell'art. 54 c.p., che prevedeva (e prevede) la non punibilità per il reato commesso in stato di necessità, ai più non sembrava equo che tutte le conseguenze dannose rimanessero a carico della vittima; tuttavia, era difficile, in assenza di una previsione specifica accordare una forma di ristoro, ragion per cui il codificatore ha previsto, in tal caso, il diritto del danneggiato ad una indennità. Secondo VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova 2005, 587, l'influenza del diritto penale sulla teorizzazione del diritto civile è comune anche a molti altri ordinamenti. In particolare, tale dipendenza è molto forte nel sistema francese dove il *code civil* non contiene, a differenza del nostro, alcuna disposizione con riguardo ai *“faits justificatifs”* e solo nel 1968 è stata emanata una legge che ha introdotto un regime speciale di responsabilità dell'incapace affetto da disturbi mentali. Si veda a questo proposito anche PELLISSIER, *Faits justificatifs et action civile*, Dalloz, 1963, 121; VINEY, *La responsabilité: conditions*, in *Traité Ghestin*, Paris 1982, 666.

<sup>33</sup> C. App. Perugia 6 giugno 2001, in *RGU*, 2002, 63.

alizzate le condotte, sicché il principio fondante delle cause di giustificazione sarebbe quello della preventiva e generalizzata operazione di bilanciamento tra i possibili beni giuridici in conflitto<sup>34</sup>.

Nondimeno, l'esistenza di una possibile graduazione tra valori, e quindi beni giuridici, generalmente riconosciuta dall'ordinamento, potrebbe porre il problema di comprendere se le cause di giustificazione siano a numero chiuso – e dunque la declaratoria dell'assenza di antigiusuridicità di un comportamento debba necessariamente confrontarsi con l'ambito applicativo di quanto previsto in termini positivi dal libro primo del codice penale – ovvero se all'interprete sia possibile costruire, sulla base delle circostanze concrete, anche nuove chiavi di legittimazione di comportamenti conformi a fattispecie.

La dottrina tradizionale giunge alla soluzione che le cause di giustificazione non rientrino nei casi in cui l'interpretazione analogica è vietata dall'art. 14 delle preleggi<sup>35</sup>: si afferma, infatti, che le scriminanti non sono, innanzitutto, norme penali in senso stretto perché non rappresentano fattispecie che “*ri-dondino ai danni del reo*”<sup>36</sup>.

Non sembrano, inoltre, norme eccezionali<sup>37</sup>, e ciò in quanto espressione di principi generali che permeano tutto l'ordinamento e che traggono la propria essenza e giustificazione dall'ordinamento stesso<sup>38</sup>, ed in particolare dal principio costituzionale di solidarietà sociale, sulla scorta del quale, alla luce di un bilanciamento degli interessi in gioco, è possibile che un fatto illecito, in presenza di determinate condizioni, perda il proprio carattere antigiusuridico<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> In argomento WACHINGER, *Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung*, in *Frank. fest.*, I, Tübingen, 1930, 476, nota 1. Questa teoria sarebbe idonea, se ulteriormente sviluppata, potrebbe rappresentare la chiave di legittimazione delle esimenti non codificate, istituto che negli anni ha subito molteplici applicazioni pratiche, prima fra tutte quella relativa all'attività medico chirurgica, rispetto alla quale si può ritenere che, a determinate condizioni (ad esempio in caso di intervento urgente e di grave pericolo di vita per il paziente), l'eventuale mancata manifestazione del consenso del paziente e la limitazione della sua libertà decisionale costituiscano il sacrificio di un bene che è inferiore a quello della salute e dell'integrità fisica, valori che, in quanto di rango superiore, a certe condizioni possono essere tutelati anche a discapito della libertà personale.

<sup>35</sup> Si deve infatti ricordare che l'art 14 delle preleggi, rubricato “*applicazione delle leggi penali ed eccezionali*” sancisce il principio per il quale “*le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempo in esse considerate*”.

<sup>36</sup> ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Parte Generale, Milano 2003, 95. In argomento si v. anche, nella manualistica, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale - parte generale*, Bologna 2001, 165.

<sup>37</sup> In questo senso ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale cit.*, 50 ss. nonché alcuni arresti giurisprudenziali, tra cui Cass. Pen. Sez. IV, 8 marzo 2016, n. 9559; contra MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale - Parte Generale*, Milano 2012, 349, secondo cui “*eventuali lacune in materia di scusanti possono essere colmate solo dal legislatore, e non dal giudice in via analogica*”.

<sup>38</sup> Si v. sul punto, anche per i richiami dottrinali, DI BIASE, *Analogia in bonam partem e cause di esclusione della colpevolezza*, cit., 2850.

<sup>39</sup> Diversamente NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova 1972, 33 e ss., evidenzia che la logica del comando comporta un'esigenza di tipicità che si riverbera anche sui limiti dell'obbligo ed esclude, pertanto, la possibilità di ricorrere all'analogia in *bonampartem*.

Ed allora, se non sono norme penali e non sono nemmeno norme eccezionali, nulla osta ad una loro interpretazione analogica *in bonam partem*.

Se l'esclusione dell'antigiuridicità deriva da determinate circostanze, riferibili all'atto del comportamento umano, che il legislatore ritiene indicative di un fine giuridicamente apprezzabile e legittimo, sulla scorta di valutazioni di politica criminale, dovrebbe potersi riconoscere che anche altre possibili condotte, pur non espressamente disciplinate negli effetti, possano ricevere – in quanto finalizzate al raggiungimento di un fine altrettanto apprezzabile – un trattamento identico da parte dell'ordinamento.

In altre parole, se le cause di giustificazione espressamente previste risultano dall'accertamento di requisiti descritti dalla legge, quelle non previste risulterebbero, invece, dall'accertamento di elementi che rivelerebbero all'interprete il valore scriminante di un dato comportamento, valore che, in realtà, può ben essere del tutto identico a quello proprio delle cause di giustificazione tipiche<sup>40</sup>.

Altra parte della dottrina, invece, manifesta dubbi rispetto alla possibilità di enucleare delle nuove cause di giustificazione non codificate, aggiungendo che, a ben vedere, con quelle tipizzate, se adeguatamente interpretate, si riuscirebbero a “coprire” tutte le ipotesi per le quali esse sono invocate: le situazioni relative alle esimenti c.d. tacite acquisterebbero quindi rilevanza “o per via indiretta da norme dell'ordinamento giuridico o esclusivamente dai principi che governano le altre cause di giustificazione”<sup>41</sup>.

Orbene, nel nostro sistema giuridico l'interpretazione, ed in particolare quella variante di essa che consiste nell'analogia, costituisce il processo logico-giuridico grazie al quale la forza normativa dei principi, in assenza di una disciplina di diritto positivo, precipita, mediante l'opera della giurisprudenza, nell'applicazione concreta del diritto<sup>42</sup>.

Ed allora, non apparendo possibile ritenere che il divieto di analogia *in bonam partem* sia ostacolato dalla ritenuta natura eccezionale delle cause di giustificazione, ed identificando la *ratio* di queste ultime in principi generali dell'ordinamento, viene possibile immaginare che quello delle cause di giu-

<sup>40</sup> In argomento si v. MIELE, voce *Cause di giustificazione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, 590-598.

<sup>41</sup> ROSSI, *La collocazione dogmatica delle scriminanti. Ammissibilità delle scriminanti tacite*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it).

<sup>42</sup> MIELE, *ibidem*, 598 per chiarire attraverso quale procedimento giuridico opera la efficienza normativa dei principi nelle cause di giustificazione non previste, “*si devono registrare due atteggiamenti che risultano storicamente condizionati dal modo in cui funziona un sistema normativo e dalla posizione che occupa la dogmatica nel concreto funzionamento dell'esperienza giuridica. Infatti, c'è da segnalare che dove la dottrina ha assunto una posizione di preminenza, come in Germania, la forza normativa dei principi opera nella giurisprudenza per l'autorità diretta della elaborazione dogmatica, nel nostro sistema giuridico invece si fa ricorso alla logica dell'interpretazione e viene esattamente impiegato quel particolare procedimento di interpretazione che è appunto l'analogia*”.



stificazione sia un sistema potenzialmente aperto, la cui applicazione pratica possa realizzarsi anche mediante il ricorso all'interpretazione analogica.

Sarà allora possibile (ma, evidentemente, non potrà essere obbligatorio), per l'interprete, cogliere il fondamento e la funzione delle singole scriminanti esistenti e, in presenza di una *eadem ratio*, applicarle a casi diversi da quelli previsti dal diritto positivo<sup>43</sup>: attraverso questo meccanismo i principi dell'ordinamento si riveleranno come valori normativi idonei ad affermare che in certe situazioni sussista una causa di giustificazione in ragione della concreta inesistenza sostanziale, in un determinato comportamento umano, di un profilo di antiggiuridicità<sup>44</sup>.

La categoria delle esimenti non codificate acquisterebbe, così, una dimensione di concretezza, e richiamerebbe l'interprete ad un'indagine mirata a verificare, sulla base di un giudizio di natura sostanzialistica, l'eventuale conformità di un comportamento apparentemente illecito ad un principio dell'ordinamento giuridico, con la sola avvertenza – per non giungere all'arbitrio – che si tratti di un principio che abbia già trovato in altre norme la sua manifestazione positiva e che sia funzionale alla tutela di un bene giuridico di valore almeno assimilabile a quello offeso dal comportamento conforme a fattispecie.

Sul punto è opportuno ricordare l'opinione delle Sezioni Unite che, pur diversamente qualificando la fattispecie di cui all'art. 384 c.p., ed inquadrandola tra le cause di esclusione della colpevolezza, ritengono che essa, rispondendo all'impostazione generale dell'ordinamento per cui non può darsi un comportamento penalmente rilevante in assenza di un comportamento alternativo esigibile, possa subire un'interpretazione analogica, ed essere quindi applicabile alle coppie di fatto "*senza alcuna forzatura*"<sup>45</sup>.

Si concorda con tale impostazione nella parte in cui riconosce che la (presunta) eccezionalità di una norma giuridica è concetto relazionale e pro-teiforme, che origina dalla sua eventuale corrispondenza o deviazione dai principi generali della materia di riferimento: è innegabile, invero, che l'ordinamento penale sia ispirato tanto al principio della necessaria antiggiuridicità dei comportamenti sanzionabili (quale precipitato di quello di non contraddizione dell'ordinamento), quanto a quello della necessaria esigibilità delle condotte oggetto del comando penale<sup>46</sup>.

Sulla base di quanto fin qui riportato, le Sezioni Unite sostengono la facoltà di interpretare estensivamente, per via analogica, la causa di esclusione della punibilità.

Si può dunque affermare che le Sezioni Unite non solo hanno capovolto l'impostazione giurisprudenziale e dottrinale fino a quel momento seguita,

---

<sup>43</sup> In questo senso MIRRA, *Causa di giustificazione non codificate e fenomeno sportivo*, in *www.altalex.it*.

<sup>44</sup> VASSALLI, *Limiti del divieto di analogia in materia penale*, Milano, 1942, 117.

<sup>45</sup> DI BIASE, *Analogia in bonam partem*, cit., 2851.

<sup>46</sup> DI BIASE, *op. cit.*, 2852.



sostenendo la legittimità dell'estensione per via analogica dell'ambito applicativo della disposizione ed escludendone la natura eccezionale, ma hanno anche effettuato una presa di posizione a tratti troppo netta.

La Corte, nella pronuncia oggetto di analisi, riconosce la difficoltà, se non l'impossibilità, di un'interpretazione estensiva in presenza di una norma eccezionale ma, contestualmente, afferma che *“la questione deve essere affrontata verificando la natura dell'art. 384 c.p., comma 1, attraverso una lettura costituzionalmente orientata che valorizzi l'elemento della colpevolezza e, soprattutto, inserita nell'ambito delle disposizioni penali che regolamentano istituti analoghi”*<sup>47</sup>.

Alle medesime conclusioni era pervenuta anche la giurisprudenza di legittimità in un'ulteriore sentenza, che aveva affermato che la disposizione contenuta all'art. 384 c.p. co. 1 escludeva la colpevolezza, non l'antigiuridicità della condotta, trattandosi, quindi, di un'esimente *“connessa alla particolare situazione soggettiva in cui viene a trovarsi l'agente, che rende inesigibile un comportamento conforme alle norme indicate dallo stesso art. 384, comma 1”*<sup>48</sup>.

L'orientamento, dunque, se da un lato esclude il carattere eccezionale della disposizione poiché mancano elementi innovativi e differenti tali da poter generare un regime eccettuativo rispetto quello ordinario, al tempo sostiene la ricorribilità dell'estensione analogica in tutte quelle situazioni e per tutti quei soggetti che potrebbero astrattamente beneficiarvi, quali i conviventi *more uxorio*<sup>49</sup>; infatti, escluso il carattere di eccezionalità, non sarebbero ravvisabili altre disposizioni che ostacolano l'estensione dell'ambito applicativo della suddetta causa di esclusione della colpevolezza, essendo questa una disposizione favorevole al reo che non ricade, quindi, nel divieto di analogia in *malam partem*.

## 6. Perché l'art. 384 comma 1 c.p. sembra una causa di giustificazione.

La soluzione al dibattito circa la corretta qualificazione giuridica della clausola contenuta al comma 1 dell'art. 384 c.p., secondo parte della dottrina, potrebbe risolversi individuando nella stessa, più che una causa di esclusione della colpevolezza, una causa di giustificazione<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Cass. pen., SS.UU., 17 marzo, n. 10381, cit., §9.

<sup>48</sup> Cfr. Cass. pen. Sez. V, 12 marzo 2018, n. 18110.

<sup>49</sup> SCHIRÒ, *Brevi note a partire dall'informazione provvisoria delle Sezioni unite sull'applicabilità dell'art. 384, comma primo, c.p. al convivente more uxorio*, in *FI*, 2020; *Id.*, *Per le Sezioni Unite, l'art. 384, 1° comma, c.p., in quanto causa di esclusione della colpevolezza, è applicabile anche al convivente more uxorio*, in *FI*, 2021; *Id.*, *Le Sezioni Unite sul 1° comma dell'art. 384 c.p.: il «sentimento affettivo» può escludere esigibilità e colpevolezza*, in *FI*, 2021, II, 389.

<sup>50</sup> ROMANO, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *RIDPP*, 1990, 61; ZANOTTI, *Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali*, in *RIDPP*, 1989, 183; FORNASARI, *Il principio di*

Di norma, la realizzazione di una condotta tipica è accompagnata da una valutazione di antigiuridicità del fatto oggetto di analisi; tuttavia, questa viene meno qualora dovesse essere presente nell'ordinamento giuridico una qualsiasi norma che facoltizza o, addirittura, impone un determinato comportamento: in queste circostanze si produce un contrasto tra un fatto conforme ad una fattispecie incriminatrice e l'intero ordinamento<sup>51</sup>.

A differenza delle altre cause che permettono di escludere altrimenti la punibilità, le cause di giustificazione, incidendo sull'antigiuridicità della condotta tenuta, eliminandola, garantiscono all'agente di andare esente non solo dalla responsabilità penale, ma anche da eventuali ulteriori responsabilità e sanzioni di altra natura.

Di conseguenza, l'esenzione dalla sanzione non solo si estende a tutti i compartecipi ma è applicabile anche quando l'agente non sia a conoscenza della loro esistenza; questo ambito particolarmente esteso di operatività è giustificato in quanto l'esimente opera in modo obiettivo per il solo fatto di esistere, escludendo l'antigiuridicità della condotta a prescindere della condizione soggettiva in cui versa il soggetto<sup>52</sup>.

Quindi, secondo un'impostazione più tradizionale, che, oltre a richiamare il contenuto dei lavori preparatori, fa leva sull'omogeneità della previsione dell'art. 384 comma 1 c.p. con quanto previsto in via generale dall'art. 54 c.p. - entrambe le norme esentano da sanzione penale il comportamento finalizzato a scongiurare un nocumento ad un bene giuridico - la fattispecie in esame sarebbe da classificare all'interno *genus* delle cause di giustificazione, e, in particolare, quale manifestazione particolare dello stato di necessità<sup>53</sup>.

Ciò che fa propendere chi scrive per il possibile inquadramento della fattispecie quale causa di giustificazione, che rappresenta il frutto di un'opera di bilanciamento di valori realizzata dall'ordinamento in via preliminare ed assoluta - e, in questo caso, senza possibilità di ampliamenti di sorta (come vedremo *infra*) - è la selezione delle fattispecie alle quali l'art. 384 comma 1 c.p. è applicabile<sup>54</sup>, e ciò perché se essa fosse esplicitazione della inesigibilità

---

*inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, 353.

<sup>51</sup> In materia, MARINUCCI, *Agire lecito in base a un giudizio ex ante*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2011, 393; VASSALLI, *La dottrina italiana dell'antigiuridicità*, in *Festschrift für H.-H. Jescheck*, 1985, 427; ROMANO, *Cause di giustificazione, causa scusanti e causa di non punibilità in senso stretto*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, 55; MEZZETTI, *Le cause di esclusione della responsabilità penale nello Statuto della Corte internazionale penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2000, 237 ss.

<sup>52</sup> FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, ed. 8., Bologna, 2019, 271 ss.

<sup>53</sup> ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale - Parte Speciale - I*, Milano 2003, 568 ss. In argomento si v. anche ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I (artt. 1 - 84), Milano, 2004, 51 ss. Nella giurisprudenza risalente Cass. Pen. Sez. VI, 23 marzo 1983, n. 2537.

<sup>54</sup> Ad un primo esame, le ragioni dell'identificazione di tali fattispecie, evidentemente a numero chiuso, potrebbero risiedere nella tendenziale natura di pericolo e della complessiva minore gravità dei delitti in questione, del mancato coinvolgimento di interessi di terzi (con l'esclusione della falsa testimonianza e dei delitti in materia di dichiarazioni, che potrebbero incidere negativamente su terzi incolpevoli ma che non lo fanno necessariamente), e nell'esclusione delle fattispecie a

del comportamento non si comprenderebbe per quale motivo il riconoscimento di tale particolare condizione psicologica, nella prospettiva della salvaguardia della libertà o dell'onore del congiunto, non dovrebbe valere anche rispetto a fattispecie diverse da quelle ivi indicate, quali, ad esempio, la procurata evasione di cui all'art. 386 c.p. o la procurata inosservanza di pena di cui all'art. 390 c.p., norma, quest'ultima, strutturalmente assimilabile al favoreggiamento personale ma scriminabile ai sensi dell'art. 384 comma 1 c.p.

La qualificazione della norma in parola come causa di esclusione della colpevolezza fondata sulla inesigibilità di un comportamento rispettoso del precetto penale non consente di comprendere per quale ragione essa non potrebbe applicarsi alle fattispecie contro l'autorità delle decisioni giudiziarie, ovvero a quelle condotte che realizzano forme di contrasto all'efficacia ed all'esecuzione dei provvedimenti giudiziari: se la disposizione altro non fosse che la positivizzazione del principio della inesigibilità, e se tale principio fosse effettivamente applicabile anche oltre i profili soggettivi del diritto positivo, per quale ragione essa non dovrebbe essere applicabile, oltre che ai conviventi, anche rispetto a fattispecie non comprese nell'elenco contenuto nella disposizione in parola?

L'inesigibilità è un concetto empirico, che non ha mai trovato cittadinanza nel diritto positivo e che comporta l'assunzione di valutazioni sì discrezionali da rischiare di determinare la legittimazione di condotte illecite sulla scorta di considerazioni di naturale sociale che, in quanto tali, non possono costituire un rigoroso parametro interpretativo ancor prima che normativo.

Contro la qualificazione della norma quale scusante soggettiva milita, ancora, la considerazione per cui l'elemento soggettivo è da ritenersi estraneo alle ragioni (potremmo dire al movente) che determinano il comportamento penalmente rilevante, e quindi la sua successiva impunità: l'agente, con il medesimo comportamento concreto potrebbe integrare diverse fattispecie di reato la cui concreta differenza risiede essenzialmente nella situazione processuale in cui versa il destinatario dell'aiuto.

In altre parole, il soggetto agente assumerebbe un contegno di ausilio del proprio prossimo congiunto da eventuali pregiudizi derivanti dall'esistenza di un procedimento dinanzi all'Autorità Giudiziaria a prescindere dal momento processuale in cui esso si trova e, soprattutto, dalla effettiva conoscenza di quale sia la fase del procedimento.

Un esempio valga fra tutti: la creazione di un nascondiglio per un congiunto e l'ausilio durante la sua "latitanza" potrebbe, da una parte, integrare il reato di favoreggiamento personale e, contestualmente, o in alternativa (ed anche sulla scorta di circostanze che il favoreggiatore ignora) anche la fattispecie di procurata inosservanza di pena: si tratta, evidentemente, di fattispecie del tutto assimilabili tanto sotto il profilo della condotta quanto ri-

tutela dell'autorità delle decisioni dell'Autorità Giudiziaria.

spetto all'elemento soggettivo ed ai possibili "motivi a delinquere"<sup>55</sup> – che, comunque, non potendo rilevare ai fini della responsabilità penale, non dovrebbero rilevare nemmeno ai fini di esclusione di essa – salvo che per il bene giuridico.

Rispetto a tali differenti fattispecie, inoltre, appare piuttosto arduo immaginare che in capo al soggetto attivo possa prodursi una differente modulazione dell'elemento soggettivo in ragione della corretta identificazione<sup>56</sup> della fase processuale o, ancor peggio, procedimentale della vicenda giudiziaria del prossimo congiunto che si intende proteggere.

Sulla scorta di ciò, la giustificazione riconosciuta dall'ordinamento nelle circostanze specificamente individuate dall'art. 384 c.p. non appare realmente legata al dolo o, *melius*, alla componente psicologica connessa alla inesigibilità di una condotta alternativa lecita in capo al soggetto agente, bensì ad una preventiva e generalizzata valutazione assiologica realizzata dal legislatore, che ha identificato in maniera puntuale le condizioni alle quali le prerogative dell'ordinamento penale possono cedere per salvare i rapporti familiari.

Potrebbe apparire più corretto, insomma, conferire valore al conflitto "esterno" di interessi, che coinvolge, da un lato, la volontà-obbligo di rendere, ad esempio, una testimonianza veritiera al fine di non produrre un danno nei confronti dell'amministrazione della giustizia, e, dall'altro, la volontà-obiettivo di garantire se stesso o il proprio congiunto da un nocumento proveniente proprio dalla suddetta testimonianza<sup>57</sup>.

In questo senso si pone anche quell'orientamento giurisprudenziale che, qualificata la clausola in esame quale esimente<sup>58</sup> e ricondottane la *ratio* ad "*un oculato bilanciamento di interessi da parte del legislatore, che ha inteso far sempre prevalere il bene dell'integrità della libertà e dell'onore, proprio e dei prossimi congiunti, sui valori protetti da reati*"<sup>59</sup> contro l'amministrazione della giustizia, ha subordinato l'applicabilità dell'art. 384 comma 1 c.p. a quelle ulteriori condizioni previste dall'art. 54 c.p., ed in particolare la pro-

---

<sup>55</sup> Secondo FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino 1928, 313 ss., il motivo determinante è "*l'atto psichico (sentimento e idea) che precede e determina così la volontà come l'intenzione*".

<sup>56</sup> Con il rischio, a questo punto ipotizzabile, di ritenere legittimabile anche la condotta di ausilio al prossimo congiunto che esuli dalle fattispecie contro l'attività giudiziaria ma in presenza di una condizione di ignoranza, in capo all'agente, della specifica fase processuale nella quale si è sviluppato il comportamento illecito.

<sup>57</sup> Secondo Cass. pen., Sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 37467, tale conflitto sembra essere risolto in via preventiva ed assoluta dal legislatore mediante una valutazione *ex ante* specificamente finalizzata a prevenire situazioni di incertezza o tensione.

<sup>58</sup> Nello stesso senso, Cass. pen., Sez. I, 18 febbraio 1988, n. 2145; Cass. pen., Sez. VI, 14 gennaio 2015, n. 1401.

<sup>59</sup> Cass. pen., Sez. VI, 8 gennaio 2003, n. 3397.

porzionalità tra fatto tipico e pericolo<sup>60</sup> e la non ascrivibilità del pericolo del nocumento ad un comportamento volontario del soggetto agente<sup>61</sup>.

Secondo tale orientamento, allora, il legislatore avrebbe realizzato un bilanciamento, preventivo ed assoluto, tra l'interesse alla sanzione di un comportamento che abbia messo in pericolo il corretto esercizio dell'amministrazione della giustizia e l'interesse alla salvaguardia dell'unità familiare che si sarebbe incrinata nell'eventualità in cui il comportamento illecito non fosse stato perpetrato.

Ciò consentirebbe anche di alleggerire, in qualche modo, il compito del giudice, che a fronte di siffatta interpretazione potrebbe limitarsi a condurre un accertamento di natura essenzialmente oggettiva in merito alla esistenza di una relazione personale tra l'agente ed il soggetto nell'interesse del quale la condotta illecite è stata posta in essere ed alla finalità di tutela esogena ad essa sottesa, senza doversi interrogare sulla sussistenza di quelle sole condizioni in presenza delle quali poter dedurre l'esistenza di un'induzione al delitto non resistibile che sia causalmente riconducibile alla natura ed alla profondità della relazione interpersonale.

## 7. La natura di eccezione rispetto allo *standard* dello stato di necessità.

Alla luce di quanto già in precedenza riportato, sembra potersi ravvisare nella fattispecie contenuta all'articolo 384 co. 1 c.p. una norma eccezionale individuabile alla luce del rapporto intercorrente con la disposizione ex art. 54 c.p.

Invero, essa rappresenta una deroga<sup>62</sup> al regime della causa di giustificazione di parte generale<sup>63</sup>, la quale, come noto, postula l'esistenza di un pericolo attuale di un grave danno alla persona<sup>64</sup> e non di un pericolo di nocumento alla libertà ed all'onore<sup>65</sup>, valori, questi ultimi, evidentemente meritevoli di determinare l'impunità non rispetto a qualsiasi condotta illecita che miri ad una loro tutela, bensì soltanto ad alcune tra le fattispecie contro

<sup>60</sup> Cass. pen., Sez. I, 30 giugno 1975.

<sup>61</sup> Così Cass. pen., Sez. VI, 20 febbraio 2009, n. 10654, 3 novembre 1989, secondo cui condizione per l'applicabilità della norma, quale manifestazione dello stato di necessità, è rappresentata dalla involontarietà della condizione di pericolo, e 24 febbraio 1986, n. 5046; in senso diametralmente opposto la giurisprudenza più recente della stessa Sezione: Sez. VI, 29 luglio 2019, n. 34543. In argomento si v. anche SCARCELLA, *Punibile il falso teste "avvisato" di astenersi nel processo a carico del prossimo congiunto*, in *Diritto Penale e Processo*, 2009, n. 167.

<sup>62</sup> Il medesimo rapporto, con buona approssimazione, potrebbe esistere tra il consenso dell'avente diritto e l'omicidio del consenziente.

<sup>63</sup> Cass. pen., Sez. VI, 23 marzo 1983, n. 2537.

<sup>64</sup> Nondimeno, Cass. pen., Sez. VI, 20 settembre 1989, n. 12672, e 15 novembre 1985, n. 10707, affermano la necessità che anche l'art. 384 c.p. vada applicato a condizione che vi sia prova non di un pericolo di nocumento "genericamentetemento", ma di un pericolo attuale e concreto.

<sup>65</sup> In tale prospettiva Cass. pen., Sez. VI, 8 aprile 2008, n. 26560.

l'amministrazione della giustizia, la cui elencazione deve sicuramente ritenersi a numero chiuso.

Ancora, a differenza di quanto previsto dall'art. 54 c.p., nel caso che ci occupa non sembrano assumere rilievo, per il legislatore, gli ulteriori presupposti applicativi dell'esimente da ultimo citata.

La disposizione a tutela dei congiunti, invero, postula, innanzitutto, la prossimità di un nocumento, condizione, questa, apparentemente più concreta, nella prospettiva dell'offesa agli interessi protetti dalla norma, rispetto al pericolo, pur attuale, che intende scongiurare chi è necessitato alla perpetrazione di un delitto<sup>66</sup>.

La norma di parte generale, poi, presuppone l'estraneità del soggetto attivo rispetto alla produzione del pericolo, circostanza, questa – la derivazione estranea al soggetto agente del pericolo – che, all'evidenza, nel caso di specie deve escludersi ontologicamente, essendo del tutto evidente, in disparte la specifica struttura di ognuna delle fattispecie menzionate dall'art. 384 c.p., che il concorrente nel reato del soggetto che intende tutelare ha il diritto, ancor prima di proteggere quest'ultimo, di proteggere se stesso da ogni possibile forma di autoincriminazione.

Rispetto, infine, al rapporto di proporzionalità tra il fatto ed il pericolo, appare a chi scrive che anche questo elemento – del tutto essenziale nell'ambito della previsione dell'art. 54 c.p., norma che, in quanto applicabile a qualsiasi fattispecie di reato, deve essere necessariamente imbrigliata all'interno di parametri applicativi idonei ad evitare l'arbitrio – proprio in ragione dell'avvenuta selezione delle condotte potenzialmente scriminabili e dei beni familiari alla cui tutela è ispirato il comportamento illecito, sia stato già valutato dal legislatore.

Le due norme, allora, a ben vedere sembrano avere ambiti applicativi concentrici, uno, più ristretto, rappresentato dall'orizzonte proprio della previsione dell'art. 384 comma 1 c.p. – applicabile a soltanto alcuni delitti contro l'amministrazione della giustizia ed allo scopo di evitare esclusivamente il nocumento alla libertà o all'onore<sup>67</sup> – ed un altro, più ampio, ma più rigoroso quanto alle condizioni di attivazione dell'esimente, all'interno del quale rientrano tutte le possibili manifestazioni dello stato di necessità<sup>68</sup>: non sembra

---

<sup>66</sup> I fattori sarebbero da una parte la probabilità di un evento temuto e dall'altra la certezza del verificarsi di un nocumento: così Cass. pen., Sez. VI, 4 febbraio 1997, n. 1908. Nello stesso senso Sez. I, 9 maggio 1992, n. 5414, secondo cui l'evento oggetto della situazione di necessità di cui all'art. 384 c.p. non è costituita da un evento di pericolo ma da uno di danno.

<sup>67</sup> Tale interpretazione produce una restrizione tanto dal punto di vista dei soggetti la cui messa in pericolo diviene rilevante per l'ordinamento, poiché si passa da una rilevanza assoluta ad una relativa, in quanto la rilevanza è ristretta ai soli prossimi congiunti; ma si riscontra un restringimento anche per il bene messo in pericolo: da un lato abbiamo "*il danno grave alla persona*" (art. 54 c.p.), che premette l'ingresso ad un numero esteso di fatti concreti, mentre dall'altro abbiamo il grave "*nocumento nella libertà o nell'onore*" (art. 384 c.p.), che apre le porte dell'esenzione ad un ristretto novero di casi.

<sup>68</sup> In senso contrario Cass. pen., Sez. I, 14 aprile 1989, n. 5759, e Sez. VI, 30 aprile 1988, n. 5232,

si possa negare che le due fattispecie sembrano porsi in rapporto di genere a specie.

In questo senso, peraltro, si è anche espressa alcuna giurisprudenza di legittimità, affermando, in particolare – l’arresto riguarda il profilo delle fattispecie alle quali è applicabile l’esimente, ma il principio di diritto sembra applicabile anche in una prospettiva soggettiva – che “*l’esimente dell’art. 384 c.p. sussiste quando uno dei reati ivi richiamati è stato commesso in stato di necessità correlato al bisogno di conservazione della libertà o dell’onore, mentre non sussiste ove il nocumento temuto concerne l’incolumità fisica dell’autore di uno dei fatti criminosi suddetti; la tassatività dei casi in cui opera la causa di giustificazione emerge dalla natura stessa della esimente, stante la limitazione posta dal legislatore per i reati indicati nella norma citata rispetto alla più ampia efficacia della scriminante dell’art. 54 c.p.*”<sup>69</sup>.

Proprio in ragione di ciò, dovrebbe escludersi la possibilità che la speciale esimente dell’art. 384 comma 1 c.p., anche seguendo il criterio interpretativo della *voluntas legis*, possa essere sottoposta ad un’applicazione analogica; ciò dovrebbe valere tanto rispetto alle figure delittuose alle quali è applicabile, quanto rispetto ai soggetti che se ne possono giovare, come peraltro esplicitamente rappresentato nella Relazione di accompagnamento al D.Lgs. 19 gennaio 2017, n. 6.

Appare fin troppo evidente che se il legislatore, pur avendo avuto un’occasione assai propizia – mediante la quale avrebbe potuto riscrivere lo statuto dei rapporti interpersonali – non ha inteso estendere l’equiparazione dei prossimi coniugi da coniugio e da unione civile anche a coloro che si trovano in una corrispondente condizione di fatto, tale silenzio deve essere interpretato come una chiara volontà di escludere l’equiparazione.

Essendo in presenza, dunque, di una situazione che non consente di estendere analogicamente l’ambito applicativo della norma in questione nemmeno *in bonam partem*, la possibilità di andare esente da responsabilità, per i soggetti non compresi nelle elencazioni rilevanti ai fini di interesse, dovrebbe poter discendere esclusivamente dall’applicazione analogica dell’art. 54 c.p. – che sì, come dice un Maestro, è strumento di giustizia<sup>70</sup>, ma che non può prescindere da ciò che è più di questo mondo, ossia la legge – a condizione, evidentemente, che ne sussistano tutte le specifiche ed ulteriori condizioni applicative.

Il rischio insito nell’asserire che l’art. 384 comma 1 c.p. possa essere applicato in via analogica, in realtà, potrebbe non determinare problemi di chissà quale natura rispetto alla situazione dei conviventi *more uxorio* – situazione

---

che hanno ritenuto applicabile l’art. 384 comma 1 c.p. anche qualora il nocumento temuto avesse ad oggetto non la libertà o l’onore ma l’incolumità fisica.

<sup>69</sup> Cass. pen., Sez. VI, 23 marzo 2006, n. 12799; nei medesimi termini Cass. Pen. Sez. VI, 14 novembre 1979.

<sup>70</sup> PALAZZO, *Conviventi more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza “giusta” più che ardita*, in *Sistema penale*, 2021, 9.



che, in effetti, potrebbe divenire oggetto di apposita prova mediante l'allegazione di una serie di elementi fattuali idonei a comprovare l'equivalenza della situazione concreta rispetto a quella che fisiologicamente contraddistingue il rapporto di coniugio – ma produrre effetti distorsivi rispetto all'inevitabile dilatazione della compagine ad ulteriori soggetti che rientrerebbero nell'ipotetico elenco allargato: si pensi, ad esempio, agli affini del convivente *more uxorio* nonché a coloro che ricoprirebbero la posizione di zii o di nipoti di fatto.

Inoltre, a fronte della riconosciuta validità generale – ovvero riconducibilità al principio di colpevolezza – del principio dell'inesigibilità, non può escludersi che quanto asserito dalle Sezioni Unite possa, un domani, essere utilizzato per sostenere la rilevanza di una condizione di *stress* familiare al fine di giustificare comportamenti illeciti anche del tutto diversi – ed incidenti su valori del tutto eterogenei rispetto all'amministrazione della giustizia – da quelli elencati dalla norma in esame.

Allo stato dei fatti, allora, l'estensione per analogia ai conviventi *more uxorio* dovrebbe, a stretto rigore, escludersi.

A ciò conduce, innanzitutto, come detto, la tassatività dei casi nei quali la clausola in questione può applicarsi, che sono appositamente individuati dalla fattispecie stessa mediante un'elencazione la cui esistenza e predisposizione trasuda inderogabilità poiché seleziona tra le fattispecie a tutela del medesimo bene giuridico<sup>71</sup>.

Nella stessa prospettiva deve intendersi altrettanto tassativa anche l'individuazione dei soggetti a cui è applicabile.

Un ampliamento come quello legittimato dalle Sezioni Unite, concludendo, condurrebbe ad un superamento dei limiti della disposizione, che consentirebbe l'esenzione dalla sanzione penalistica ad una molteplicità di situazioni “di fatto” non previste né volute dal Legislatore che, oltre ad essere difficili da provare<sup>72</sup>, produrrebbero contestualmente un'eccessiva indeterminatezza della disposizione; tutto ciò, peraltro, senza considerare che ci troveremmo di fronte ad una norma di matrice giurisprudenziale i cui criteri applicativi dovrebbero, a loro volta, essere dettati dall'interprete, con evidente attrito con la separazione dei Poteri.

Inoltre, qualora si ammettesse l'applicazione proposta dalle Sezioni Unite rispetto ai soggetti, si rischierebbe di dar vita ad una potenziale legittimazione anche rispetto alla possibile apertura, altrettanto *contra legem*, all'analogia rispetto alle condizioni in presenza delle quali soltanto è possibile invocare la causa di giustificazione – in altre parole, si ammetterebbe che requisiti quali il “grave e inevitabile nocumento nella libertà o nell'onore” pos-

<sup>71</sup> ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, 7a ed., Milano, 2022, 232; ROMANO, *La subornazione. Tra istigazione, corruzione e processo*, Milano, 1993, 219; ZOTTA, *Casi di non punibilità*, in COPPI (a cura di), *I delitti contro l'amministrazione della Giustizia*, Torino, 1996, 533, nt. 6.

<sup>72</sup> Sulle prove potenzialmente adducibili si v. GALLUCCI, *Le Sezioni Unite*, cit., 6.



sano essere interpretati estensivamente, circostanze anche solo labilmente connesse ad essi – o al catalogo dei reati cui essa è applicabile.

È chiaro, concludendo, che siamo in presenza di una disposizione di *favor* per la quale potrebbe essere previsto il ricorso all'analogia, ma tanto il significato del comportamento del legislatore, quanto il rispetto dei limiti alle prerogative della magistratura ordinaria, quanto l'esigenza di certezza del diritto – in presenza di una norma che ha certamente ambito applicativo limitato e si pone in termini di deroga alla disciplina generale – consentono di affermare che lo strumento mediante il quale è possibile realizzare l'evoluzione del diritto penale non può essere rappresentato da una sentenza che, benché coerente con l'evoluzione sociale e rispettosa del principio di uguaglianza, si pone in termini frontali contro il contenuto del diritto positivo.



## Prospettive per una nuova riforma dell'abuso d'ufficio: è l'abrogazione dell'art. 323 c.p. la soluzione definitiva per superare la "paura della firma"?

Benedetto Musolino\*

**Sommario:** Premessa. – **1.** La riforma del 2020. Una soluzione emergenziale per un'esigenza atavica: la ricerca della determinatezza. – **2.** La legittimità costituzionale della novella del 2020: la Consulta riconosce l'incidenza della "sindrome della firma". – **3.** La riespansione della fattispecie operata dalla giurisprudenza. La rilevanza penale del superamento dei limiti esterni della discrezionalità: lo "sviamento di potere". – **4.** Le nuove iniziative legislative. Le proposte presentate nella XVIII legislatura. – **5.** I progetti pendenti nella XIX e attuale legislatura: i disegni di iniziativa parlamentare e governativa (d.d.l. Nordio). – **5.1.** Segue. I lavori della Commissione Giustizia: le audizioni. – **6.** Il superamento della "sindrome della firma": tra abrogazione e riformulazione dell'art. 323 c.p. è possibile una terza via? – **7.** Considerazioni conclusive.

### ABSTRACT

Il sostanziale svuotamento, operato in sede giurisprudenziale, della portata innovativa – in senso restrittivo – della riforma del reato di abuso d'ufficio adottata nel 2020 ha fatto riemergere la carenza di tipizzazione della fattispecie delineata dall'art. 323 c.p., alimentando pressioni e spinte, soprattutto da parte degli amministratori locali, verso un'abrogazione secca della disposizione, nella convinzione che solo così potrà essere superata la c.d. "sindrome della firma", fenomeno riconosciuto anche dalla Consulta. La soluzione radicale, sposata per ragioni di opportunità politica e non senza contrasti interni dal Governo con il recente d.d.l. Nordio, solleva più di una perplessità apparendo in contrasto con gli obblighi assunti dall'Italia in ambito sovranazionale (ONU, UE) e suscettibile di essere frustrata da possibili riespansioni di altre fattispecie in sede giurisprudenziale. In attesa della decisione del Parlamento, occorre chiedersi se l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio, senza al contempo risolvere le ulteriori cause che sono all'origine del fenomeno, potrà rivelarsi soluzione definitiva e idonea a superare la "paura della firma". Nelle more del dibattito parlamentare e dottrinale appare opportuno esaminare gli scenari evocati dalle diverse soluzioni sul tappeto.

*The substantial emptying, carried out through case law, of the innovative scope – in a restrictive sense – of the reform of the offense of abuse of office adopted in 2020, has brought to light the lack of typification of the offense outlined in Article 323 of the Criminal Code, fueling pressures and urges, especially from local administrators, towards a complete repeal of the provision, under the belief that only in this way can the so-called "fear of the signature" phenomenon –*

---

\* Dottore in giurisprudenza.

also recognized by the Constitutional Court— be overcome. The radical solution, embraced for reasons of political expediency and not without internal conflicts by the Government with the recent Nordio bill, raises more than one perplexity, appearing to be in conflict with the obligations undertaken by Italy at the supranational level (UN, EU), and susceptible to being frustrated by possible expansions of other offenses through case law. While awaiting the decision of the Parliament, one must wonder whether the repeal of the offense of abuse of office, without simultaneously addressing the additional causes that give rise to the phenomenon, can prove to be a definitive and effective solution to overcome the “fear of the signature”. In the meantime, pending parliamentary and doctrinal debates, it is appropriate to examine the scenarios evoked by the different solutions under consideration.

## Premessa.

L'approvazione da parte del Consiglio dei Ministri nella riunione del 15 giugno 2023 di un d.d.l. a iniziativa del Ministro della Giustizia Carlo Nordio<sup>1</sup> palesa la scelta governativa orientata verso una soluzione radicale del fenomeno della c.d. “sindrome della firma”, che paralizzerebbe gli amministratori, in particolare i sindaci. La causa di questa “paura” viene ricondotta alla scarsa determinatezza della fattispecie di abuso d'ufficio e quindi alla scarsa prevedibilità e conoscibilità delle condotte punite dalla disposizione di cui all'art. 323 c.p. La riformulazione operata dal legislatore del 2020 con un provvedimento emergenziale giustificato dalla pandemia in atto non aveva risolto il problema, non avendo costituito idoneo baluardo al controllo del giudice penale sull'esercizio della discrezionalità amministrativa. Nel corso del dibattito parlamentare e dottrinale sono emersi numerosi spunti critici sulle possibili conseguenze delle diverse soluzioni prospettate dai d.d.l. già pendenti, che avevano fatto dubitare alcune componenti della maggioranza di governo sull'opportunità della soluzione radicale<sup>2</sup>, in particolare per il paventato contrasto con gli obblighi derivanti dalla convenzione ONU in materia di anticorruzione e dalla normativa europea. L'opzione per l'abrogazione secca appare frutto di una scelta politica sofferta, forse anche agevolata da spinte emotive<sup>3</sup>.

Il disegno governativo si inserisce comunque nel dibattito in corso in Parlamento, al quale spetterà adottare la soluzione definitiva. Tra le proposte in

---

<sup>1</sup> Trattasi del d.d.l. recante “*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento giudiziario. Interpretazione autentica dell'articolo 9 della legge 10 aprile 1951, n. 287*”, che al comma 1, punto b) dell'articolo 1 (*Modifiche al codice penale*) prevede “*l'articolo 323 è abrogato*”.

<sup>2</sup> Cfr. *Repubblica.it*: *La riforma della giustizia è pronta. Ma la maggioranza litiga sull'abuso d'ufficio*, pubblicato online in data 8.6.2023.

<sup>3</sup> L'improvvisa scomparsa del leader della componente che più delle altre perseguiva questa soluzione, Sen. Silvio Berlusconi, sembrerebbe aver dato la spinta finale per varare questo disegno, quasi come un “tributo” alla memoria. Cfr. le dichiarazioni del Sottosegretario alla Giustizia, On. Sisto, riportate dal *Corriere della Sera* del 15 giugno 2023: “*La riforma, parla Sisto. L'abuso d'ufficio tolto in suo nome*”. Tra i tanti quotidiani che titolano in termini analoghi si richiama *La Verità* del 16 giugno 2023: “*Nordio, sprint dedicato a Silvio. Salta il reato di abuso d'ufficio*”.

campo, come si avrà modo di approfondire più avanti, alcune già prevedevano l'abrogazione secca, ipotesi sposata dal d.d.l. Nordio, altre prevedevano la riformulazione dell'art. 323 c.p. Nel corso del lavoro ci si soffermerà pertanto sulle esigenze che le predette proposte mirano a soddisfare e sulle probabili conseguenze anche in termini di criticità che dette soluzioni involgono.

## 1. La riforma del 2020. Una soluzione emergenziale per un'esigenza atavica: la ricerca della determinatezza.

Il testo attualmente vigente della disposizione dell'art. 323 c.p. concernente il reato di abuso d'ufficio è di recente formulazione, essendo stato introdotto con l'art. 23 del D.L. 16 luglio 2020 n. 76, c.d. "decreto semplificazioni", emanato al dichiarato scopo di contribuire alla "semplificazione dei procedimenti amministrativi, all'eliminazione e alla velocizzazione di adempimenti burocratici". La ragione che ha indotto il Governo a intervenire attraverso un provvedimento emergenziale è stata dichiaratamente quella di superare la c.d. "sindrome della firma", in un momento in cui occorreva far ripartire il Paese dopo la stasi cagionata dalla nota pandemia, come si avrà modo di approfondire più avanti. L'esigenza che il legislatore intendeva soddisfare aveva tuttavia origini più remote e andava al di là della contingenza seguita al diffondersi del COVID-19, essendo già viva nel dibattito dottrinale e anche parlamentare sin dal 1990. Invero, la vaghezza e genericità della formulazione non era ignota allo stesso legislatore del 1930, che aveva tuttavia preferito non appesantire la disposizione con il richiamo ai tipici vizi di legittimità degli atti amministrativi<sup>4</sup>. L'indeterminatezza della disposizione era stata evidenziata, sin dagli anni '60 del secolo scorso, dalla dottrina che ne aveva denunciato il contrasto con la Costituzione repubblicana<sup>5</sup>, ma il giudice delle leggi aveva respinto la questione<sup>6</sup>, in virtù dello stretto legame tra il carattere abusivo della condotta e l'illegittimità dell'atto e della previsione del dolo specifico. La norma, tuttavia, a causa della clausola di riserva, aveva mantenuto una operatività residuale<sup>7</sup>. La riforma operata con la legge n. 86

<sup>4</sup> Cfr. i *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, parte II, Relazione al libro II, Roma, 1929, 132 ss.

<sup>5</sup> BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1966, 985 ss.; GRASSO, *Previsioni legali di reato e formazione di massime di giurisprudenza*, in *Giur. cost.*, 1965, 510.

<sup>6</sup> Corte Cost., 19 febbraio 1965, n. 7 in *Giur. cost.*, 1965, 50.

<sup>7</sup> In relazione al delitto di abuso innominato in atti d'ufficio, si rinvia tra gli altri a CONTIERI, *Abuso innominato di ufficio*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, 187 ss.; BRICOLA, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 985 ss., cit.; STORTONI, *L'abuso di potere nel diritto penale*, Milano, 1976; SEMINARA, *Riflessioni sul reato di abuso innominato in atti d'ufficio*, in *Foro it.*, II, 1984, 342 ss.; PADOVANI, *La riforma dell'abuso innominato e dell'interesse privato in atti d'ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 1042 ss.; ID., *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, ivi, 1989, 76 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale*, 4 ed., Milano, 1986, 269 ss.; PARODI GIUSINO, *Abuso innominato d'ufficio*, in *Digesto pen.*, vol. I, Utet, Torino, 1987, 41 ss.

del 1990 non pose rimedio alla indeterminatezza che già caratterizzava il testo originario dell'art. 323 c.p., ma ne ampliò l'ambito di operatività facendovi di fatto confluire le abrogate fattispecie altrettanto generiche di "interesse privato in atti d'ufficio" (art. 324 c.p.) e di "peculato per distrazione" (art. 314, c. 2 c.p.), consentendo al giudice penale di operare un sindacato incisivo sull'attività dei pubblici funzionari<sup>8</sup>.

Al fine di contenere le incursioni dell'autorità giudiziaria penale, il legislatore, mediando tra le soluzioni che propugnavano l'abrogazione e quelle volte a sostituire la disposizione vigente con nuove e specifiche fattispecie<sup>9</sup>, optò, intervenendo con la legge n. 234 del 16 luglio 1997, per una rimodulazione dell'art. 323 c.p., introducendovi elementi di tipicità. Fu infatti espressamente previsto che la condotta dovesse estrinsecarsi in una violazione di legge o di regolamento (ciò al fine anche di lasciar fuori il vizio di eccesso di potere, non menzionato); per altro verso, la disposizione venne costruita come reato di evento – di dolo o di vantaggio – caratterizzato dalla ingiustizia e, aspetto non meno importante, venne richiesto il dolo intenzionale. Venne poi introdotta una condotta alternativa di abuso, volta a sanzionare l'inosservanza dell'obbligo di astensione in presenza di un interesse proprio o dei prossimi congiunti o negli altri casi prescritti<sup>10</sup>.

Dopo un primo breve periodo di interpretazione strettamente ossequiosa dello spirito della riforma, che mirava a una interpretazione restrittiva del delitto in esame<sup>11</sup>, la giurisprudenza iniziò a discostarsene, sanzionando con-

---

<sup>8</sup> Sulla disposizione conseguita alla riforma del 1990, si vedano tra gli altri: FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, vol. I, II ed., Bologna, 1997, 242 ss.; GROSSO, *L'abuso di ufficio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, 321 ss.; BRICOLA, *La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione: cenni generali*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di Coppi, Torino, 1993, 18 ss.; PADOVANI, *L'abuso d'ufficio*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, Milano, 1991, 561 ss.; ID., *L'abuso d'ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale*, VII ed., Milano, 1995, 242 ss.; PARODI GIUSINO, voce *Abuso d'ufficio*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1994, 600 ss.; RAMPIONI, *L'abuso di ufficio*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, 117 ss.; SCORDAMAGLIA, *L'abuso di ufficio, Reati contro la pubblica amministrazione*, cit., 256 ss.; STILE, *Commento all'art. 16, l. 26/4/1990, n. 86*, in *Leg. pen.*, 1990, 331 ss. Tra i contributi più recenti, CUPELLI, *La riforma del 1990*, in ROMANO (a cura di), *Il "nuovo" abuso di ufficio*, Pisa, 2021, 26 ss.

<sup>9</sup> Si richiama la tripartizione proposta dalla Commissione Morbidelli, attraverso la quale si era tentato di ovviare agli inconvenienti della formulazione del '90 disegnando una tripartizione dell'abuso d'ufficio in distinte fattispecie: prevaricazione, favoritismo affaristico e sfruttamento privato dell'ufficio. Sull'argomento si tornerà più avanti.

<sup>10</sup> Sulla riformulazione dell'art. 323 c.p. operata dalla l. 234/1997, si vedano i contributi di PADOVANI, *Commento all'art. 1. Modifica dell'art. 323 del codice penale. L. 16/07/1997*, in *Legislaz. pen.*, 1997; PAGLIARO, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 11, 1997; BENUSSI, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, Padova, 1998. Più di recente cfr. BENUSSI, *Diritto penale della pubblica amministrazione*, Padova, 2016, 414 ss.; MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, Torino, 2019, 12 ss. Si vedano anche MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitti di interessi nel sistema penale*, Torino, 2004, 25 s.; PATALANO, *Amministratori senza paura della firma con i nuovi vincoli alle condotte punibili*, in *Guida al dir.*, 1997, n. 29, 18.

<sup>11</sup> L'assunto è condiviso in dottrina. Tra i tanti, v. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale-parte speciale*, I, Bologna, 2012, 247 s.

dotte che, pur non costituendo violazione di specifiche disposizioni di legge, si ponevano tuttavia in contrasto con il principio di imparzialità introdotto dall'art. 97 Cost., ritenendosi innegabile che detto principio potesse introdurre nell'ordinamento precetti vincolanti.

Le reazioni della dottrina non mancarono: ci fu chi propugnò una abrogazione, sulla considerazione che "il paventato vuoto di tutela" sarebbe stato ampiamente compensato dal venir meno degli inconvenienti che la fattispecie vigente aveva creato<sup>12</sup>, nell'intento di colpire con la sanzione penale, vista come *extrema ratio*, solo le condotte più gravi e contrastando gli abusi più lievi con sanzioni di natura amministrativa. Siffatta impostazione, seguita anche in altri ordinamenti, era stata accantonata, per ragioni politiche e di contesto venendo ritenuta prematura, per l'inadeguatezza del sistema dei controlli della nostra pubblica amministrazione<sup>13</sup>.

A più di venti anni di distanza, dopo che nel 2012 vi era stato un mero intervento volto a ritoccare verso l'alto le pene, il Governo, recependo le istanze provenienti in gran parte dalle amministrazioni locali e rimaste a lungo inascoltate, ha trovato la spinta, sul fronte politico, di introdurre un testo normativo volto a precisare e delimitare ulteriormente i confini della fattispecie, che non si è ritenuto di dover abrogare, con l'introduzione di una serie di ulteriori paletti.

In primo luogo, si è previsto che la condotta "abusiva" debba porsi in contrasto con *regole di condotta specifiche ed espresse*, dettate dalla *legge e da altre fonti primarie*, nell'intento del legislatore di impedire la rilevanza penale della violazione dei regolamenti e al contempo delle condotte contrastanti con meri principi generali. Infine, la rilevanza penale della condotta è stata, nell'intento del legislatore, circoscritta alla sola attività c.d. "vincolata" del pubblico amministratore, con esclusione espressa della rilevanza dell'attività c.d. "discrezionale". Per il resto è stato mantenuto fermo sia il profilo soggettivo (dolo intenzionale), sia quello concernente l'evento (ingiusto danno o ingiusto vantaggio patrimoniale). È rimasta analogamente inalterata la seconda parte della disposizione concernente l'inosservanza dell'obbligo di astensione<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> DONINI, *Osservazioni sulla proposta "Naddeo-Castaldo" di riforma dell'art. 323 c.p. La ricerca di un'ultima ratio ancora più tassativa contro il trend generale dell'espansione penalistica*, in AA.Vv., *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, a cura di Castaldo, Torino, 2018, 101. In proposito di vedano anche STORTONI, *Intervento*, in AA.Vv., *Migliorare le performance della pubblica amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, a cura di Castaldo, Torino, 2018, 117 ss.; PERONGINI, *Le ragioni che consigliano l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio*, ibidem, 12 ss.).

<sup>13</sup> MANES, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1902 ss. Più di recente, MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1126 ss.

<sup>14</sup> Recita il vigente testo dell'art. 323 c.p.: "Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da

## 2. La legittimità costituzionale della novella del 2020: la Consulta riconosce l'incidenza della "sindrome della firma".

L'intervento legislativo, posto in essere con il citato decreto legge, è stato ritenuto legittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 8 del 2022, che ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Catanzaro<sup>15</sup>, riconoscendo la sussistenza dei requisiti di necessità e urgenza, nonostante le esigenze che si volevano soddisfare fossero analoghe a quelle che avevano ispirato la riforma del 1997 (il superamento della c.d. "paura della firma"), avendo giocato un ruolo rilevante la necessità di far ripartire il Paese dopo la stasi cagionata dalla pandemia conseguita al COVID-19. La Corte ha preso le mosse dall'esame del fenomeno della c.d. "burocrazia difensiva" (o "amministrazione difensiva"), che indurrebbe i pubblici funzionari "ad astenersi dall'assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell'interesse pubblico, preferendo assumerne altre meno impegnative (in quanto appiattite su prassi consolidate e anelastiche), o più spesso restare inerti, per il timore di esporsi a possibili addebiti penali (cosiddetta 'paura della firma')". Detto timore non verrebbe sminuito dalla constatazione della esiguità delle decisioni di condanna, registratosi sul piano statistico, "atteso che il solo rischio, ubiquo e indefinito, del coinvolgimento in un procedimento penale, con i costi materiali, umani e sociali (per il ricorrente clamore mediatico) che esso comporta, basterebbe a generare un 'effetto di raffreddamento', inducendo il funzionario ad imboccare la via per sé più rassicurante". Ciò comporterebbe "significativi riflessi negativi in termini di perdita di efficienza e di rallentamento dell'azione amministrativa, specie nei procedimenti più delicati". La Corte, pur rilevando che detta esigenza fosse già da tempo avvertita, ha giustificato l'intervento del legislatore

atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da uno a quattro anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno carattere di rilevante gravità". Tra la vasta bibliografia sulla riforma del 2020 si rinvia, tra gli altri, a: DELLA RAGIONE, *L'abuso d'ufficio riformato tra diritto penale ed extrema ratio di tutela*, in Castaldo, Naddeo (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino, 2021, 105 ss.; MELCHIONDA, *La riforma dell'"abuso d'ufficio" nel caleidoscopio del sistema penale dell'emergenza da Covid-19*, in *Archivio Penale*, 2, 2021; MERLO, *Quasi come Queneau: il legislatore e l'impresa inane di riformare l'abuso d'ufficio*, in *Foro it.*, II, 2021, 231 ss.; RUGGIERO, *L'abuso d'ufficio fra potere discrezionale e legalità vincolante*, in *Archivio Penale*, 3, 2021; MATTEVI, *L'abuso d'ufficio. Una questione aperta. Evoluzione e prospettive di una fattispecie discussa*, Trento, 2022.

<sup>15</sup> La questione di legittimità costituzionale concerneva l'art. 23, comma 1, del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 ed era stata sollevata dal G.u.p. del Tribunale di Catanzaro non solo con riferimento all'art. 77 Cost., ma anche in relazione ai precetti di cui agli articoli 3 e 97 Cost., venendo a privare di rilevanza penale ogni forma di esercizio della discrezionalità amministrativa del p.u., sostanzialmente equiparandolo al privato. La sentenza 18 gennaio 2022 n. 8 è rinvenibile sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).



sottolineando come esso fosse maturato “solo a seguito dell'emergenza pandemica da COVID-19, nell'ambito di un eterogeneo provvedimento d'urgenza volto a dare nuovo slancio all'economia nazionale, messa a dura prova dalla prolungata chiusura delle attività produttive disposta nella prima fase acuta dell'emergenza”. Quanto al merito, la Corte ha superato i dubbi del rimettente, affermando che, sulla base del principio di sussidiarietà del diritto penale, la salvaguardia dei valori costituzionali non si esaurisce nella tutela penale, la quale “costituisce anzi un'extrema ratio, cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l'assenza o l'inadeguatezza di altri mezzi di tutela”.

### **3. La riespansione della fattispecie operata dalla giurisprudenza. La rilevanza penale del superamento dei limiti esterni della discrezionalità: lo “sviamento di potere”.**

La costruzione operata dal legislatore del 2020 aveva suscitato non poche critiche nella dottrina, che aveva prefigurato la sostanziale paralisi nell'applicazione della prima condotta prevista dall'art. 323 c.p.: da un lato si rilevava come le specifiche regole, che più puntualmente possono orientare il comportamento del pubblico amministratore, fossero per lo più contenute all'interno dei regolamenti, che erano stati esclusi dal novero delle fonti rilevanti<sup>16</sup>, mentre non era mancato chi aveva ritenuto irragionevole la riforma, per eccesso di depenalizzazione<sup>17</sup>, per finire a chi<sup>18</sup> aveva ritenuto che la rilevanza penale, limitata ai soli atti vincolati, avrebbe precluso il sindacato del giudice penale sull'eccesso o sviamento di potere<sup>19</sup>.

In sede applicativa, la giurisprudenza ha spazzato siffatti timori, sterilizzando in buona parte l'effetto restrittivo della riforma. Ciò si è verificato in particolare con riferimento al requisito della discrezionalità, la cui presenza, nello spirito della riforma, avrebbe dovuto precludere la rilevanza penale della condotta, venendo a costituire elemento “negativo” del fatto tipico<sup>20</sup>. In proposito, la Suprema Corte, pur premettendo che le regole di condotta penalmente rilevanti devono essere cogenti, fissate dalla legge e disegnate in termini completi e puntuali e che non possono concernere l'attività discre-

<sup>16</sup> NADDEO, *I tormenti dell'abuso d'ufficio tra teoria e prassi. Discrezionalità amministrativa e infedeltà nel nuovo art. 323 c.p.*, in *Penale Diritto e Procedura*, [www.penaledp.it](http://www.penaledp.it), 10/8/2020.

<sup>17</sup> GATTA, *Da “spazza-corrotti” a “basta paura”*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).

<sup>18</sup> GAMBARDILLA, *Simulstabant vel simulcadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sistema penale*, fasc. 7/2020, anche in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).

<sup>19</sup> La giurisprudenza colloca tra gli atti vincolati il permesso di costruire, attesa la sua diretta previsione nell'art. 12 del d.P.R. 380/2001, il cui tenore letterale non lascia spazio a margini di discrezionalità: Cass., III Pen., 8.9.2020 n. 26834, Barletta, emanata nel vigore della riforma.

<sup>20</sup> Così riteneva anche PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 10, che paventava di conseguenza l'ingiustizia della limitazione di responsabilità del pubblico funzionario che ne derivava.

zionale, neppure quella tecnica, ha tuttavia precisato che ciò vale solo in presenza di un “cattivo uso del potere” (quello inerente alla violazione dei limiti interni delle modalità di esercizio) ma non in caso di “uso distorto”: quando cioè nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio l’agente persegua interessi oggettivamente difformi o collidenti con quelli per i quali il potere discrezionale è attribuito, vengono superati i limiti esterni della discrezionalità e si è di fronte a una fattispecie di c.d. sviamento di potere<sup>21</sup>. Per la Suprema Corte l’uso del potere pubblico per una causa diversa da quella che ne ha fondato l’attribuzione continua, pertanto, a integrare un fatto tipico, pur nel vigore della nuova formulazione dell’art. 323 c.p. La giurisprudenza è giunta anche ad ammettere la rilevanza penale della violazione dei regolamenti – nonostante l’espressa esclusione dall’area di tipicità – allorché essi pongano in essere una “minima integrazione”, sempre che la norma di condotta che si assume violata in via principale sia già connotata dei requisiti di tipicità e tassatività<sup>22</sup>. In tal caso la norma regolamentare, sottoposta ed interposta, si risolve in una mera “specificazione tecnica di un precetto comportamentale già compiutamente definito dalla norma primaria”. Non può invece più fungere da parametro la norma di rilevanza legislativa indiretta, quella che si limita ad imporre l’osservanza di una regola di condotta la cui tipizzazione è demandata ad una fonte regolamentare<sup>23</sup>.

Non risultano, allo stato, decisioni volte a ripristinare la rilevanza penale di principi costituzionali come era avvenuto in passato con il richiamo al principio di imparzialità di cui all’art. 97 Cost., anzi le decisioni fin qui emanate ribadiscono la sottrazione al giudice penale dell’apprezzamento dell’inosservanza di principi generali.

#### **4. Le nuove iniziative legislative. Le proposte presentate nella XVIII legislatura.**

L’interpretazione estensiva operata dalla giurisprudenza del testo riformato nel 2020 ha dato origine a una immediata reazione in sede parlamentare, dove si è assistito a nuove iniziative, a nuovi d.d.l. diretti a intervenire ancora una volta sulla fattispecie dell’art. 323 c.p., alcuni tesi a ridurre ulteriormente l’ambito di operatività, altri addirittura volti ad abrogare la disposizione o anche a trasformarla in illecito amministrativo. L’esigenza che si coglie in detti

---

<sup>21</sup> Cass., VI Pen. 8.1.2021, n. 442, Garau. Nella decisione, tuttavia, la Corte perviene ad escludere la penale responsabilità, non avendo nel caso di specie il p.u. superato il c.d. limite esterno.

<sup>22</sup> Cass., Sez. 6, n. 33240 del 2021: si consideri che la citata sent. Garau, di poco antecedente, aveva invece escluso la rilevanza delle disposizioni regolamentari anche se interposte.

<sup>23</sup> Come avviene di regola nel caso del bando di gara. Analogamente si ritiene in relazione ai c.d. meri atti di normazione flessibile (il c.d. soft law), quali ad esempio le linee guida dell’ANAC: così DE NOZZA, *La riforma dell’abuso d’ufficio: dalla paura della firma alla firma senza paura?*, in [www.lexambiente.it](http://www.lexambiente.it). L’indirizzo che consente la minima eterointegrazione viene confermato da Cass., Sez. 6, n. 1606 dell’11/11/2021, Iovine

tentativi è in particolare quella di salvaguardare l'attività dei sindaci e ridurre l'ambito della loro responsabilità. In proposito, si segnalano anche delle iniziative volte a limitare l'operatività della disposizione di cui all'art. 40 cpv c.p. ai sindaci. Pur trattandosi di disegni venuti meno con la fine della XVIII legislatura, meritano comunque di essere presi in considerazione, perché hanno destato reazioni in dottrina e perché costituiscono punto di riferimento dei disegni di legge presentati in apertura della nuova legislatura.

Trattasi in particolare dei disegni di Legge n. **S-2145 Ostellari** (Lega), n. **S-2324 Parrini** (PD) e n. **S-2279 Santangelo** (M5S), i quali, pur provenendo da formazioni politiche contrapposte, sono animati dal comune scopo di riscrivere ancora una volta la fattispecie di reato dell'art. 323 del c.p. in chiave ulteriormente restrittiva, potenziando l'effetto di parziale *abolitio criminis* già conseguito dalla novella del luglio del 2020. I tre disegni di legge risultano depositati rispettivamente in data 22 marzo 2021, 19 luglio 2021 e 15 giugno 2021, a meno di un anno dall'entrata in vigore della riforma. Ripercorriamoli velocemente.

**4.1.** Il disegno di legge **Ostellari** mirava all'*abrogazione* della prima parte del primo comma dell'art. 323 del c.p., a espungere cioè la prima delle due condotte sanzionate dalla fattispecie, preso atto del fallimento del tentativo operato dalla riforma del 2020 di circoscrivere l'intervento del giudice penale. La relazione di accompagnamento richiama espressamente la giurisprudenza della Cassazione (Sezione VI, n. 442 dell'8 gennaio del 2021) che aveva operato la distinzione tra "limiti interni" e "limiti esterni" della discrezionalità, evidenziando come questa lettura appaia idonea a "*riaprire un nuovo fronte di incertezza giurisprudenziale con il connesso rischio che la magistratura penale, ancora una volta, incuneandosi su una distinzione di carattere giurisprudenziale assolutamente labile, finisca col dare sfogo all'inaccettabile velleità di sostituire le proprie valutazioni a quelle attinenti al merito amministrativo coperte dalla cosiddetta riserva di amministrazione*". Propone pertanto di operare una scelta "coraggiosa", al contempo foriera di una vera e propria semplificazione dell'attività amministrativa, dando coraggio agli operatori degli apparati pubblici, con l'eliminazione "di qualsiasi sindacato del giudice penale sui provvedimenti vincolati oltre che discrezionali".

Con riferimento alla ulteriore condotta di abuso d'ufficio per violazione dell'obbligo di astensione, operando l'espunzione dell'inciso "*negli altri casi prescritti*", perviene a limitare la rilevanza penale ai soli casi di astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, espungendo quelli nei quali la fattispecie opererebbe quale norma penale in bianco.

Viene, tuttavia, eliminato il riferimento allo "*svolgimento delle funzioni o del servizio*", in tal modo ottenendo l'effetto, opposto rispetto all'obiettivo, di estendere la responsabilità dell'agente anche per l'abuso delle qualità, al di fuori dell'esercizio delle proprie funzioni.

**4.2.** Il disegno di legge **Parrini** prevedeva l'introduzione di un secondo comma all'art. 323 del c.p., volto a contemplare un ulteriore presupposto per

la configurazione dell'abuso d'ufficio a carico del sindaco, che si verrebbe a configurare solo se le regole di condotta violate “*siano relative a competenze espressamente attribuite al Sindaco*”. La norma ha suscitato alcune critiche in dottrina<sup>24</sup>, che ha stigmatizzato la limitazione alla sola attività del sindaco – forse spiegabile in termini di mero fatto con la rilevanza quantitativa dei casi che concernono i c.d. primi cittadini – facendo aleggiare eventuali profili di illegittimità costituzionale. Detti potenziali rischi vengono tuttavia esclusi *in nuce* da una attenta dottrina che ha rilevato come il d.d.l. Parrini non abbia alcuna capacità di ulteriormente selezionare classi di fattispecie né di restringere il campo applicativo dell'art. 323 c.p.; all'iniziativa viene comunque riconosciuto il “merito” di evidenziare che la violazione deve concernere la “competenza espressamente attribuita al Sindaco”, così da poter consentire all'autorità inquirente di immediatamente verificare e ponderare *ab origine* quel che costituisce notizia di reato e quel che va qualificato come atto non costituente notizia di reato<sup>25</sup>. Il d.d.l. Parrini prevede poi l'introduzione di una modifica all'art. 50 del T.U. Enti Locali, volta a limitare l'operatività della clausola generale di equivalenza di cui all'art. 40 cpv c.p. con riferimento alla responsabilità del sindaco<sup>26</sup>.

**4.3.** Infine, il d.d.l. **Santangelo** concerneva le attribuzioni del Sindaco nelle funzioni di competenza statale introducendo, dopo il comma 1 dell'art. 54 del T.U. Enti Locali, il comma 1 bis, in base al quale il Sindaco, quale ufficiale del Governo, nell'esercizio delle funzioni individuate dal comma 1, risponde esclusivamente per dolo o colpa grave per violazione dei doveri d'ufficio. La previsione, che mirava a limitare la responsabilità dei sindaci nella commissione di reati omissivi impropri, analogamente a quanto previsto nel d.d.l. Parrini, appare fuoriuscire dalla tematica attinente al reato di abuso d'ufficio.

## **5. I progetti pendenti nella XIX e attuale legislatura: i disegni di iniziativa parlamentare e governativa (d.d.l. Nordio).**

In apertura della XIX legislatura sono stati presentati alla Camera quattro d.d.l. volti a incidere sulla fattispecie di cui all'art. 323 c.p.

I disegni di iniziativa parlamentare attualmente pendenti alla Camera sono quattro:

- a) il d.d.l. **Rossello (AC 399)**, presentato il 19 ottobre 2022 e il d.d.l. **Pittalis (AC 645)**, del 29 novembre 2022: entrambi prevedono l'**abrogazione** secca della disposizione di cui all'art. 323 c.p. Le Relazioni illustrative dei

---

<sup>24</sup> Tra le altre, ROMANO, *Brevi considerazioni sulle ulteriori proposte di riforma dell'abuso d'ufficio, a partire dalle responsabilità dei sindaci*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com).

<sup>25</sup> GAMBARDILLA, *Tre disegni di legge in materia di abuso d'ufficio e responsabilità per i reati omissivi propri*, 8, in [www.discrimen.it](http://www.discrimen.it). L'autore fa un'ampia rassegna dei tre d.d.l. richiamati nel testo.

<sup>26</sup> L'esame di tale parte del d.d.l. non viene approfondito nel presente scritto, non incidendo direttamente sull'art. 323 c.p.

citati disegni giustificano la drastica soluzione partendo da un dato di fatto, la “*difficoltà applicativa della norma e la statistica insoddisfazione dei suoi esiti processuali*”, ritenendo che il vuoto di tutela che si verrà a creare sarà “*ben poco comparabile con gli inconvenienti che la previsione penale in esame porta con sé*”. In sostanza, si argomenta dalla circostanza che la quasi totalità dei processi per abuso d’ufficio è archiviata o comunque non si chiude con una condanna. Un’ulteriore ragione è data dalla articolazione generica dei capi di imputazione, consentita dalla carenza di determinatezza della fattispecie, che consente un utilizzo del reato de quo come un *jolly*, grimaldello che le Procure utilizzano in modo esplorativo. In definitiva, la ritenuta interpretazione estensiva che ne ha fatto la giurisprudenza negli anni nonostante i numerosi interventi legislativi volti a conferire un maggior grado di tassatività alla fattispecie, rende inutile la ricerca di nuove formulazioni e ne suggerisce l’abrogazione, anche in applicazione del principio di sussidiarietà e di *extrema ratio* che deve governare il diritto penale.

- b) il d.d.l. **Costa (AC 654)**, presentato il 29 novembre 2022, che mira a **depenalizzare** la fattispecie, prevedendo, accanto all’abrogazione della disposizione di cui all’art. 323 c.p., la contestuale introduzione di un articolo 54-ter nel T.U. Enti Locali, volto a reintrodurre come illecito amministrativo la fattispecie contestualmente abrogata, traslando l’illecito dal penale al settore amministrativo. È prevista l’applicazione di una sanzione pecuniaria e la competenza a irrogarla dell’ANAC, all’esito di un’istruttoria nella quale è garantito il contraddittorio tra le parti. La Relazione si sofferma sul dato fattuale che vede quelle – poche – sentenze di condanna molto spesso basate “*per lo più irregolarità amministrative, comportamenti che si assumono ‘parziali’ anche se non consistenti in espresse violazioni di una specifica norma (...), fatti il cui disvalore penale in nulla o ben poco obiettivamente si distingue da quello dell’illecito amministrativo e/o disciplinare*”.
- c) il d.d.l. **Pella (AC 716)**, presentato il 14 dicembre 2022 (recante peraltro quale secondo firmatario lo stesso On. Pittalis) che mira, invece, a una **ri-formulazione** dell’art. 323 c.p. La disposizione proposta ricalca la vigente fattispecie, sulla quale opera alcune modifiche e alcuni tagli. L’intento è quello di “*ridurre gli effetti inutili del reato nella sua formula vigente*”, specificando che deve esserci un effettivo danno diretto, mirato ad una singola persona. Ne consegue l’**espunzione dell’abuso c.d. “di vantaggio”**, che la Relazione ritiene “*desueto*” e anche “*dannoso sotto il profilo della pendenza del giudizio*”. Riprendendo un’espressione attribuita al Ministro della Giustizia, si afferma che bisogna “*abbandonare l’idea di tutelare il buon andamento della pubblica amministrazione con minaccia della pena*”. L’abuso da sanzionare penalmente resta pertanto solo quello c.d. “di danno” o “di sopraffazione”.

Viene altresì espunto l’avverbio “*intenzionalmente*” (che era riferito al dolo), mentre, come già anticipato, viene aggiunto l’avverbio “*direttamente*”, con riferimento al danno cagionato a una singola persona.

Infine, viene specificato che la condotta posta in violazione dell'obbligo di astensione debba essere connotata dalla consapevolezza<sup>27</sup>.

Il d.d.l. *de quo* si presta ad alcune considerazioni critiche. Innanzitutto viene a ridurre notevolmente l'ambito di operatività della disposizione vigente, relegando nella irrilevanza penale la condotta di interesse privato, volta a perseguire una utilità personale di tipo patrimoniale, a vantaggio dello stesso agente o di terzi. La costruzione riecheggia la fattispecie prevista dal Codice Zanardelli, che prevedeva all'art. 175 il reato di "abuso innominato di autorità", essenzialmente diretto a tutelare il cittadino dagli abusi dell'autorità costituita, secondo il modello della prevaricazione. Nel d.d.l. Pella l'interesse tutelato attiene al solo diritto del cittadino a non venir prevaricato, mentre scompare ogni riferimento alla tutela della Pubblica amministrazione e ai capisaldi introdotti dall'art. 97 Cost., quanto meno il dovere di imparzialità, che la Pubblica Amministrazione è chiamata parimenti a perseguire. A differenza del modello ottocentesco, la fattispecie non sarebbe "innominata" ma beneficerebbe della tipizzazione introdotta sin dalla novella del 1997.

Quel che desta ancor più perplessità, rispetto all'obiettivo perseguito, è l'eliminazione del dolo intenzionale, previsto anch'esso dal legislatore del 1997 e non intaccato saggiamente dalla novella del 2020: di conseguenza, la giurisprudenza potrebbe pervenire ad ammettere l'operatività del dolo diretto o addirittura del dolo eventuale, finendo quindi per estendere – almeno sotto il profilo soggettivo – l'ambito di responsabilità dell'agente<sup>28</sup>.

Sembra pertanto andare in senso opposto rispetto all'intento di restringere la rilevanza penale della fattispecie la sostituzione della locuzione "intenzionalmente" con quella "direttamente", in quanto a fronte dell'espunzione

<sup>27</sup> Per facilità di comprensione, si riporta il testo come riformulato dal citato d.d.l. Pella: "1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero consapevolmente omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, arreca direttamente ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da uno a quattro anni. 2. La pena è aumentata nei casi in cui il danno direttamente causato ha un carattere di rilevante gravità".

<sup>28</sup> Con riferimento al requisito della intenzionalità del dolo, la giurisprudenza di legittimità ha finora escluso la configurabilità del reato, per difetto dell'elemento soggettivo, non solo in presenza del dolo eventuale, ma anche in presenza del dolo diretto (rappresentazione dell'evento come verificabile con elevato grado di probabilità o addirittura con certezza, ma non come obiettivo perseguito), essendo, invece, richiesto il dolo intenzionale, inteso come rappresentazione e volizione dell'evento di danno (altrui) o di vantaggio patrimoniale (proprio o altrui), quale conseguenza diretta ed immediata della condotta dell'agente ed obiettivo primario da costui perseguito (Cass. pen., Sez. VI 05-05-2004, n. 21091). L'intenzionalità del dolo di vantaggio o di danno altrui è stata esclusa, pur in presenza di un concorrente scopo in tal senso, allorché il perseguimento del pubblico interesse ha comunque costituito l'obiettivo principale dell'agente (Cass. pen., Sez. VI, 03/01/2023, n. 42), a meno che il perseguimento del fine pubblico dell'agente non abbia rappresentato un mero pretesto per mascherare l'obiettivo reale della condotta (Cass. pen., Sez. III, 13/05/2011, n. 18895; Sez. VI, 17/06/2010, n. 23421).

di un requisito selettivo – caratterizzante il dolo – se ne è previsto uno che opera sul piano eziologico, che appare al più idoneo a precludere la rilevanza penale del c.d. danno indiretto, cagionato a un terzo quale conseguenza del vantaggio arrecato dall'agente a sé o ad altri<sup>29</sup>.

d) di iniziativa governativa è il d.d.l. **Nordio**, approvato, come già anticipato, nella riunione del 15 giugno 2023 dal Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro della Giustizia Nordio, che opta per l'abrogazione secca dell'art. 323 c.p. La misura si inserisce in un più ampio progetto, non organico ma puntiforme, dove è prevista anche una riformulazione del reato di cui all'art. 346-*bis* c.p. (Traffico di influenze illecite) e l'adozione di alcune misure di ordine processuale, il cui esame esula dal presente lavoro. La soluzione ricalca quella già prevista dai d.d.l. Rossello e Pittalis, di cui si è trattato sopra, prevedendo l'abrogazione integrale della disposizione, compresa l'ipotesi di omessa astensione in presenza di un interesse proprio o di prossimi congiunti o negli altri casi prescritti. Il disegno muove dall'intento di espungere dall'ordinamento una disposizione ritenuta dannosa in quanto causa della c.d. sindrome della firma, ma anche di scarso utilizzo, sulla scorta dei dati statistici che vedono pochi procedimenti attivati, peraltro definiti, in massima parte, con decisioni diverse dalla sentenza di condanna. A differenza della novella del 2020, dove si era fatto ricorso a un decreto-legge, il disegno Nordio dovrà essere approvato dal Parlamento. La valutazione dell'impatto che l'approvazione del disegno avrà, per quel che concerne l'abrogazione dell'art. 323 c.p., verrà esaminata in prosieguo.

### 5.1. Segue. I lavori della Commissione Giustizia: le audizioni.

Le audizioni svoltesi davanti alla II Commissione Giustizia della Camera dei Deputati<sup>30</sup> convergono, sia pur con diverse prospettive, verso alcune risultanze comuni.

a) *In primis*, viene da più parti prospettata la sostanziale inutilità di un nuovo intervento, tanto più se operato nel senso della abrogazione secca che, per considerazione pressoché prevalente, non farebbe altro che comportare l'inevitabile riespansione di altre fattispecie, alcune punite anche più gravemente (peculato per distrazione e turbata libertà degli incanti, omissione-rifiuto di atti di ufficio), chiamando in ballo nuovamente la giurisprudenza per una inevitabile delimitazione dei confini in sede interpretativa, a discapito della perseguita esigenza di certezza. In tali termini, si esprimono non solo

---

<sup>29</sup> L'effetto paradossale è sottolineato anche da RUGGIERO, *L'attrazione fatale per il delitto di abuso d'ufficio*, 7, in *rivista.camminodiritto.it*, 25.1.2023.

<sup>30</sup> Le audizioni richiamate nel testo si sono tenute nella seduta del 18 maggio 2023. Le relative relazioni sono state acquisite e pubblicate sul sito web della Camera dei Deputati-Commissioni permanenti- Commissione II Giustizia, raggiungibile al seguente link: [https://www.camera.it/leg19/1347?shadow\\_organoparlamentare=3502&id\\_tipografico=02](https://www.camera.it/leg19/1347?shadow_organoparlamentare=3502&id_tipografico=02).



i pareri di esponenti della dottrina penalistica<sup>31</sup>, ma anche organismi rappresentativi dell'avvocatura del libero foro<sup>32</sup> e, in maniera forse sorprendente, la stessa organizzazione rappresentativa dei Comuni, l'ANCI. Quest'ultima, in particolare, pur partendo da una preferenza di fondo per *“un approccio radicale, volto ad eliminare ogni forma di sindacato sull'attività provvedimento, mantenendo invece il presidio e il sindacato penale sulla violazione degli obblighi di astensione in caso di conflitto di interesse”*, finisce per esternare delle perplessità, convenendo che *“una ulteriore rimodulazione dell'art. 323 c.p. non ridurrebbe in ogni caso l'area del penalmente rilevante rispetto all'agire dei pubblici amministratori, stante la presenza, nel panorama dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, di altre norme incriminatrici, più specifiche e severe, per punire singole condotte del pubblico ufficiale”*. Sollecita, invece, un intervento urgente volto a rivedere le disposizioni di cui agli art. 10 e 11 del D.lgs. n. 235/2012 (cd. Legge Severino) che prevedono la sospensione di diritto dalla carica degli amministratori locali in caso di procedimenti penali per i delitti ivi previsti, ferma restando la decadenza di diritto dalla carica dalla data del passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

Per altro verso, il Movimento Forense manifesta contrarietà all'ipotesi abrogativa, rilevando come il bene giuridico tutelato dall'art. 323 c.p., dato dal buon andamento e dalla imparzialità della Pubblica amministrazione nell'emanazione dei provvedimenti, non possa *“essere in alcun modo sostituito dalla discrezionalità o addirittura dal mero libero arbitrio”*. Pertanto, un intervento volto a riformulare la norma di cui all'art. 323 c.p. dovrebbe avere il suo punto di partenza nell'“abuso” e nell'eccesso di potere. Andrebbe pertanto individuato concretamente *“quando si possa riscontrare il cosiddetto ‘uso privato’ dell'ufficio da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio”*. Tale “uso” deve essere caratterizzato da una effettiva e consapevole distorsione funzionale dell'azione amministrativa per meri scopi privati o per arrecare altrui danno. Pertanto, la condotta punibile penalmente dovrebbe essere rilevante all'interno di un illecito utilizzo dell'ufficio che si sostanzia in una reale contrapposizione tra interessi privati e pubblici ed alla cui base vi deve essere una lesione del principio di imparzialità e di buon andamento: ciò a maggior protezione del bene giuridico tutelato.

Questa esigenza di certezza emerge anche dalla audizione di altri esponenti del mondo forense<sup>33</sup>, dove si rimarca che *“la legge incriminatrice deve permettere al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio di conoscere in apicibus e inequivocabilmente quali elementi della condotta possano costituire atti contrari al rispetto dei doveri d'ufficio, dimodoché,*

---

<sup>31</sup> Si vedano le audizioni dei professori Gatta e Gambardella.

<sup>32</sup> Cfr. Relazione del Movimento Forense.

<sup>33</sup> Cfr. Relazione dell'Avv. Ivano IAI, che ritiene dannosa la fattispecie e, in ottica di sussidiarietà del diritto penale, ne auspica l'abrogazione, ritenendo sufficiente la previsione di illeciti disciplinari e contabili.



*alla lettura del precetto penale, non possa residuare il dubbio se l'azione che intendano porre in essere sia lecita o illecita”.*

b) Un secondo non meno rilevante motivo che viene opposto all'abrogazione secca è dato dalla sussistenza di **vincoli di natura sovranazionale** che imporrebbero al nostro Paese di perseguire penalmente condotte di abuso delle funzioni da parte di pubblici ufficiali. Viene rilevato nelle audizioni sia da componenti della dottrina, sia dai magistrati, sia da diverse istituzioni<sup>34</sup>, come una abrogazione secca della disposizione di cui all'art. 323 c.p. – tanto più se “trasformata” in illecito amministrativo, secondo il d.d.l. Costa, che verrebbe ad impedire anche la possibile riespansione di altre fattispecie penali – si porrebbe in aperto contrasto con la Convenzione di Merida, stipulata in ambito ONU nel 2003 e ratificata con la legge n. 116 del 2009, che imporrebbe di perseguire in sede penale ipotesi di strumentalizzazione in danno della pubblica amministrazione, dedicando una specifica disposizione, l'art. 19, alla condotta di *Abuso d'ufficio*<sup>35</sup>. Ne conseguirebbe la illegittimità costituzionale di una disposizione meramente abrogatrice, per contrasto con l'art. 117 Cost. primo comma, che impone al legislatore nazionale il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali<sup>36</sup>.

Ma vi è di più. In diverse audizioni è stato segnalato come l'abrogazione secca dell'abuso d'ufficio (o la sua trasformazione in illecito amministrativo) si ponga in potenziale contrasto con la recente *proposta di direttiva europea* del 3 maggio 2023 in materia di anticorruzione, la quale all'art. 11 prevede l'incriminazione del c.d. *abuse of functions*. La disposizione, recante in rubrica *Abuso di funzioni*, impone agli Stati membri di garantire le misure necessarie per fare in modo che i seguenti comportamenti siano punibili come reato, se commessi intenzionalmente: “*il compimento o l'omissione di un atto, in violazione di norme di legge, da parte di un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni, allo scopo di ottenere un vantaggio indebito per il funzionario stesso o per un terzo*”. A ben considerare, trattasi proprio del c.d. abuso di vantaggio, che anche il d.d.l. Pella intende abolire.

---

<sup>34</sup> Un simile rilievo è presente nella Relazione ANAC, ma anche nelle citate audizioni dei professori Gatta e Gambardella ed emerge anche dalle audizioni del dr. Prete, Procuratore della Repubblica di Brescia e del dott. Davigo, magistrato in congedo. *Contra*, STORTONI, CALIFANO, *Ex falso sequitur quodlibet: l'invocazione di vincoli sovranazionali nel dibattito sull'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, in [www.discrimen.it](http://www.discrimen.it), 8.6.2023, che contestano che dalla citata normativa sovranazionale derivi l'obbligo per gli Stati di sanzionare penalmente la condotta di abuso, emergendo invece una facoltatività della incriminazione, ritenendo sufficiente sanzionare la condotta con illecito amministrativo.

<sup>35</sup> L'Art. 19 - Abuso d'ufficio, della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione (UNCAC) recita: “*Ciascuno Stato Parte esamina l'adozione delle misure legislative e delle altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale, quando l'atto è stato commesso intenzionalmente, al fatto per un pubblico ufficiale di abusare delle proprie funzioni o della sua posizione, ossia di compiere o di astenersi dal compiere, nell'esercizio delle proprie funzioni, un atto in violazione delle leggi al fine di ottenere un indebito vantaggio per se o per un'altra persona o entità*”.

<sup>36</sup> CUPELLI, *Sulla riforma dell'abuso d'ufficio*, 3, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 23.1.2023.

Se, come appare verosimile, anche alla luce delle dichiarazioni del Presidente della Commissione<sup>37</sup> seguite al c.d. scandalo *Qatargate*, la direttiva sarà approvata, l'Italia non potrà non avere una figura di reato che efficacemente punisca l'agente pubblico che abusa del suo ufficio o agisce in conflitto di interessi, senza incorrere in contrasto con la disciplina UE<sup>38</sup>.

## 6. Il superamento della “sindrome della firma”: tra abrogazione e riformulazione dell'art. 323 c.p. è possibile una terza via?

Se una considerazione va fatta, a questo punto, è che la fattispecie dell'abuso d'ufficio si è fino ad ora rivelata caratterizzata da una particolare resilienza, nella accezione tecnica del termine: nonostante i numerosi tentativi di “deformazione” è tornata a riassumere la forma originaria<sup>39</sup>. La giurisprudenza ha sempre contrastato quelle letture volte a ridimensionare la responsabilità del pubblico ufficiale in presenza di situazioni ritenute di sostanziale sfruttamento della funzione, anche a costo di forzare il dato letterale, dando vita, ogni volta, a una reazione da parte del “mondo politico”. Ci si deve a questo punto chiedere quali potranno essere le conseguenze della scelta del legislatore che attualmente si prospetta, frutto delle forti pressioni politiche che vengono soprattutto dal mondo dei sindaci, nell'intento di raggiungere l'obiettivo di superare la c.d. “**sindrome della firma**”, alimentata, come già anticipato, dalla recente interpretazione della giurisprudenza post novella del 2020 volta a riespandere l'ambito di operatività della fattispecie, contro lo spirito – e in un certo senso contro anche la chiara lettera – della legge.

Queste pressioni hanno indotto il Governo a manifestare, con il d.d.l. Nordio, una preferenza per l'abrogazione, ma le tensioni all'interno della stessa maggioranza non del tutto sopite e l'iter parlamentare che dovrà seguire non chiudono la strada a soluzioni alternative, nel corso del procedimento di approvazione, anche in considerazione delle possibili conseguenze, in ambito sovranazionale, della abrogazione secca (non si possono escludere possibili pressioni, anche indirette, da parte degli organi dell' UE, nel corso del confronto in atto sull'attuazione del PNRR).

---

<sup>37</sup> L'intenzione è stata annunciata dalla Presidente Ursula Von der Leyen nello scorso mese di settembre nel suo discorso sullo stato dell'Unione 2022 con queste nette parole: “*Se vogliamo risultare credibili quando chiediamo ai paesi candidati di rafforzare le loro democrazie, dobbiamo eliminare la corruzione anche all'interno dell'Unione. Per questo motivo il prossimo anno la Commissione presenterà misure per aggiornare il nostro quadro legislativo di lotta alla corruzione. Adotteremo un atteggiamento più duro nei confronti di reati come l'arricchimento illecito, il traffico d'influenza e l'abuso di d'ufficio, oltre che della corruzione in senso più classico...*”. L'espressione è riportata da Gatta, nella Relazione relativa alla citata audizione.

<sup>38</sup> Esulando da questa trattazione, non si approfondirà la tematica del rapporto tra ordinamento dell'Unione Europea e diritto penale interno, limitandoci a rinviare alla sentenza della Corte Costituzionale n. 115 del 2018 sul “caso Taricco” in materia di prescrizione.

<sup>39</sup> L'analogia è di GAMBARELLA, *Tre disegni*, cit., 3.

È comunque un dato di fatto che la “sindrome della firma” costituisca un fenomeno con cui fare i conti, la cui incidenza è stata riconosciuta anche dalla Corte costituzionale nella citata decisione n. 8 del 2022. La stessa Corte non ha mancato tuttavia di rilevare come a “frenare” i pubblici agenti non sia soltanto la paura della condanna (emergendo dalle statistiche che solo una minima parte dei procedimenti termina con una condanna), ma anche quella della mera esistenza del procedimento penale.

Si è infatti osservato che ad alimentare la c.d. sindrome della firma basta la proposizione della denuncia e la conseguente apertura di indagini: sul fenomeno della proliferazione delle denunce è stato rilevato come la “*facilità con cui ogni scelta amministrativa di qualche rilievo può essere attaccata, censurata e investita dal sospetto di favoritismi, prevaricazione o indebito profitto*” possa ritenersi conseguenza del “*sommo disordine che caratterizza il nostro sistema amministrativo*”, caratterizzato dal “*tumultuoso accavallarsi di competenze*”, dalla inestricabilità delle procedure, dalla aleatorietà degli strumenti normativi, dalla carenza di controlli interni. In questo contesto, il rischio di essere contaminato da una denuncia incombe anche sul più scrupoloso ed onesto degli amministratori pubblici<sup>40</sup>. Se ne è dedotta l’inutilità di ogni pretesa volta ad arginare questo fenomeno incidendo sulla struttura della fattispecie incriminatrice, potendo apparire a prima vista soluzione più logica quella della secca abrogazione dell’art. 323 c.p.

Appare tuttavia ragionevole prevedere che l’eventuale espunzione della fattispecie di cui all’art. 323 c.p. difficilmente potrà costituire ostacolo idoneo a impedire al cittadino di presentare una denuncia all’A.G. penale (atteso che nell’esperienza le denunce per abuso originano dai privati che segnalano episodi di ritenuta “mala gestione amministrativa”<sup>41</sup>), prospettando l’illegittimità di un atto o l’illiceità di una condotta del pubblico amministratore, anche a seguito di una condotta di omessa astensione; invero, non può escludersi che, in mancanza della previsione dell’art. 323 c.p., la condotta non possa essere ricondotta ad altre fattispecie, anche più gravi.

Proprio il timore del possibile effetto riespansivo (imprevedibile nelle concrete modalità e rimesso all’apprezzamento della giurisprudenza), accanto al paventato contrasto con la vigente normativa internazionale pattizia e comunitaria hanno fatto propendere parte della dottrina per una soluzione che potremmo definire “conservativa”, volta a privilegiare l’alternativa della riformulazione dell’art. 323 c.p., in termini da rendere conoscibile e prevedibile l’illiceità penale della condotta e con l’intento di punire condotte realmente offensive. Su quest’ultimo profilo è stato di recente proposto un cambio di paradigma che “*superi la prospettiva volta a punire solo le violazioni formali*”, limitando il sindacato del giudice all’attività vincolata della pubblica

<sup>40</sup> PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell’abuso d’ufficio*, 15, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 28/7/2020.

<sup>41</sup> GAMBARELLA, *Simulstabus*, cit.

amministrazione, e recuperi l'essenza del concetto di abuso, auspicando uno sforzo da parte del legislatore teso a tipizzare ipotesi di reale sfruttamento privato dell'ufficio, nelle quali il pubblico amministratore abbia realizzato una distorsione funzionale dell'azione amministrativa, a fini privati o di danno<sup>42</sup>. Detto suggerimento implica una valutazione atta a superare il mero riscontro formale per andare nel merito della condotta di abuso, in coerenza con un diritto penale moderno e conforme a Costituzione: la soluzione, tuttavia, incentrandosi sul sindacato da parte del giudice, si muove in direzione diversa rispetto all'obiettivo perseguito dal Governo.

Si è per altro verso osservato come il profilo della prevedibilità e consapevolezza della illiceità della condotta involga una più vasta problematica, segnalata anche nel corso delle audizioni, che non può trovare soluzione nella abrogazione dell'art. 323 c.p. né nella sua riformulazione, concernendo l'esigenza di riorganizzazione della Pubblica Amministrazione. Il problema risiederebbe pertanto a monte della condotta, nella poca chiarezza delle disposizioni inerenti alle competenze dei sindaci (e, a cascata, dei dirigenti e funzionari amministrativi). Sarebbe pertanto necessaria una rimodulazione di alcuni gangli dell'amministrazione pubblica, operata attenuando la polverizzazione di alcune sue strutture (si pensi alle migliaia di inadeguate stazioni appaltanti), ripensando i meccanismi interni di controllo e responsabilità, riattivando robusti interventi di formazione dei funzionari pubblici<sup>43</sup>. Dette considerazioni dovrebbero indurre, anziché a cancellare il controllo di legalità, a definire meglio il perimetro, tramite una normazione ordinata, che chiarisca regole ed eccezioni, delle competenze decisionali e gerarchie delle fonti, dai confini resi ancor più incerti dal decentramento amministrativo, che ha creato sovrapposizioni di competenze. La "sindrome della firma" dipende anche dalle incertezze inerenti alla c.d. "catena di comando": *non sempre è dato sapere con certezza chi, nelle amministrazioni, abbia la responsabilità, anche penale, e di cosa*. Si è altresì rilevato come in uno Stato di diritto non si possa pretendere che gli atti dei pubblici poteri siano sottratti al controllo di legalità: occorre tuttavia che le norme e le competenze che regolano ciascuna materia siano chiare<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Così CUPELLI, *loc. ult. cit.*, 3.

<sup>43</sup> Così Garofoli, che nella sua audizione ricollega le preoccupazioni dei sindaci a tre fattori: a) la lamentata attitudine del solo avvio delle indagini a minare la credibilità degli amministratori locali - il che tuttavia varrebbe per tanti altri reati oggetto di iscrizione o contestazione; b) la contestata sospensione del mandato prima della condanna definitiva per abuso di ufficio; c) la preoccupante dilatazione della posizione di garanzia talvolta desunta in sede giudiziale dai poteri di ordinanza che gli artt. 50 e 54 TUEL assegnano ai Sindaci, destinata ad integrare (in forza della clausola di equivalenza di cui all'art. 40, co. 2, c.p.) variegata e significative ipotesi di reato contestate in forma omissiva impropria (non certo il solo abuso di ufficio). Quest'ultimo profilo era oggetto del d.d.l. Parrini, citato *supra* al par. 4.

<sup>44</sup> Le ultime considerazioni riportate nel testo sono formulate da ZACCARO, *Il problema non è l'abuso d'ufficio ma le norme poco chiare per i sindaci*, in *editorialedomani.it* del 19.5.2023.

Il dibattito sull'abuso d'ufficio appare inserirsi, dunque, in un contesto più ampio e più complesso. Se è ragionevole limitare il sindacato penale sull'attività amministrativa (non spetta alla giurisdizione sindacare come venga perseguito l'interesse pubblico), è però irragionevole lasciare scoperti dal presidio penalistico abusi di funzioni e di poteri dall'indubbio disvalore penale<sup>45</sup>. E se può pertanto apparire coerente con le finalità perseguite l'espunzione della prima condotta prevista dall'art. 323 c.p., preso atto della giurisprudenza incline a sindacare il merito della scelta, poco coerente appare l'abrogazione, prevista dal d.d.l. Nordio, anche della condotta di omessa astensione in presenza di un "interesse privato", già sanzionata dall'art. 324 c.p. e a seguito dell'abrogazione operata con la legge n. 86 del 1990 confluita nell'abuso d'ufficio e non intaccata dalla novella del 2020<sup>46</sup>. È probabile che questa specifica fattispecie – l'omessa astensione – possa tornare ad avere ancora rilievo penale grazie all'intervento giurisprudenziale, con conseguenze forse anche più gravi per il reo, posto che l'inserimento della condotta nell'attuale disposizione dell'art. 323 c.p. impone la sussistenza di puntuali presupposti di carattere oggettivo e soggettivo.

Ove pertanto il legislatore si dovesse limitare, come pare, a intervenire in ambito solo penalistico e con la mera prospettata abrogazione dell'art. 323 c.p., sarebbe opportuno che a questa si accompagnasse la **contestuale introduzione di norme incriminatrici più puntuali, specifiche e circoscritte**, come anche suggerito nel corso delle audizioni<sup>47</sup>: si tratterebbe di una soluzione intermedia che da un lato consentirebbe di perseguire l'obiettivo di limitare le incursioni dell'Autorità Giudiziaria, dando agli amministratori quella auspicata "tranquillità", conseguente anche a una maggior determinatezza delle fattispecie, mentre dall'altro non porrebbe a privare della tutela penale le condotte distorsive più gravi dei pubblici funzionari. Una simile soluzione era stata già prospettata nel c.d. Progetto Morbidelli, formulato nel corso dei lavori che condussero alla riforma del 1997 dalla omonima Commissione e in quel contesto accantonata per ragioni di opportunità politica. L'articolato<sup>48</sup> prevedeva lo "spacchettamento" del delitto di abuso d'uf-

<sup>45</sup> In tal senso si esprime in maniera condivisibile Gatta nella citata audizione parlamentare.

<sup>46</sup> L'abuso per omessa astensione era mantenuto nel d.d.l. Ostellari, che prevedeva l'aggiunta di un inciso volto a garantire una maggior determinatezza. Si rinvia in proposito *supra*, al par. 4

<sup>47</sup> Una simile soluzione viene riproposta da G.L. Gatta, nella citata Relazione inerente all'audizione davanti alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, seduta del 18 maggio 2023, relativa ai d.d.l. citati nel testo. In senso analogo sembrava andare il suggerimento che l'ex Procuratore della Repubblica di Roma già avanzava nel corso del dibattito che aveva portato alla novella del 2020. Cfr. PIGNATONE, *La riforma necessaria. Se l'abuso d'ufficio e la burocrazia difensiva imbrigliano il Paese nell'immobilismo*, in *La Stampa*, 14 giugno 2020, 9, che proponeva, a latere dell'abrogazione dell'art. 323 c.p., la codificazione di alcune figure criminose più specifiche in particolare in materia di appalti o a tutela della concorrenza.

<sup>48</sup> Dall'articolato Morbidelli: "Art. 323 (Prevaricazione) - Il pubblico ufficiale, o l'incaricato di un pubblico servizio, che, esercitando ovvero omettendo di esercitare in maniera arbitraria e strumentale i poteri inerenti alle funzioni o al servizio, arreca intenzionalmente ad altri un danno che

ficio in tre fattispecie: prevaricazione (abuso di danno), favoritismo (abuso di vantaggio patrimoniale ad altri), sfruttamento privato dell'ufficio (abuso di vantaggio patrimoniale per il funzionario pubblico)<sup>49</sup>.

## 7. Considerazioni conclusive.

In conclusione, si può prevedere che la soluzione perseguita dal d.d.l. Nordio, puramente abrogativa, in mancanza di interventi normativi collaterali – volti a incidere sulle procedure amministrative e a renderle meno farraginose e tesi a creare nuove fattispecie criminose o a riformulare quelle esistenti – difficilmente consentirà di conseguire i risultati auspicati, in termini di superamento della paura della firma<sup>50</sup>. È agevole ritenere che un immediato effetto benefico possa verificarsi in una prima fase. Tuttavia, con l'inevitabile effetto riespansivo di altre incriminazioni, talvolta più gravemente sanzionate (si pensi all' omissione di atti d'ufficio – art. 328 c.p., al peculato per distrazione – art. 314 c.p., alla turbata libertà delle gare e del procedimento di scelta del contraente – artt. 353 e 353-*bis* c.p.), insieme alla ineludibile frammentarietà insita nelle decisioni giurisprudenziali, potrebbe venir meno la prevedibilità della illiceità delle condotte e con essa anche quella certezza e “tranquillità” cui i pubblici funzionari aspirano. Senza peraltro considerare le conseguenze, imprevedibili allo stato, di eventuali interpretazioni giurisprudenziali con-

sa essere ingiusto, è punito, se il fatto non è preveduto come reato da altra disposizione di legge, con la reclusione fino a due anni o con la multa fino a lire venti milioni”.

Art. 323-*bis* (Favoritismo affaristico) – “Il pubblico ufficiale, o l'incaricato di un pubblico servizio, che, esercitando ovvero omettendo di esercitare in maniera arbitraria e strumentale i poteri inerenti alle funzioni o al servizio, al fine di favorire taluno gli procura un vantaggio patrimoniale che sa essere ingiusto, è punito, se il fatto non costituisce reato più grave, con la reclusione da uno a cinque anni”.

Art. 323-*ter* (Sfruttamento privato dell'ufficio) – “Il pubblico ufficiale, o l'incaricato di un pubblico servizio, che, esercitando ovvero omettendo di esercitare in maniera arbitraria e strumentale i poteri inerenti alle funzioni o al servizio, si procura intenzionalmente un vantaggio patrimoniale che sa essere ingiusto, è punito, se il fatto non costituisce reato più grave, con la reclusione da due a cinque anni”.

<sup>49</sup> La soluzione proposta dalla Commissione Morbidelli, citata *supra*, nota 6, oltre a prevedere pene diverse per le varie ipotesi di reato, introduceva una causa di non punibilità applicabile in presenza di fatti commessi nell'esclusivo interesse della pubblica amministrazione oppure di danno patrimoniale pubblico o privato non superiore a un certo ammontare, purché integralmente riparato. Sulle vicende della Commissione governativa presieduta dal prof. Morbidelli e sulle ragioni del suo accantonamento, cfr. CUPELLI, *La riforma del 1990*, in Romano (a cura di), *Il “nuovo” abuso di ufficio*, Pisa, 2021.

<sup>50</sup> La preoccupazione è espressa anche da MERLO, *Il diritto penale non è una clava, abrogare l'abuso d'ufficio non basta*, nel quotidiano *Il Dubbio* del 15 giugno 2023 e dal Prof. Ugo Maiello, nell'intervista rilasciata a *Il Mattino* del 15 giugno 2023, dove auspica una più puntuale ridefinizione del confine tra sfera pubblica e privata, riscrivendo le nozioni di pubblica funzione e di pubblico servizio maggiormente in linea con gli odierni compiti della pubblica amministrazione, soprattutto sul versante del suo intervento nelle attività economiche.

formi al diritto europeo, ove venisse approvata la direttiva anticorruzione<sup>51</sup>. Pertanto, il beneficio dato dalla abrogazione secca dell'art. 323 c.p. per gli amministratori potrebbe avere un effetto immediato e limitato a coloro che già sono assoggettati a procedimenti penali per il reato di abuso d'ufficio o hanno subito condanne – conseguendone anche la revoca in sede di giudizio di esecuzione ex art. 673 c.p.p. delle condanne definitive – e comunque a coloro che avranno commesso il fatto prima dell'entrata in vigore della disposizione abrogatrice dell'art. 323 c.p. È stato infatti osservato che, in presenza di abrogazione secca, le fattispecie di reato che verrebbero a riespandersi non potrebbero applicarsi retroattivamente ma potrebbero operare solo per i fatti futuri<sup>52</sup>. Alla stregua di quanto considerato, l'abrogazione secca non appare poter costituire una soluzione definitiva alle esigenze perseguite. Non è pertanto escluso che il problema della burocrazia difensiva torni al centro del dibattito in un prossimo futuro nonostante l'abrogazione dell'art. 323 c.p.

---

<sup>51</sup> In merito, si rinvia alle considerazioni espresse *supra*, al par. 4.

<sup>52</sup> Cfr. anche Gambardella, nelle audizioni parlamentari citate *supra*.





## Le innovazioni apportate dalla Riforma Cartabia in tema di iscrizione della *notitia criminis*

Daniele Scarpino\*

**Sommario:** 1. Introduzione. – 2. Le caratteristiche dell'attività di iscrizione nel registro delle notizie di reato. – 3. L'individuazione del registro. – 4. Iscrizione e problematiche connesse alla definizione della "notizia di reato". – 5. La nuova nozione di "notizia di reato" ed i risvolti pratico-applicativi. – 6. I presupposti soggettivi dell'iscrizione. – 7. La retrodatazione disposta d'ufficio dal Pubblico Ministero: il comma 1-ter dell'articolo 335 cpp. – 8. L'iscrizione *ius su iudicis*: l'art. 335-ter cpp. – 9. Accertamento della tempestività dell'iscrizione e retrodatazione ad istanza di parte: l'art. 335-quater cpp. – 10. Il controllo verticale sull'iscrizione.

### 1. Introduzione.

La c.d. Riforma Cartabia<sup>1</sup>, introdotta dal D.Lgs. n. 150 del 2022 ai fini dell'attuazione degli obiettivi del PNRR di riduzione del *disposition time* dei processi penali, nell'ottica dell'efficientismo<sup>2</sup>, ha incisivamente modificato numerose norme del codice penale, del codice di procedura penale e delle disposizioni di attuazione del codice di rito<sup>3</sup>.

\* Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Palmi.

<sup>1</sup> Riforma in vigore dal 30.12.2022. L'art. 6 del DL. 31.10.2022 n. 162 – convertito con legge n. 199 del 30.12.2022 – ha inserito nel D.Lgs. n. 150 del 2022 l'articolo 99-*bis* differendo dal 1.11.2022 al 30.12.2022 l'entrata in vigore della riforma. La sopra indicata legge di conversione ha anche introdotto norme transitorie e ulteriori rispetto a quelle già previste nel D.Lgs. n. 150/2022. Con riguardo alle modifiche apportate in sede di conversione si rinvia a: MARANDOLA-EUSEBI-PELLISSERO, *Entrata in vigore, regime transitorio e differimento della riforma*, in *Diritto penale e processo*, 1, 2023, 7. In merito alla disciplina transitoria si veda: MARANDOLA, *Riforma Cartabia: l'entrata in vigore, il regime transitorio e lo "slittamento" di parte della novella*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 9.1.2023. Si rinvia, inoltre, alla Relazione n. 68/2022 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione avente ad oggetto la "*Disciplina transitoria e prime questioni di diritto intertemporale del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*". In ogni caso giova rammentare che una prima parte della riforma, contenuta nell'art. 2 della legge n. 134 del 2021, è entrata in vigore nell'ottobre dell'anno 2021 (riforma relativa alla prescrizione del reato, all'improcedibilità dell'azione penale per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione).

<sup>2</sup> Le finalità della legge delega n. 134 del 27.9.2021 sono, infatti, l'efficienza e la celere definizione dei procedimenti penali.

<sup>3</sup> Per uno sguardo d'insieme sulla Riforma Cartabia si rinvia a: GATTA, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della "legge Cartabia"*, in *Leg. pen.*, 15.10.2021; SPANGHER, Bonafede, Lattanzi, *Cartabia: tre concezioni (molto diverse) della riforma del processo penale*, in [www.penaledp.it](http://www.penaledp.it), 22.7.2021; GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla let-*

Per quanto riguarda la fase delle indagini preliminari importanti innovazioni pertengono alla disciplina dell'iscrizione della notizia<sup>4</sup> di reato che, come noto, costituisce momento fondamentale dell'attività investigativa<sup>5</sup>.

L'intervento del Legislatore, finalizzato a garantire uniformità e certezza delle iscrizioni e ad imporre il rispetto delle scansioni temporali proprie della fase preliminare, da un lato ha riguardato l'art. 335 cpp, norma che disciplina il registro delle notizie di reato, dall'altro è consistito nell'introduzione di nuove disposizioni dirette a garantire la correttezza anche temporale dell'iscrizione<sup>6</sup>.

## 2. Le caratteristiche dell'attività di iscrizione nel registro delle notizie di reato.

L'iscrizione della *notitia criminis* è attività che gli articoli 335 cpp e 109 delle disposizioni di attuazione del codice di rito affidano alla specifica ed esclusiva competenza del Pubblico Ministero quale titolare del "monopolio della domanda penale"<sup>7</sup> in forza del combinato disposto degli articoli 50 cpp e 112 della Carta Costituzionale.

Come precisato dalle Sezioni Unite Civili della Suprema Corte<sup>8</sup>, l'attività *de qua* è espressione della funzione giudiziaria e, pertanto, l'atto di iscrizione non è impugnabile davanti al giudice Amministrativo

Quanto alla concreta attività di iscrizione deve preliminarmente essere evidenziato che ai sensi dell'art. 109 disp. att. cpp. vengono sottoposti al Procuratore della Repubblica "per l'eventuale iscrizione" gli atti "che possono contenere notizia di reato"<sup>9</sup>.

---

*tura della riforma Cartabia*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2.11.2022; DI TULLIO D'ELISIIS, *La Riforma Cartabia della giustizia penale*, Rimini, 2022; MARANDOLA, "Riforma Cartabia" e rito penale. *La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*, Padova, 2022; AA.VV., *La Riforma Cartabia. Codice penale - Codice di procedura penale - Giustizia riparativa*, a cura di SPANGHER, Pisa, 2022; AA.VV., *Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 (c.d. Riforma Cartabia)*, in *attuazione della legge delega 27 settembre 2021, n. 134*, a cura di BASSI-PARODI, Giuffrè, 2022; AA.VV., *Commenti alla legge n. 134 del 2021 e ai decreti legislativi delegati*, a cura di Kostoris-Orlandi, Giappichelli, 2022; AA.VV., *Il giusto processo penale dopo la riforma Cartabia*, a cura di GAITO, Pisa, 2023; AA.VV., *Riforma Cartabia: indagini preliminari e processo penale*, a cura di NATALINI, Ilsole24ore Professional, 2023; CANZIO, *Le linee del modello "Cartabia". Una prima lettura*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 25.8.2021.

<sup>4</sup> Per notizia di reato si intende "un'informazione che permette alla polizia giudiziaria ed al pubblico ministero di venire a conoscenza di un illecito penale"; definizione tratta da: TONINI-CONTI, *Manuale di Procedura Penale*, Milano, 2021, 521 ss.

<sup>5</sup> Dall'iscrizione, infatti, dipende l'inizio della decorrenza dei termini di indagine che si ripercuote sul termine finale delle stesse (e sull'inutilizzabilità degli atti compiuti oltre i termini di durata previsti dagli articoli 405 comma 2 e 407 comma 3 cpp), sul termine per l'esercizio dell'azione penale e sul "tempo di riflessione" ex art. 407-bis comma 2 cpp nonché sugli istituti di nuovo conio introdotti dalla Riforma Cartabia tra cui il deposito forzoso degli atti ex art. 415-ter cpp. Ancora, l'iscrizione è funzionale al controllo circa la tempestività di alcune forme di esercizio dell'azione penale quali il giudizio immediato e la richiesta di decreto penale; da ultimo l'attività in discorso incide sul diritto di accesso al registro riconosciuto dal comma 3 dell'art. 335 cpp.

<sup>6</sup> Il riferimento è agli artt. 335-ter e 335-quater cpp.

<sup>7</sup> Espressione utilizzata nella Circolare del Ministero della Giustizia, datata 11.11.2016, in tema di attuazione del registro unico penale e criteri generali di utilizzo.

<sup>8</sup> Cass. civ., Sez. Un., 4.11.2004, n. 21094, in *Giur. It.*, 2005, 1141.

<sup>9</sup> Nella pratica gli atti *de quibus* possono essere anche sottoposti al sostituto procuratore de-

Ciò posto, il PM dovrà riscontrare l'esistenza dei presupposti normativi che impongono l'iscrizione e procedervi immediatamente<sup>10</sup>.

Ovviamente non si tratta di un'attività meccanica – come i predicati di doverosità di cui all'art. 335<sup>11</sup> cpp potrebbero *prima facie* suggerire – poiché l'iscrizione, per struttura e disciplina, è connotata da fluidità e caratterizzata da inevitabile portata valutativa<sup>12</sup>; viene in rilievo, quindi, un'attività immediata nel “quando” ma discrezionale – non arbitraria – nel *quomodo* nonché sull'*ubi* (ovvero sulla scelta del registro).

L'iscrizione è atto a struttura complessa nel quale convivono una componente “oggettiva”, ovvero la configurazione di un determinato fatto (“notizia”) come sussumibile in una ipotesi criminosa, ed una “soggettiva”, rappresentata dal nominativo dell'indagato dalla cui iscrizione decorrono i termini di indagine<sup>13</sup>.

### 3. L'individuazione del registro.

Nel quadro sopra evidenziato si colloca l'annosa questione dell'individuazione del registro nel quale procedere all'iscrizione<sup>14</sup>.

Infatti il Pubblico Ministero, organo destinatario dell'informativa, dovrà valutare se annotare nel registro degli “atti non costituenti reato”<sup>15</sup> (cd. Modello 45)<sup>16</sup> o nel

---

legato o al Procuratore della Repubblica Aggiunto, secondo quanto dispone il progetto organizzativo dell'Ufficio.

<sup>10</sup> Avverbio presente nell'articolo 335 cpp anche nella novella stesura.

<sup>11</sup> Il riferimento è sia alla vecchia che alla nuova stesura della norma.

<sup>12</sup> Circa il fatto che l'iscrizione costituisca attività valutativa che comporta l'esercizio di una discrezionalità tecnica si vedano, quali autorevoli precedenti: la Circolare del Ministero della Giustizia del 11.11.2016, la Circolare della Procura di Roma del 2.10.2017 (cd. Circolare Pignatone), nonché la Circolare della Procura Generale della Corte di Cassazione del 3.6.2019.

<sup>13</sup> Per un approfondimento circa l'iscrizione della notizia di reato ed il connesso dibattito dottrinale e giurisprudenziale antecedente alla Riforma in commento, si vedano anche: INSOLERA, *Sul controllo della tempestiva iscrizione nel registro previsto dall'art. 335 c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1359 ss.; MARANDOLA, *Notizia di reato, tempi delle indagini e stadi procedurali nella (prossima) riforma del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1570 ss.; VICOLI, *La “ragionevole durata” delle indagini*, Torino, 2012, 320 ss.

<sup>14</sup> In merito ai registri si vedano: MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero tra notizia di reato ed effetti procedurali*, Padova, 2001; APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, 2010.

<sup>15</sup> Circa l'iscrizione al cd. Modello 45 si legga la Circolare del Ministero della Giustizia del 21.4.2011, la Circolare del Ministero della Giustizia del 11.11.2016 e, ancora prima, la Circolare Ministeriale n. 533 del 18.10.1989. Nello specifico nel cd. Modello 45 dovranno essere annotati gli atti del tutto privi di rilevanza penale quali, a titolo esemplificativo:

- gli esposti ed i ricorsi in materia civile o amministrativa;
- gli esposti privi di senso o recanti contenuto assurdo;
- gli atti riguardanti eventi accidentali;
- le sentenze dichiarative di fallimento;
- le perquisizioni negative operate dalla polizia giudiziaria d'iniziativa (ad esempio ex artt. 41 TULPS e 4 L. 110/75).

<sup>16</sup> Il cd. Modello 45 trova fondamento normativo nell'art. 109 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale che, nel riferirsi ad atti che “possono” contenere notizie di reato da sottoporre immediatamente al PM per l'“eventuale” iscrizione nell'apposito registro, presuppone l'esistenza di un altro registro nel quale inserire quegli atti che, a giudizio del PM, non contengono

“registro delle notizie di reato” e, in quest’ultimo caso, sarà tenuto scegliere tra l’iscrizione a carico di soggetti noti (cd. Modello 21) o quella a carico di soggetti ignoti (cd. Modello 44)<sup>17</sup>.

Diversamente, a fronte di esposti anonimi<sup>18</sup>, l’organo d’accusa dovrà necessariamente optare per un ulteriore registro, ovverosia il cd. Modello 46<sup>19</sup>.

L’individuazione del registro (*rectius*: la scelta tra l’iscrizione nel registro degli atti non costituenti reato o nel registro delle notizie di reato) non è di poco momento ripercuotendosi sulle garanzie processuali.

Se, infatti, un’iscrizione affrettata potrebbe<sup>20</sup> recare pregiudizio all’onorabilità ed alla tranquillità dell’indagato, l’iscrizione al cd. Modello 45 della notizia afferente ad un soggetto compiutamente identificato, per fatti già sussumibili nell’ambito di una ipotesi criminosa, può costituire meccanismo elusivo oltre che dei termini di indagine (procrastinando, ad esempio, l’iscrizione al cd. Modello 21) anche del controllo giurisdizionale sulle scelte conclusive delle indagini alla luce del cd. potere di cestinazione<sup>21</sup> (*rectius*: auto-archiviazione) del PM.

---

notizia di reato.

<sup>17</sup> Cfr. articolo 335 cpp. Il registro delle notizie di reato è articolato nei vari modelli dei registri degli affari penali approvati con D.M. 30.9.1989 n. 34 ed in specie il Modello 21 per l’iscrizione di notizie riguardanti persone note, il Modello 44 per la registrazione delle notizie di reato a carico di soggetti ignoti; il Modello 45, invece, afferisce alla registrazione di fatti che non costituiscono notizia di reato.

<sup>18</sup> Circa gli esposti anonimi preliminarmente appare opportuno evidenziare che ai sensi dell’art. 333 comma 3 cpp delle denunce anonime “*non può essere fatto alcun uso*” salvo che costituiscano corpo del reato o provengano comunque dall’imputato. Ciò posto, in merito alle modalità di trattazione di tale tipologia di denunce occorre distinguere tra quelle connotate da irrisolvibile incertezza della fonte o oggettivamente apocrife (lettera recante firma falsa, illeggibile, dissimulata) e di cd. “anonimi apparenti” nei quali l’incertezza afferisce all’identità anagrafica dell’autore, fisicamente individuato o individuabile, ma le cui generalità sono ignote (categoria in cui rientrano le comunicazioni contenenti affermazioni agevolmente attribuibili ad un soggetto determinato).

<sup>19</sup> È bene precisare che ai sensi dell’articolo 2 del Regolamento di esecuzione del codice di rito gli Uffici giudiziari, accanto ai registri obbligatori conformi ai modelli approvati con decreto ministeriale, possono tenere, ove lo ritengano utile, ulteriori registri sussidiari senza carattere ufficiale.

<sup>20</sup> Alla luce dell’articolo 335-*bis* cpp, introdotto dal D.Lgs. n. 150 del 10.10.2022, l’iscrizione nel registro ex art. 335 del codice di rito non può arrecare alcun pregiudizio all’affidamento contrattuale della persona interessata: la norma in discorso, infatti, sancisce che “*La mera iscrizione nel registro di cui all’articolo 335 non può, da sola, determinare effetti pregiudizievoli di natura civile o amministrativa per la persona alla quale il reato è attribuito*”.

<sup>21</sup> Si tratta del potere, pacificamente riconosciuto al Pubblico Ministero, di trasmettere direttamente in archivio le annotazioni non contenenti notizie di reato senza seguire la procedura ex art. 408 cpp. Sul punto si veda anche: Cass. pen., Sez. Un., 15.1.2001, n. 34, in *Cass. Pen.*, 2001, 1777, 2329.

## 4. Iscrizione e problematiche connesse alla definizione della “notizia di reato”.

La prassi delle aule di giustizia ha messo in evidenza talune ricorrenti problematiche connesse l'iscrizione<sup>22</sup>.

Si tratta dell'eccesso<sup>23</sup> di iscrizioni al cd. Modello 21, della tardività e della mancata iscrizione all'indicato registro pur in presenza delle condizioni di legge.

Ulteriore criticità è quella delle iscrizioni “arbitrarie” in quanto giustificate dal richiamo al cd. atto dovuto, imposto dalla necessità di compiere accertamenti irripetibili (senza considerare che l'atto irripetibile sarebbe comunque successivamente utilizzabile nei confronti del soggetto che non era indagabile al momento del compimento dell'atto)<sup>24</sup>.

Si tratta di un *modus agendi* che ha spesso portato a descrizioni indiscriminate specie con riferimento ai casi dell'annotazione nel registro ex art. 335 cpp, solo al fine di effettuare l'autopsia, dei nominativi di tutti i sanitari occupatisi di un paziente deceduto, o delle iscrizioni a carico di tutti i potenziali titolari di posizioni di garanzia in caso di infortuni sul lavoro<sup>25</sup>.

Si tratta di criticità dovute all'assenza di una definizione legislativa di notizia di reato oltre che dalla struttura stessa dell'iscrizione<sup>26</sup>.

Nell'ottica del superamento delle indicate problematiche la novella ha apportato modifiche all'art. 335 cpp da un lato puntualizzando in senso oggettivo la notizia di reato e dall'altro specificando in senso soggettivo le condizioni in forza delle quali quella notizia di reato debba essere iscritta soggettivamente a carico di una determinata persona<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> In merito all'analisi delle principali questioni problematiche connesse all'iscrizione della notizia di reato si veda: VALENTINI, *Riforme, statistiche e altri demoni*, in *Arch. Pen.*, 2021, 3.

<sup>23</sup> Più efficacemente può si può parlare di iscrizioni generiche ovvero sia iscrizioni di notizie che non rientrano nel paradigma della nozione di notizia di reato e che dovrebbero essere annotate nel cd. Modello 45.

<sup>24</sup> Sull'iscrizione degli indagati quale “atto dovuto” si veda: STASIO, “No a iscrizioni frettolose”. *Pignatone sfata la leggenda dell'“atto dovuto”*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 17.10.2017.

<sup>25</sup> Sul tema si veda: FANUELE, *La notizia di reato: sagoma, tempi di iscrizione e controlli*, in *Proc. pen. giust.*, 1, 2022.

<sup>26</sup> Prima delle modifiche introdotte all'art. 335 cpp dalla Riforma Cartabia il codice di rito non conteneva una definizione di “notizia di reato” ed era stata la giurisprudenza a cercare di perimetrare tale nozione coordinando gli artt. 335 cpp e 109 disp. att. cpp con gli artt. 332 e 347 cpp; a questo riguardo si veda: Cass. pen., Sez. Un., 24.9.2009, n. 40538, Lattanzi, in *Cass. pen.*, 2010, 503.

<sup>27</sup> A riguardo si vedano anche: GAETA, *Inseguendo l'Europa. La riforma delle indagini preliminari tra problemi risolti e irrisolti*, in *Archivio Penale*, 2022, 2, 5 ss.; DI VIZIO, *Il nuovo regime delle iscrizioni delle notizie di reato al tempo dell'inutilità dei processi senza condanna*, in *Diritto, Giustizia e Costituzione*, 2022; BRICCHETTI, *Riforma processo penale. Dalla delega ai decreti delegati: punti fermi... e non*, in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it), 22.11.2021; APRATI, *Le nuove indagini preliminari tra obiettivi deflattivi ed esigenze di legalità*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 22.12.2022; Curtotti, *L'iscrizione della notizia di reato e il controllo del giudice*, in AA.VV., *La Riforma Cartabia. Codice penale - Codice di procedura penale - Giustizia riparativa*, a cura di SPANGHER, Pisa, 2022, 35; CORETTI, *Le pre-investigazioni tra vecchi problemi e nuovi scenari*, in AA.VV., *Il giusto processo penale dopo la riforma Cartabia*, a cura di GAITO, Pisa, 2023, 72.

Sotto il primo profilo, con la riformulazione del comma 1 dell'art. 335 cpp il Legislatore ha enucleato una definizione legislativa di *notitia criminis* all'emergere della quale scatta l'obbligo di iscrizione nell'apposito registro da parte del Pubblico Ministero; in buona sostanza la novella ha specificato le condizioni in forza delle quali un fatto integra "notizia di reato" da iscrivere.

Più in particolare il nuovo comma 1 dell'art. 335 cpp - che già imponeva al requirente di iscrivere "immediatamente" ogni notizia che gli perviene - perimetra la nozione di notizia di reato, prescrivendo che l'iscrizione nel registro ex art. 335 cpp debba riguardare solo la notizia "contenente la rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi, a una fattispecie incriminatrice".

Quanto al secondo profilo con l'introduzione del comma 1-bis dell'art. 335 cpp viene precisato il momento in cui il PM è tenuto ad iscrivere il nome della persona alla quale il reato è attribuito.

La suddetta norma, infatti, dispone che "il pubblico ministero provvede all'iscrizione del nome della persona alla quale il reato è attribuito non appena risultino, contestualmente all'iscrizione delle notizie di reato o successivamente, indizi a suo carico", con ciò individuando il momento in cui deve essere effettuata l'iscrizione nominativa.

Si tratta di disposizioni importanti, introdotte al fine di porre rimedio alle distorsioni rilevate nella pratica, che non costituiscono novità reali, collocandosi nell'ambito dei principi riguardanti il corretto ruolo del Pubblico Ministero in sede di iscrizione, nei diversi registri, delle notizie pervenute negli Uffici giudiziari.

## 5. La nuova nozione di "notizia di reato" ed i risvolti pratico-applificativi.

La riscrittura della disposizione in analisi conferma la portata valutativa dell'attività del PM in sede di iscrizione, per cui l'individuazione del registro nel quale procedere ad iscrizione era e rimane attività giurisdizionale non sindacabile in sede amministrativa<sup>28</sup>.

Ciò premesso, l'elemento di novità è costituito dalla precisazione del parametro dell'attività valutativa del Pubblico Ministero così da assicurare l'uniformità delle iscrizioni e da evitare iscrizioni precoci o indiscriminate.

Vengono quindi introdotti criteri guida (determinatezza, non inverosimiglianza, riconducibilità sia pure in ipotesi ad una fattispecie incriminatrice) per l'esercizio del potere discrezionale di iscrizione da parte del Pubblico Ministero.

A tal fine il novellato articolo 335 comma 1 cpp per descrivere la componente oggettiva della notizia di reato fa riferimento alla "rappresentazione di un fatto determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi, a una fattispecie incriminatrice"<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Lo sforzo descrittivo di cui all'intervento legislativo *de quo* non ha, quindi, eliminato il potere valutativo del Pubblico Ministero. A questo riguardo si veda: VALENTINI, *The untouchables: la fase delle indagini preliminari, l'ufficio del pubblico ministero e i loro misteri*, in *Arch. Pen.*, 2022, 2, 21 ss.; CORETTI, *Le pre-investigazioni tra vecchi problemi e nuovi scenari*, cit., 73.

<sup>29</sup> Sull'analisi dei nuovi riferimenti lessicali previsti dall'art. 335 cpp come novellato si veda: CURTOTTI, *L'iscrizione della notizia di reato e il controllo del giudice*, cit., 40.

Posto che il significato concreto del *novum* normativo consiste nell'introduzione di puntuali criteri guida per l'esercizio del potere discrezionale di iscrizione, si tratta di comprendere i riflessi della novella nello scrutinio, da parte del PM, delle notizie che gli pervengono ex art. 109 disp att. cpp.

A questo riguardo, il lessema "fatto" rimanda alla necessaria compresenza nella notizia, nella loro portata minima ed essenziale, degli elementi del fatto - condotta, evento, nesso causale, modalità della condotta richieste dalla fattispecie ipotizzabile - in linea con l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale<sup>30</sup> in tema di divieto di secondo giudizio ex art. 649 cpp<sup>31</sup>.

Ciò posto, una notizia incompleta dei citati elementi è dunque priva di determinatezza e perciò non destinata all'iscrizione nei registri, a seconda dei casi, al modello 21, 21-bis o 44.

A conferma della correttezza della superiore interpretazione giova rilevare che l'art. 332 cpp, concernente il contenuto della denuncia, e l'art. 347 cpp afferente al contenuto dell'informativa di reato, fanno riferimento agli elementi essenziali del fatto.

La precisazione, contenuta nel secondo periodo del comma 1 dell'art. 335 cpp, secondo cui "*Nell'iscrizione sono indicate, ove risultino, le circostanze di tempo e di luogo del fatto*" significa che un fatto potrà definirsi determinato se descritto, quantomeno in misura minima, nel tempo e nello spazio, e che l'incertezza sugli esatti parametri spazio-temporali non impedisce l'iscrizione<sup>32</sup>.

Ne deriva che le circostanze di tempo e di luogo del fatto, per espresso dettato normativo, non sono indispensabili per integrare il requisito della determinatezza.

Tuttavia, come emerge dalla Relazione<sup>33</sup> illustrativa alla Riforma, laddove dette circostanze dovessero emergere successivamente, l'iscrizione dovrà essere integrata.

<sup>30</sup> Corte Cost., 21.7.2016, n. 200, in *Arch. pen.*, 3, 2016.

<sup>31</sup> Si concorda con l'interpretazione della Procura Generale della Corte di Cassazione delineata nei "*Primi orientamenti in tema di applicazione del d. lgs n. 150/2022: iscrizione delle notizie di reato; conclusione delle indagini preliminari; avocazione e controlli da parte del giudice*", del 19.1.2023.

<sup>32</sup> Sotto questo punto di vista la riforma non introduce alcuna discontinuità né rispetto alle prassi finora invalse negli Uffici di Procura, né rispetto all'orientamento costante della giurisprudenza in merito alle situazioni rilevanti ai fini della decorrenza dei termini di indagine in presenza di aggiornamenti sostanziali delle originarie iscrizioni. Infatti, in caso di incertezza sul dato spazio-temporale negli Uffici di Procura era frequente l'iscrizione con diciture del tipo "Fatto accertato il..." o "Fatto commesso in data anteriore e prossima al...". Da rilevare che la Cassazione (Cass. pen., 20.7.2022, n. 37169, in *CED*; Cass. pen., 6.3.2019, n. 22016, in *CED*) ha chiarito che il PM - salvi i casi di mutamento della qualificazione giuridica del fatto o di accertamento di circostanze aggravanti - deve procedere a nuova iscrizione:

- a) quando acquisisce elementi in ordine ad ulteriori fatti costituenti reato nei confronti della stessa persona;
- b) quando raccoglie elementi in relazione al medesimo fatto o ad altro fatto a carico di persone diverse dall'originario indagato.

Ciò posto, la decorrenza dei termini di indagine non è incisa dal mutamento della qualificazione giuridica del fatto né dall'accertamento di circostanze aggravanti, cause di mero aggiornamento dell'iscrizione come emerge dall'art. 335 comma 2 cpp.

<sup>33</sup> Cfr. p. 79 della indicata Relazione.



Il requisito della non inverosimiglianza dei fatti prospettati quale presupposto dell'iscrizione, non equivale ad accertata verosimiglianza, alla cui verifica tendono le prime indagini successive all'iscrizione.

Il parametro in discorso comporta che la rappresentazione del fatto non deve risultare in contrasto con la migliore scienza ed esperienza del momento storico<sup>34</sup>; di conseguenza non scatta l'obbligo di iscrizione nel caso in cui la logica dimostri che i fatti, sulla scorta degli indizi ed all'esito della valutazione preliminare, seppure non empiricamente impossibili, sono oggettivamente inverosimili, cioè presentino elevati margini di opinabilità.

Il requisito della corrispondenza "ipotetica" del fatto rappresentato ad una fattispecie incriminatrice impone una prognosi, al momento dell'iscrizione della notizia di reato, di sussumibilità del fatto ivi rappresentato in una norma penale.

In forza dell'articolo in commento è sufficiente anche una mera corrispondenza ipotetica tra fattispecie concreta e fattispecie incriminatrice; infatti, posto che lo scopo delle indagini preliminari consiste nella verifica della fondatezza della notizia di reato in vista dell'esercizio dell'azione penale, il comma 1 dell'art. 335 cpp, come novellato, sottende che il fatto rappresentato, al momento dell'iscrizione, necessariamente determinato e specifico, può presentare un *quid minus* rispetto alla norma incriminatrice a cui però deve poter essere riferito<sup>35</sup>.

Tanto premesso, le caratteristiche del fatto, necessarie per ritenere sussistente una notizia di reato, costituiscono oggetto di attività valutativa del PM: il requirente sarà quindi impegnato nel vaglio della sussistenza dei requisiti/presupposti richiesti dalla legge ai fini dell'iscrizione.

A questo riguardo la specificazione, in senso oggettivo, del contenuto della notizia di reato presente nel novellato articolo 335 cpp, costituisce criterio guida per l'esercizio dell'attività discrezionale ed è finalizzata (ed idonea) ad impedire iscrizioni di notizie prive del carattere della precisione, congetturali o concretantesi in mere illazioni e, quindi, ad escludere iscrizioni improprie al cd. Modello 21 o al cd. Modello 44 (ovverosia iscrizioni negli indicati modelli, di fatti non costituenti reato).

Alla luce della nuova normativa si conferma, comunque, l'importanza del ricorso al Modello 45 necessario laddove si debbano registrare atti o informative del tutto privi di rilevanza penale (esposti in materia civile o amministrativa, esposti privi di senso, atti riguardanti eventi accidentali), ossia atti o informative rappresentanti fatti indeterminati o inverosimili o non inquadrabili in alcuna fattispecie criminosa.

La lettura della norma in analisi potrebbe, *prima facie*, far ritenere che a seguito di uno scrutinio stringente, in sede di valutazione della notizia di reato, dei tratti della determinatezza, della non inverosimiglianza e della "*riconcucibilità sia pure in ipotesi ad una fattispecie incriminatrice*", si verificherebbe un aumento statistico delle iscrizioni al Modello 45.

---

<sup>34</sup> Sul punto si veda MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero tra notizia di reato ed effetti procedurali*, cit., 59.

<sup>35</sup> Di contro, ovviamente, in sede di formulazione dell'imputazione da parte del PM o di decisione ad opera del giudice, la fattispecie concreta contestata deve contenere tutti gli elementi strutturali della fattispecie astratta per cui fatto storico e norma incriminatrice devono coincidere.



È stato infatti evidenziato<sup>36</sup> che i presupposti per l'iscrizione delineati dal nuovo articolo 335 cpp potrebbero determinare l'introduzione di uno standard probatorio da raggiungere affinché possa parlarsi di "notizia di reato" a fronte della quale scatta l'obbligo di iscrizione, con la conseguenza che il Modello 45 diverrebbe il registro per la raccolta di informazioni in relazione alle quali sono state svolte pre-indagini rimaste al di sotto della soglia probatoria necessaria per l'iscrizione<sup>37</sup>.

Si tratterebbe, tuttavia, di una interpretazione che pare contrastare con la *ratio* sottesa alle modifiche introdotte dalla Riforma Cartabia.

Infatti, posto che il nuovo articolo 335 comma 1 cpp fornisce i criteri in base ai quali il PM, nell'esercizio della discrezionalità tecnica, può (*rectius*: deve) procedere all'iscrizione oggettiva della notizia di reato, lo scopo della norma pare essere quello di tracciare un *discrimen* netto tra l'iscrizione nel registro ex articolo 335 cpp (cd. Modello 21, Modello 44, Modello 21 *bis*) e l'iscrizione nel registro degli atti non costituenti reato (cd. Modello 45) e non quello di spostare i confini tra i citati modelli ampliando il novero delle informazioni da considerare "non notizie"<sup>38</sup>.

A ciò si aggiunga che, come noto, il Modello 45 è il registro più insidioso che, quale contenitore di notizie in relazione alle quali i termini di indagine risultano paralizzanti, potrebbe prestarsi a possibili abusi.

Deve pertanto escludersi che il Legislatore abbia mirato ad un incremento delle notizie da iscriversi nell'indicato registro, ovvero sia delle pseudonotizie.

Ad ogni buon conto, in caso di trasmigrazione del fascicolo dal Modello 45 al Modello 21, le esigenze acceleratorie alla base della Riforma e la possibilità che il giudice possa ex art. 335-*quater* cpp ritenere tardiva l'iscrizione, inducono a ritenere che nel dubbio debba essere privilegiata l'iscrizione nel registro degli indagati noti.

## 6. I presupposti soggettivi dell'iscrizione.

Il comma 1-*bis* dell'art. 335 cpp mira a chiarire tempi e presupposti per l'iscrizione del nome dell'indagato nel registro delle notizie di reato, con ciò fornendo i criteri di discriminazione tra l'iscrizione al cd. Modello 44 (indagati ignoti) e al cd. Modello 21 (indagati noti).

La norma in commento dispone che il Pubblico Ministero debba provvedere all'iscrizione del nome della persona alla quale il reato è attribuito "non appena" risultino "...indizi a suo carico".

In *primis* è chiara la necessità che l'iscrizione sia effettuata nello stesso momento in cui (*recte*: "non appena") si verificano le condizioni illustrate dalla norma.

<sup>36</sup> In merito ai possibili rischi dovuti alle modifiche apportate dalla Riforma Cartabia si veda: CABIALE, *I nuovi controlli giudiziari sui tempi della fase investigativa: una riforma tanto attesa quanto indispensabile*, in *Leg. pen.*, 4.3.2022.

<sup>37</sup> Con conseguente derubricazione a "non notizie" di fatti che prima dell'avvento della riforma rientravano nella categoria delle notizie di reato.

<sup>38</sup> A questo riguardo si veda: Conti, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, in *Diritto penale e processo*, 1, 2023, 144 ss.; Valentini, *Grandi speranze: una possibilità di riforma della riforma*, in *AA.VV., Il giusto processo penale dopo la riforma Cartabia*, cit., 16.

Posto che il sintagma “*non appena*” utilizzato nel comma 1 *bis* dell’art. 335 cpp per delineare i tempi dell’iscrizione soggettiva appare speculare all’avverbio “*immediatamente*” utilizzato nel comma 1 della stessa norma in merito ai tempi dell’iscrizione oggettiva, dalla lettura complessiva della disposizione emerge la volontà del Legislatore di imporre al PM celerità nell’iscrizione<sup>39</sup>.

Rispetto alla precedente stesura della norma la novità è rappresentata dal fatto che, per la prima volta, viene esplicito il presupposto sostanziale per procedere all’iscrizione soggettiva utilizzando il termine “indizi”.

L’indicazione normativa in discorso, però, poteva già desumersi dalla giurisprudenza: le Sezioni Unite della Suprema Corte con le note pronunce Tammaro<sup>40</sup> e Lattanzi<sup>41</sup> avevano già chiarito che l’obbligo di iscrizione al Modello 21 nasce solo ove a carico di una persona sussistono specifici elementi indizianti e non meri sospetti.

Ciò posto, occorre comprendere se la novella abbia previsto nuovi e diversi requisiti (“*indizi*” e non più “*specifici elementi indizianti*”) in merito all’obbligo di iscrizione soggettiva nel registro ex art. 335 cpp.

Dalla lettura della Relazione<sup>42</sup> illustrativa alla Riforma emerge che l’espressione “indizi”, utilizzata nella disposizione in commento è stata mutuata, per coerenza sistematica, dall’art. 63 cpp; ciò consente di escludere che ai fini dell’iscrizione soggettiva siano sufficienti meri sospetti così come non risulta necessario che sia raggiunto il livello della gravità indiziaria.

Pare, quindi, potersi sostenere che la nuova formula rievoca le indicazioni rese dalle già citate Sezioni Unite Tammaro<sup>43</sup>.

Nell’affrontare la questione in analisi la Procura Generale della Cassazione<sup>44</sup> ha ritenuto preferibile una interpretazione che non enfatizzi l’utilizzo del termine “indizi” in luogo della locuzione di conio giurisprudenziale “*specifici elementi indizianti*”.

L’utilizzo del termine “indizi”<sup>45</sup> confermerebbe il pregresso orientamento giurisprudenziale di legittimità secondo cui l’obbligo di iscrizione sorge in presenza di specifici elementi indizianti<sup>46</sup> e non di meri sospetti; in definitiva tra i precedenti presupposti

---

<sup>39</sup> Per una interessante lettura dell’avverbio “immediatamente” si rinvia a SURACI, *Davvero un problema irrisolvibile? Vecchie questioni e nuovi progetti in tema di controllo sull’iscrizione nel registro delle notizie di reato*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it), 19.5.2010.

<sup>40</sup> Cass. pen., Sez. Un., 21.6.2000, n. 16, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2000, 3529 ss.

<sup>41</sup> Cass. pen., Sez. Un., 24.9.2009, n. 40538, Lattanzi, in *Cass. pen.*, 2010, 503.

<sup>42</sup> Cfr. p. 80 della indicata Relazione.

<sup>43</sup> Argomenta nel senso che la Riforma in commento, diversamente dai precedenti interventi normativi, in punto di iscrizione soggettiva non costituisce acritico recepimento degli orientamenti giurisprudenziali: VALENTINI, *Grandi speranze: una possibilità di riforma della riforma*, cit., 16 ss.

<sup>44</sup> “*Primi orientamenti in tema di applicazione del d. lgs n. 150/2022: iscrizione delle notizie di reato; conclusione delle indagini preliminari; avocazione e controlli da parte del giudice*”, cit.

<sup>45</sup> Secondo la Suprema Corte l’indizio, differentemente dalla prova, isolatamente considerato, fornisce una traccia indicativa di un percorso logico-argomentativo, suscettibile di evocare diversi scenari, privo come tale della certezza in riferimento al fatto da provare; a riguardo si veda: Cass. pen., 22.4.2020, n. 14704, in *Studium Juris*, 2021, 1, 93.

<sup>46</sup> Ovvero una piattaforma cognitiva tale da consentire l’individuazione a carico di una persona degli elementi essenziali di un fatto astrattamente qualificabile come reato.

dell'iscrizione nominativa, coniati dalla Cassazione, e quelli declinati dalla novella vi sarebbe sostanziale omogeneità.

Ne deriva che alla luce del *novum* normativo l'iscrizione deve innestarsi su evenienze fattuali determinate, non inverosimili, sussumibili in ipotesi ad una fattispecie incriminatrice, e specifiche in quanto a carico della persona della cui iscrizione di tratta<sup>47</sup>.

I profili di criticità che permangono afferiscono all'individuazione della soglia integrante l'obbligo di iscrizione nelle ipotesi di responsabilità da posizione di garanzia, o da attività di equipe o comunque per tutti i casi in cui, a fronte di un dato iniziale privo di chiarezza, l'emersione degli indizi di reità possa derivare dal compimento di atti irripetibili.

Si tratta di valutazioni molto complesse che oggi impongono di tenere conto anche dell'esigenza di scongiurare postume dichiarazioni di inutilizzabilità degli atti di indagine derivanti dal nuovo controllo giudiziale sull'iscrizione<sup>48</sup>.

In conclusione, resta sempre rimesso al PM l'apprezzamento delle situazioni emergenti dall'incarto procedimentale, al fine di verificare la sussistenza di elementi potenzialmente oltrepassanti i meri sospetti, al fine di eliminare in radice il rischio di indagini condotte contro ignoti i cui esiti siano poi dichiarati inutilizzabili per effetto del controllo giudiziale.

Ulteriore profilo problematico connesso all'iscrizione nominativa concerne la necessità della completa identificazione dell'indagato.

Infatti, individuazione e generalizzazione della persona sottoposta ad indagini sono momenti che possono non coincidere ed in difetto delle generalità dell'indagato – ma nella certezza della sua identità fisica – la prassi invalsa presso alcuni Uffici di Procura è stata quella di iscrivere il “noto da identificare”<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> Pertanto, il PM non potrà procedere ad iscrizione al Modello 21 solo perché una determinata persona sia indicata in denuncia come autrice del reato, dovendo emergere a carico della stessa, al momento dell'iscrizione, in uno con il *fumus* di reato, un quadro indiziario soggettivamente indirizzato.

<sup>48</sup> Nell'effettuare tali valutazioni occorre considerare che:

- il dato indiziario idoneo all'iscrizione, necessariamente determinato e specifico, si degrada in maniera proporzionale all'ampiezza, sul piano numerico, dei soggetti indicati come autori del reato nell'esposto o intervenuti nel processo causale;
- alla luce dei principi declinati dalla Corte di Cassazione in tema di accertamento tecnico non ripetibile, gli avvisi ex art. 360 cpp sono dovuti solo in presenza di consistenti sospetti sia sotto il profilo oggettivo che in relazione a quello soggettivo; a riguardo si veda: Cass. 28.1.2021, n. 20093, in CED.
- il Supremo organo di nomofilachia ha chiarito che, in caso di accertamento tecnico irripetibile, l'obbligo del requirente di formulare gli avvisi ex art. 360 cpp ricorre solo nel caso in cui, già al momento del conferimento dell'incarico al consulente, sia stata individuata la persona nei confronti della quale si procede, ma non è decisivo il dato formale dell'iscrizione nel registro degli indagati, dovendosi procedere con le garanzie di cui alla citata norma non soltanto nei confronti della persona il cui nominativo risulti già iscritto ma anche a quella che risulta raggiunta da indizi di reità. A questo riguardo: Cass. pen., 26.4.2018, n. 34745, in CED.

<sup>49</sup> Sulla tematica si veda: Russo, *I registri del pubblico ministero: l'inaccettabile ambiguità delle iscrizioni a carico di "persona da identificare"*, in *Processo penale e giustizia*, 2011, 2, 82 ss.

Posto che non sussiste un *tertium genus* tra la categoria degli indagati “ignoti” e quella degli indagati “noti” (quindi compiutamente identificati), la prassi in discorso è da considerarsi quantomeno anomala<sup>50</sup>.

Già alla luce delle superiori considerazioni appare chiaro che l'iscrizione nel registro delle notizie di reato del nome della persona alla quale il reato è attribuito presuppone necessariamente la completa identificazione della stessa non risultando sufficiente la semplice indicazione del nome e del cognome.

A detta conclusione si perviene anche in virtù del fatto che solo nei confronti di una persona compiutamente identificata può attivarsi il tradizionale meccanismo di controllo ex art. 406 cpp oltre che quello di nuovo conio ex art. 335-*quater* cpp sulla tempestività dell'iscrizione<sup>51</sup>.

Pertanto, nella pratica, ove il Pubblico Ministero disponga del solo nome e cognome dell'indagato e l'identificabilità sia agevolmente conseguibile (in assenza di dubbi sull'identità del soggetto ma si tratta solo di completarne i dati) è preferibile l'iscrizione al Modello 44.

In tal caso si procederà allo svolgimento di immediate verifiche per conseguire i dati mancanti e, acquisite le generalità, si disporrà tempestivamente la trasmigrazione del fascicolo dal Modello 44 al Modello 21 con retrodatazione dell'iscrizione al momento della individuazione della persona fisica, momento da cui debbono decorrere i termini di indagine.

Si tratta, ovviamente, di una ipotesi diversa da quella in cui l'identificazione dell'indagato sia l'oggetto dello sforzo investigativo, ed in cui l'accertamento delle generalità crea le condizioni per l'iscrizione a Modello 21 e per la decorrenza del termine di indagine.

In definitiva l'iscrizione al registro degli indagati noti presuppone la sussistenza di elementi tali da poter riferire il fatto materiale iscritto a un soggetto determinato; riferibilità che non deve essere agganciata a basi meramente ipotetiche, ma ad elementi fattuali capaci, attraverso massime di esperienza, di condurre ad un giudizio circa l'imputabilità soggettiva del fatto storico ipotizzato.

Non è richiesto, invece, che gli indizi siano gravi precisi e concordanti, atteso che l'iscrizione prescinde da una valutazione sulla concreta fondatezza degli addebiti.

In tutte le ipotesi in cui ciò non sia possibile, come nei casi di colpa medica in cui al momento dell'iscrizione il fatto può astrattamente essere attribuito a più soggetti, sia pure nell'ambito di una platea circoscritta, sembra preferibile iscrivere a carico di ignoti.

---

<sup>50</sup> La già citata Circolare Ministeriale del 11.11.2016 nel ritenere “anomala” la “*prassi di iscrivere nel registro mod. 21 procedimenti nei confronti di ‘noti da identificare’ ...*” evidenzia il rischio de “*l’artificioso differimento di agevoli accertamenti anagrafici che produce l’obiettivo effetto dell’ingiustificata posticipazione della decorrenza del termine delle indagini*”.

<sup>51</sup> Tesi sposata dalla Procura Generale della Corte di Cassazione nei “*Primi orientamenti in tema di applicazione del d. lgs n. 150/2022: iscrizione delle notizie di reato; conclusione delle indagini preliminari; avocazione e controlli da parte del giudice*”, cit.

## 7. La retrodatazione disposta d'ufficio dal Pubblico Ministero: il comma 1-ter dell'articolo 335 cpp.

A completamento del quadro normativo in tema di iscrizione occorre focalizzare l'attenzione sul nuovo comma 1-ter dell'art. 335 cpp che attribuisce al PM che non abbia provveduto tempestivamente all'iscrizione della notizia di reato nella sua oggettività ovvero del nome dell'indagato, il potere di indicare "la data anteriore a partire dalla quale essa deve intendersi effettuata"<sup>52</sup>.

Come noto nella prassi applicativa, a volte, alla luce dell'evoluzione dell'indagine, il Pubblico Ministero è tenuto a riconsiderare le scelte effettuate *ab origine* in tema di iscrizione.

Ciò posto, il Legislatore della novella nell'ottica di assicurare piena correttezza all'iscrizione ha introdotto la norma in analisi che, come emerge dalla Relazione<sup>53</sup> di accompagnamento, costituisce una previsione che traduce in legge una prassi virtuosa già seguita presso alcuni Uffici di Procura.

L'obiettivo è quello di consentire al PM che riconosca un ritardo o un errore nelle iscrizioni, di porvi rimedio senza la necessità di attendere il meccanismo giudiziale ex artt. 335-ter e 335-quater cpp.

Si tratta di un potere che va inteso in termini ragionevoli nel senso che non può non essere considerato fisiologico - tale da non imporre retrodatazioni - il lasso di tempo di alcuni giorni, o anche settimane, imposto dalla lettura delle informative da parte del magistrato e dall'espletamento materiale dell'attività di registrazione da parte della segreteria<sup>54</sup>.

In conclusione il potere *de quo* va esercitato in presenza di ritardi patologico o laddove il PM ravvisi un proprio precedente errore di qualificazione che lo abbia portato ad iscrivere un fascicolo a Modello 45 o a non valorizzare gli indizi di reità a carico di un soggetto.

Ovviamente l'intervento officioso del PM consente di rendere residuale l'attivazione dello strumentario ex art. 335-quater cpp.

## 8. L'iscrizione *ius su iudicis*: l'art. 335-ter cpp.

Come noto, alla luce dell'assenza di una indicazione normativa sui presupposti oggettivi e soggettivi dell'iscrizione e dei connotati intrinseci della stessa, nel sistema di diritto processuale penale antecedente alla novella non erano presenti, se non eccezionalmente, forme di controllo giurisdizionale sulla indicata attività del PM<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> CONTI, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, cit., 147; CORETTI, *Lepre-investigazioni tra vecchi problemi e nuovi scenari*, cit., 73 ss.

<sup>53</sup> Cfr. p. 80 della citata Relazione.

<sup>54</sup> AMATO, *La correttezza dell'iscrizione: stop a quelle tipo "atto dovuto"*, in *Guida al Diritto*, 2022, n. 41, 37; Nota della Procura della Repubblica di Bologna del 19.10.2022.

<sup>55</sup> Cfr. art. 415 comma 2 cpp nella vecchia stesura. La *ratio* di tale controllo, preordinato ad assicurare il principio di obbligatorietà dell'azione penale, era quella di consentire all'organo giurisdizionale di verificare che il requirente, a fronte dell'esito investigativo, non si fosse surrettiziamente sottratto all'obbligo di agire garantendo impunità all'autore del reato o, ancora, indagare su soggetto identificato procrastinando l'iscrizione nel registro delle persone note ed eludendo

Nel prendere atto della discrezionalità che caratterizza l'iscrizione e della necessità di garantirne correttezza ed uniformità quale preconditione al rispetto del principio declinato all'art. 112 della Costituzione, la Riforma Cartabia ha previsto poteri del giudice di controllo sull'iscrizione<sup>56</sup>.

Infatti l'art. 335 *ter* comma 1 cpp attribuisce al giudice per le indagini preliminari questo potere di controllo prevedendo che “quando deve compiere un atto del procedimento, il giudice per le indagini preliminari, se ritiene che il reato per cui si procede debba essere attribuito a una persona che non è stata ancora iscritta nel registro delle notizie di reato, sentito il pubblico ministero, gli ordina con decreto motivato di provvedere all'iscrizione”; ancora, l'art. 335 *quater* cpp, vedremo, riconosce al giudice, su richiesta dell'indagato, il potere di ordinare la retrodatazione dell'iscrizione.

Il potere di cui all'art. 335-*ter* comma 1 cpp era in realtà già previsto dall'ordinamento ed attribuito al giudice per le indagini preliminari in sede di vaglio della richiesta di archiviazione e a carico di ignoti (art. 415 comma 2 cpp ora abrogato); la giurisprudenza<sup>57</sup>, tuttavia, ha sempre interpretato in senso estensivo detta norma ritenendo esercitabile tale potere anche in sede d'esame delle richieste di archiviazione a carico di persone note.

La novità è rappresentata dal fatto che il legislatore ha esteso tale potere a tutti i casi in cui al giudice venga sollecitata l'adozione di un provvedimento.

Detto potere è quindi esercitabile d'ufficio<sup>58</sup> dal giudice nei procedimenti a carico di:

- indagati ignoti (il controllo potrà avvenire in sede di richiesta di autorizzazione a proseguire le indagini e di richiesta di archiviazione);
- indagati noti (il controllo potrà avvenire in sede di richiesta di proroga delle indagini, di richiesta di applicazione di misura cautelare, di richiesta di intercettazioni, di richiesta di tabulati, di richiesta di archiviazione nonché in caso di interrogatorio di garanzia).

Posto che il giudice non è sempre a conoscenza dei soggetti (*recte*: di tutti i soggetti) iscritti nel registro ex art. 335 cpp, al fine di garantirgli in concreto la possibilità di emettere l'ordine *de quo*, il nuovo art. 110 *ter* disp. att. cpp prevede che ogni qualvolta avanzi una richiesta al GIP (ad esempio di intercettazioni, di tabulati, di proroghe di indagini, ecc.) il PM debba indicare la notizia di reato ed i soggetti ai quali è ascritta.

Si tratta di una norma che consente di circoscrivere il *thema decidendum* sotto il profilo della esatta identificazione delle persone indagate e dei fatti a ciascuna attri-

---

i termini di indagine. Sul punto si veda: CAPRIOLI, *Nuovi epiloghi della fase investigativa: procedimenti contro ignoti e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in PERONI, *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Cedam, 2000, 253 ss.

<sup>56</sup> In merito si veda: FONTI, *Strategie e virtuosismi per l'efficienza e la legalità delle indagini preliminari*, in AA.VV., “Riforma Cartabia” e rito penale. La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali, a cura di MARANDOLA, Padova, 2022, 108.

<sup>57</sup> Cass. pen., Sez. Un., 31.5.2005, n. 22909, Minervini, in CP, 2005, 10, 1225; Cass. pen., Sez. Un., 30.1.2014, n. 4319, Leka, in *Dir. proc. pen.*, 2014, 10, 1202. Anche la Corte costituzionale, invero, aveva precisato che tale potere spettava al giudice qualunque fosse la tipologia di archiviazione richiesta dal PM. Si veda a questo riguardo: Corte Cost. 18.5.1999, n. 176, in *Dir. proc. pen.*, 1999, 829.

<sup>58</sup> Sul punto si veda: FANUELE, *La notizia di reato: sagoma, tempi di iscrizione e controlli*, cit., par. 3.

buiti; non potrà, quindi, reiterarsi la tralaticia prassi consistente nell'indicare al giudice, nella richiesta, il nome di un solo indagato seguito dalla dicitura "+altri".

Da un punto di vista pratico si pone l'interrogativo se, alla luce del *novum* normativo, in sede di richiesta di archiviazione nei procedimenti a carico di indagati noti, il giudice per le indagini preliminari possa – come pare potersi ragionevolmente sostenere – ancora ordinare ulteriori iscrizioni nominative per il medesimo o per diverso reato, giusti principi declinati dalla Suprema Corte (ovverosia in ragione del fatto che questo potere dovrebbe considerarsi implicito in quello di disporre indagini coatte)<sup>59</sup>.

Il problema potenzialmente connesso a tale norma è quello afferente al rischio di arbitrarie invasioni della titolarità dell'azione penale riservata al PM, con conseguente elusione del carattere accusatorio del processo penale e della posizione di terzietà del giudice<sup>60</sup>.

A questo riguardo occorre comprendere se l'ordine di iscrizione debba riguardare unicamente i soggetti ai quali si ritenga addebitabile il fatto reato oggetto del procedimento nel quale il giudice è chiamato a provvedere o possa riguardare anche fatti reato diversi.

Ad escludere che il giudice possa ordinare l'iscrizione in merito a fatti diversi, sovrviene *in primis* la *littera legis* che fa esplicito riferimento al "*reato per cui si procede*" ("*...se ritiene che il reato per cui si procede debba essere attribuito ad una persona che non è stata ancora iscritta...*").

In ogni caso, il fatto che l'ordine del giudice debba essere adottato "*sentito il pubblico ministero*", ovvero a seguito di una interlocuzione ragionata con il titolare dell'azione penale, dovrebbe scongiurare i rischi di ordini adottati impropriamente ovvero su temi non riguardati dalle indagini o su temi e soggetti che il pubblico ministero ha consapevolmente scelto di separare<sup>61</sup>.

Tuttavia, nonostante la prevista interlocuzione, il suddetto rischio non può aprioristicamente essere escluso, con la conseguenza di possibili problemi di abnormità (censurabile in Cassazione) dell'iniziativa del giudice allorquando questi, pure all'esito dell'interlocuzione, si determini per adottare ordini di iscrizione rispetto a fatti diversi da quello investigato ed oggetto della richiesta indirizzatagli.

Da rilevare che l'ordinamento non ha previsto per il PM rimedi o strumenti processuali per contestare la legittimità dell'ordine impartitogli<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Cass. pen., Sez. Un., 31.5.2005, n. 22909, Minervini, cit.; Cass. pen., Sez. Un., 30.1.2014, n. 4319, Leka, cit.; Cass. pen., Sez. Un., 24.3.2022, n. 10728, Fenucci, in *Arch. Pen.*, 2022, 2.

<sup>60</sup> Si tratta di una problematica evidenziata da più parti. Si vedano: AMATO, *La correttezza dell'iscrizione: stop a quelle tipo "atto dovuto"*, cit., 38; "*Primi orientamenti in tema di applicazione del d.lgs. n. 150/2022: iscrizione delle notizie di reato; conclusione delle indagini preliminari; avocazione e controlli da parte del giudice*", cit.

<sup>61</sup> Sul punto si veda MARANDOLA, *Le finestre di giurisdizione ed il giudice del procedimento*, in *Proc. pen. giust.*, 2023, 2, *passim*.

<sup>62</sup> L'ordine del giudice, quindi, comporta il dovere del PM di provvedere all'iscrizione, indicando la data a partire dalla quale decorrono i termini delle indagini senza poter contestare la legittimità dell'ordine impartitogli (per assenza dei presupposti dell'iscrizione) alla luce della preventiva interlocuzione prevista dalla norma in analisi; sul punto si veda: Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Relazione su novità normativa "La Riforma Cartabia"*, rel. 2/2023 del 5.1.2023, p. 65.



Tuttavia, come anticipato, in presenza di un ordine giudiziale che esorbiti dai poteri legittimamente attribuiti così invadendo le prerogative dell'accusa (ovvero per il caso in cui il giudice ordini l'iscrizione per fatti diversi rispetto a quello oggetto di investigazioni, con travalicamento dei poteri assegnati al giudice dalla novella, limitati alla indicazione di soggetti diversi da quelli iscritti ma sempre con riferimento al fatto oggetto di iscrizione) vi possono essere gli estremi del ricorso in Cassazione per abnormità dell'atto<sup>63</sup>.

Deve invece escludersi la possibilità di denunciare l'abnormità dell'ordine di iscrizione di altri soggetti per il medesimo fatto contestandone il presupposto, trattandosi di provvedimento non certo avulso dal sistema ed anzi legislativamente previsto.

Ciò posto, il PM che non condivida l'ordine del giudice, pur dovendogli dare seguito, potrà far valere le proprie ragioni richiedendo l'archiviazione nei confronti della persona cui l'ordine di iscrizione si riferisce.

Al giudice è comunque attribuito solo il potere di ordinare l'iscrizione soggettiva, e non anche un potere di indicare la data a partire dalla quale decorrono i termini di indagine, ossia dalla quale l'iscrizione avrebbe dovuto decorrere.

A questo riguardo, infatti, il comma 2 dell'art. 335-ter cpp riserva al PM, tenuto all'iscrizione per ordine del giudice, l'indicazione della data dalla quale decorrono i termini di indagine (fermo l'eventuale sindacato successivo ex art. 335-quater cpp)

Si tratta di una soluzione coerente con l'architettura costituzionale e con l'impianto codicistico che riserva al Pubblico Ministero la prima decisione sulla data in cui è emersa la notizia di reato, lasciando al giudice un potere di controllo.

Qualora poi dovesse porsi un problema di retrodatazione, l'interessato potrebbe adire il giudice ex art. 335-quater cpp, la cui applicabilità è fatta salva dal secondo comma dell'art. 335-ter cpp.

Per il caso di inottemperanza all'ordine di iscrizione coatta non è previsto alcun potere sostitutivo da parte del giudice, residuando come rimedi solo l'avocazione e/o le sanzioni disciplinari a carico del magistrato che, tuttavia, non hanno rilevanza sul piano processuale.

## 9. Accertamento della tempestività dell'iscrizione e retrodatazione ad istanza di parte: l'art. 335-quater cpp.

Assolutamente innovativa è la disciplina dall'art. 335-quater cpp che prevede un inedito meccanismo in forza del quale l'interessato (*rectius*: la persona sottoposta ad indagini) può richiedere al giudice di accertare la tempestività dell'iscrizione della notizia di reato e del suo nome, con richiesta retrodatazione dell'iscrizione<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Relazione su novità normativa "La Riforma Cartabia"*, cit., 66.

<sup>64</sup> Sull'argomento si veda: GIALUZ-DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022, 339 ss.; LA ROCCA, *Il modello di Riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della delega n. 134/2021*, in *Arch. Pen.*, 2021, 18; FONTI, *Strategie e virtuosismi per l'efficienza e la legalità delle indagini preliminari*, cit., 100; GIUNCHEDI, *Strategia ed etica comportamentale delle parti nel processo penale riformato*, in *Arch. Pen.*, 2023, 1, 5; VALENTINI, *The untouchables: la fase delle indagini preliminari, l'ufficio del pubblico ministero e i loro misteri*, cit., 26.



Si tratta di una previsione che costituisce una rivoluzione copernicana rispetto all'orientamento giurisprudenziale<sup>65</sup>, finora pacifico, secondo cui il termine di durata delle indagini doveva intendersi decorrente dalla data di iscrizione nel registro ex art. 335 cpp il nome della persona cui il reato era attribuito, senza che al giudice per le indagini preliminari fosse consentito stabilire una data diversa.

Eventuali ritardi indebiti nella iscrizione, tanto della notizia di reato che del nome della persona cui il reato era attribuito, dovevano ritenersi privi di conseguenze agli effetti di quanto prevede l'art. 407 comma 3 cpp, fermi gli eventuali profili di responsabilità disciplinare o penale del PM che aveva ritardato l'iscrizione.

La norma in discorso introduce un procedimento incidentale finalizzato a conseguire gli effetti che possono scaturire dall'applicazione dell'articolo 407 comma 3 cpp e, pertanto, ai fini dell'eventuale inutilizzabilità degli atti compiuti fuori dai termini di indagine<sup>66</sup>.

Il meccanismo di controllo *de quo* non è officioso ma è attivabile esclusivamente a domanda dell'indagato non potendo essere attivato dalla persona offesa - che non può neppure intervenire.

L'indagato, come anticipato, può chiedere al giudice l'accertamento della tempestività dell'iscrizione della notizia di reato e dell'iscrizione del proprio nome<sup>67</sup>.

Ai sensi del comma 3 dell'art. 335-*quater* cpp la richiesta di retrodatazione deve essere proposta, a pena di inammissibilità entro venti giorni da quello in cui l'interessato ha avuto facoltà di prendere conoscenza degli atti che dimostrano il ritardo nell'iscrizione (*rectius*: facoltà di accedere agli atti)<sup>68</sup>.

Sempre a pena di inammissibilità la domanda deve essere corredata dall'indicazione delle ragioni che la sorreggono e degli atti del procedimento da cui è desunto il ritardo (art. 335-*quater* comma 1 cpp)<sup>69</sup>.

I suddetti requisiti semplificano il controllo del giudice limitandolo al perimetro di quanto richiesto e consentono di evitare la reiterazione di istanze basate sui medesimi atti.

A questo specifico riguardo, infatti, il comma 3 ultimo periodo della norma *de qua* prevede che ulteriori richieste siano ammissibili solo se fondate su atti del procedimento diversi in precedenza non conoscibili.

<sup>65</sup> Cass. pen., Sez. Un., 24.9.2009, n. 40538, Lattanzi, cit.; Cass. pen., Sez. Un., 21.6.2000, n. 16, Tammaro, cit.; Cass. pen., 14.11.2018, n. 4844, Ludovisi, in *CED*.

<sup>66</sup> In merito alle ricadute negative del nuovo procedimento incidentale sul processo penale si veda: ROSSI, *Iscrivere tempestivamente le notizie di reato. Il PM in bilico tra precetti virtuosi e potenti remore*, in *Quest. giust.*, 18.6.2021, 5.

<sup>67</sup> Sulla possibilità che vengano in rilievo due fattispecie differenti si veda: CABIALE, *I nuovi controlli giudiziali sui tempi della fase investigativa: una riforma tanto attesa quanto indispensabile*, cit., 15 ss.

<sup>68</sup> Il termine, infatti, decorre dal momento della conoscibilità degli atti e non da quello di effettiva conoscenza degli stessi. In questo senso si veda la Circolare del Ministero di Giustizia del 26.10.2022.

<sup>69</sup> Dalla Relazione di accompagnamento (pag. 82) alla Riforma emerge che il riferimento agli atti del procedimento non va inteso in senso formalistico ma secondo la nozione sostanzialistica delineata dalla Cassazione a Sezioni Unite con la nota pronuncia Cavallo (Cass. pen., Sez. Un., 28.11.2019, n. 51, Cavallo, in *Cass. pen.*, 2020, 5, 1877).

La legge impone all'indagato un onere probatorio che potrebbe trasformarsi in una *probatio diabolica* tale da vanificare il funzionamento del meccanismo di nuovo conio<sup>70</sup>.

Infatti, se può apparire facile fornire atti dai quali emerge il ritardo nella sua oggettività, potrebbe risultare complesso dimostrare che il ritardo è ingiustificato ed inequivocabile.

E peraltro gli aggettivi in discorso, che nel connotare il ritardo paiono sancire uno standard probatorio ed un giudizio di rimproverabilità, mirano a ridurre ad ipotesi eccezionali il sindacato sulle scelte del PM così da evitare di riconoscere all'indagato ed al giudice un potere generalizzato di intromissione sulle valutazioni, come detto discrezionali, del Pubblico Ministero in fase di iscrizione<sup>71</sup>.

Ai sensi del comma 4 della norma in analisi, competente a decidere sull'incidente è il giudice che procede o, nel corso delle indagini preliminari, il giudice per le indagini preliminari.

Il procedimento incidentale si svolgerà nel corso delle indagini preliminari ogni qualvolta cada il segreto investigativo<sup>72</sup>.

Il comma 5 dell'art. 335-*quater* cpp, tuttavia, disciplina una particolare ipotesi di instaurazione del procedimento *de quo* nel corso delle indagini preliminari, prevedendo che quando il giudice deve adottare una decisione con l'intervento del PM e della persona sottoposta ad indagini e la retrodatazione è rilevante ai fini della decisione, la richiesta possa essere presentata nell'ambito del relativo procedimento e trattata e decisa nelle forme di questo.

L'ipotesi su cui si sofferma la Relazione<sup>73</sup> di accompagnamento è quella della domanda di riesame, procedimento incidentale in cui, alla luce dei ritmi serrati, si è attribuito all'indagato la facoltà di scegliere se presentare la domanda di retrodatazione all'udienza o se presentarla ordinariamente davanti al giudice per le indagini preliminari.

La procedura in analisi è costruita come normalmente cartolare: ai sensi del comma 6 dell'art. 335-*quater* cpp, salvo che non sia proposta in udienza o ai sensi del comma 5 della medesima norma, la richiesta è depositata presso la cancelleria del giudice, con prova dell'avvenuta notifica al PM.

Quindi la domanda può essere presentata:

- a) nel corso delle indagini preliminari. In tale ipotesi la domanda sarà depositata nella cancelleria del giudice con prova dell'avvenuta notificazione al PM che, entro 7 giorni potrà depositare memorie, con facoltà del difensore del richiedente di prenderne visione ed estrarne copia; entrambe le parti hanno facoltà di depositare ulteriori memorie nei 7 giorni successivi. Decorso tale termine il giudice se ritiene che non sia necessario un contraddittorio orale provvede sulla richiesta; diversa-

---

<sup>70</sup> MARANDOLA, *Notizia di reato, tempi delle indagini e stadi procedurali nella (prossima) riforma del processo penale*, cit., 1575.

<sup>71</sup> CONTI, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, cit., 151; CURTOTTI, *L'iscrizione della notizia di reato e il controllo del giudice*, cit., 43 ss.

<sup>72</sup> Il riferimento è all'emissione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, all'esecuzione di una misura cautelare personale o reale, alla convalida del sequestro probatorio, all'incidente probatorio.

<sup>73</sup> Cfr. p. 81 ss. della indicata Relazione.

mente, ove il giudice ritenga necessario il contraddittorio orale, fisserà l'udienza in camera di consiglio della quale sarà dato avviso alle parti che saranno sentite ove decidano di comparire.

- b) nel procedimento di riesame. La domanda potrà essere depositata in udienza o nella cancelleria del giudice;
- c) in udienza preliminare (comma 7 dell'art. 335-quater cpp). In tale evenienza il deposito della domanda potrà avvenire direttamente in udienza o nella cancelleria del giudice; se i presupposti per la retrodatazione maturano in udienza preliminare non si attiva, tuttavia, un incidente apposito atteso che la questione è trattata e decisa in udienza.
- d) in giudizio (comma 7 dell'art. 335-quater cpp). La domanda, anche in questa ipotesi, potrà essere depositata in udienza o nella cancelleria del giudice e, così come nel precedente caso *sub c)* la questione di retrodatazione è trattata e decisa in udienza.

In caso di accoglimento della richiesta il giudice, ai sensi del comma 8 dell'art. 335 *quater* cpp, indica la data nella quale deve intendersi iscritta la notizia di reato e il nome della persona alla quale il reato è attribuito<sup>74</sup>.

La norma nulla dice in merito agli effetti della decisione del giudice di accoglimento dell'istanza *de qua* che, ovviamente, devono ricondursi all'operatività dell'art. 407 comma 3 cpp.

Pertanto, ricalcolato il termine di durata delle indagini dal *dies* dell'iscrizione retrodata, gli atti compiuti dopo la scadenza dello stesso risulteranno inutilizzabili<sup>75</sup>.

Problematica spinosa è quella afferente alla sorte degli atti compiuti prima dell'iscrizione.

Il punto di partenza dell'analisi è che non sussiste nel nostro ordinamento una norma che disponga l'inutilizzabilità degli atti compiuti prima dell'iscrizione e secondo il costante orientamento giurisprudenziale<sup>76</sup>, essi conserverebbero validità.

Occorre però distinguere tra il caso in cui il ritardo concerna l'iscrizione della notizia in senso oggettivo da quello in cui il ritardo si riferisca all'iscrizione del nominativo dell'indagato.

<sup>74</sup> In merito ai requisiti del provvedimento con cui il giudice ordina la retrodatazione si veda: APRATI, *Le indagini preliminari nel progetto di legge delega della Commissione Lattanzi - art. 3, lett. A), c), d), e), e-bis), e-ter), e-quater), h), i), i-bis), l-ter), l-quater)*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 1.7.2021.

<sup>75</sup> Qualora in udienza preliminare il compendio probatorio si presentasse monco il GUP potrebbe esercitare comunque i poteri riconosciutigli dagli artt. 421-bis e 422 cpp. Sul punto si veda condivisibilmente: CABIALE, *I nuovi controlli giudiziari sui tempi della fase investigativa: una riforma tanto attesa quanto indispensabile*, cit., 30.

<sup>76</sup> La Cassazione, con la già citata sentenza Tammaro, ha chiarito che l'omessa annotazione della *notitia criminis* nel registro previsto dall'art. 335 cpp non determina l'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti sino al momento dell'effettiva iscrizione. Tanto sul presupposto che l'apprezzamento della tempestività dell'iscrizione rientrava nell'esclusiva valutazione discrezionale del PM, sottratta quanto all'*an* e al *quando*, al sindacato del giudice e ferma restando la responsabilità disciplinare o penale del magistrato.

Nel primo caso potrebbe verificarsi che attività “anfibia” (*rectius*: pre-procedimentali), come quelle di polizia amministrativa, finiscano per essere temporalmente collocate nel periodo di svolgimento delle indagini preliminari<sup>77</sup>.

In tal caso, anche alla luce dell’art. 220 delle disposizioni di attuazione del codice di rito, deve escludersi un’automatica attribuzione della qualifica di atto investigativo a tali attività<sup>78</sup>: nelle ipotesi in analisi, infatti, all’insorgere di indizi di reità devono trovare immediata applicazione delle norme del codice di procedura penale.

In questi termini si potrebbe allora sostenere che, acquisita la notizia di reato, indipendentemente dal momento della sua iscrizione nel registro ex art. 335 cpp, le attività devono conformarsi al codice di rito, con conseguente inutilizzabilità degli atti diversamente formati<sup>79</sup>.

Per il caso in cui il ritardo riguardi esclusivamente l’iscrizione nominativa, per cui le investigazioni sono state espletate erroneamente a Modello 44 (e non a Modello 21 come correttamente avrebbe dovuto essere) è stato sostenuto che gli atti conoscibili<sup>80</sup>, compiuti senza il rispetto del contraddittorio nei confronti dell’indagato non iscritto, dovrebbero essere colpiti da nullità ex art. 178 lett. c) cpp<sup>81</sup>; appare, tuttavia, preferibile ipotizzare l’applicazione della diversa sanzione dell’inutilizzabilità degli atti.

Nel diverso caso in cui, a seguito della retrodatazione, il termine d’indagine sia ancora in corso, l’effetto sarà quello di inibire il compimento di atti di indagine dopo la scadenza del limite temporale (inevitabilmente votati all’inutilizzabilità).

La norma non ha previsto che il giudice, contestualmente alla retrodatazione, dichiari l’inutilizzabilità e ciò alla luce del fatto che, come visto, plurimi sono i contesti in cui può essere attivato il procedimento in analisi.

Ad ogni modo, come evidenziato da autorevole dottrina, la previsione di un termine a pena d’inammissibilità entro il quale presentare al giudice la domanda di retrodatazione, potrebbe tradursi nell’impossibilità, spirato detto termine, di ottenere la declaratoria di inutilizzabilità degli atti ex art. 407 comma 3 cpp<sup>82</sup>.

Detta linea interpretativa parte dal presupposto – in distonia rispetto all’interpretazione giurisprudenziale<sup>83</sup> – che la norma ultima indicata prevede una ipotesi di inu-

---

<sup>77</sup> In merito ai rapporti tra attività ispettive e processo penale si veda: RAMPIONI, *Le c.d. indagini “anfibia”*: linee di fondo sul controverso legame tra attività ispettive e processo penale, in *Processo penale e giustizia*, 1, 2019.

<sup>78</sup> La norma prevede che “quando nel corso di attività ispettive o di vigilanza previste da leggi o decreti emergono indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant’altro possa servire per l’applicazione della legge penale sono compiuti con l’osservanza delle disposizioni del codice”.

<sup>79</sup> Per una disamina della questione si veda CABIALE, *I nuovi controlli giudiziari sui tempi della fase investigativa: una riforma tanto attesa quanto indispensabile*, cit., 28.

<sup>80</sup> È il caso, ad esempio, delle attività ex artt. 356, 359-bis, 260, 364, 365 cpp.

<sup>81</sup> CABIALE, *I nuovi controlli giudiziari sui tempi della fase investigativa: una riforma tanto attesa quanto indispensabile*, cit., 27.

<sup>82</sup> CONTI, *L’iscrizione della notizia di reato nel prisma dell’azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, cit., 152.

<sup>83</sup> Come noto, la Cassazione non equipara l’inutilizzabilità ex art. 407 comma 3 cpp a quella ex art. 191 cpp; a questo riguardo si veda: Cass. pen., 28.4.1998, n. 2383, Maggi, in *Archivio della nuova procedura penale*, 4, 1998, 588.

tilizzabilità patologica ed assoluta, rilevabile in ogni stato e grado del processo; in tal senso prevedere un termine a pena di inammissibilità entro il quale richiedere al giudice la retrodatazione – ovviamente finalizzata ad ottenere una declaratoria di inutilizzabilità degli atti – si traduce, in buona sostanza, nel bloccare la possibile operatività dell'indicata sanzione.

È bene rilevare che il comma 2 dell'art. 335-*quater* cpp circoscrive il potere del giudice di ordinare la retrodatazione che può essere disposta solo quando il ritardo sia inequivocabile e non giustificato<sup>84</sup>.

Ne deriva che non tutte le situazioni in cui sia riscontrabile un ritardo comporteranno la sanzione della retrodatazione dovendo il ritardo rivestire le suddette caratteristiche.

Ciò posto, risulta determinante circoscrivere il ritardo “rilevante” e delineare il perimetro delle due categorie sopra indicate.

Il ritardo potrà dirsi “inequivocabile” allorché esso sia evidente, incontrovertibile e non ammetta prospettazioni alternative; deve, quindi, risultare conclamata la sussistenza di indizi a carico dell'indagato in epoca antecedente all'iscrizione<sup>85</sup>. A riguardo è prevedibile che le maggiori problematiche si porranno nelle indagini particolarmente complesse con pluralità di indagati, nelle quali l'esatta individuazione del passaggio tra sospetto ed indizio – ed il conseguente obbligo di iscrizione – è spesso il risultato di una posteriore analisi e di sintesi di corpose informative della polizia giudiziaria.

Di più complessa interpretazione è la categoria del ritardo “ingiustificato” che pare potersi riconnettere al caso in cui la dilatazione temporale, già di per sé inequivocabile, non possa trovare giustificazione nel contesto organizzativo dell'ufficio e nelle dinamiche investigative<sup>86</sup>.

Ciò detto, il rischio di ritardo inequivocabile si pone, ad esempio, in fase di intercettazione: ove nel corso delle attività tecniche venga individuato un concorrente nel reato o emergano nuove ipotesi criminose, in caso di mancato aggiornamento immediato dell'iscrizione (ad esempio ove il PM attenda l'informativa finale) allora il requirente dovrà necessariamente retrodatare l'iscrizione altrimenti il ritardo appare difficilmente giustificabile tenuto conto degli oneri di vigilanza del PM in fase di intercettazioni.

Appare, inoltre, controversa la possibilità da parte del PM di giustificare il ritardo deducendo carenze organizzative e carichi di lavoro<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> Il dato normativo perimetra i poteri del giudice, subordinando la possibilità di retrodatazione al fatto che il ritardo sia non giustificabile ed inequivocabile, lasciando comunque ampi margini di discrezionalità al giudice.

<sup>85</sup> Sul punto si veda: GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia*, cit., 42

<sup>86</sup> Sull'argomento si veda MARANDOLA, *Le finestre di giurisdizione ed il giudice del procedimento*, cit., 1, 2, secondo cui è possibile ritenere giustificato solo il ritardo derivante dalla complessità delle valutazioni imposte dall'iscrizione stessa.

<sup>87</sup> In merito si vedano i “*Primi orientamenti in tema di applicazione del d. lgs n. 150/2022: iscrizione delle notizie di reato; conclusione delle indagini preliminari; avocazione e controlli da parte del giudice*”, cit.

In merito ai rimedi avverso la decisione del giudice, la parte la cui richiesta è stata respinta – in caso di accoglimento della richiesta, il PM e la parte civile – potrà chiedere che la questione sia nuovamente esaminata a pena di decadenza prima della conclusione dell'udienza preliminare o se questa manca entro il termine ex art. 491 cpp<sup>88</sup>.

Nel prevedere un nuovo esame entro i termini di decadenza indicati, la disposizione in commento pare riferirsi all'ipotesi in cui la domanda di retrodatazione sia accolta o rigettata nel corso delle indagini preliminari dal gip (e non anche quella avanzata nell'ambito dell'eventuale procedimento incidentale cui si riferisce l'art. 335-*quater* comma 5 cpp, posto che in tale ipotesi il nuovo esame potrà essere richiesto con l'impugnazione cautelare).

Nel dibattimento preceduto da udienza preliminare la domanda di nuovo esame può essere proposta solo se avanzata in udienza preliminare.

La previsione della richiesta di nuovo esame della questione di retrodatazione, accolta o rigettata, pare precludere la possibilità di impugnazione del provvedimento con ricorso per Cassazione; il meccanismo previsto dal Legislatore, anche ai fini di rapidità e di semplificazione è, infatti, quello di un nuovo esame della questione.

Non pare configurabile un ricorso per abnormità atteso che il provvedimento del giudice, di accoglimento o rigetto dell'istanza ex art. 335-*quater* cpp, non risulta avulso dal sistema e che, essendo proponibile una domanda di nuovo esame, non si determina alcuna stasi procedimentale.

Il comma 10 dell'art. 335-*quater* cpp prevede espressamente la possibilità di impugnare la sola ordinanza di retrodatazione emessa dal giudice dibattimentale secondo le forme dell'art. 586 cpp e cioè con l'impugnazione della sentenza.

## 10. Il controllo verticale sull'iscrizione.

L'art. 6 del D.Lgs n. 106 del 2006<sup>89</sup>, come modificato dall'art. 1 comma 76 della legge n. 103 del 2017 (cd. Riforma Orlando), prevede un'attività di vigilanza da parte del Procuratore Generale presso la Corte di Appello circa il rispetto delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> Rimane comunque ferma la possibilità di ulteriori richieste basate su atti diversi in precedenza non conoscibili.

<sup>89</sup> Sul D.Lgs. n. 106/2006 si veda SALAZAR, *L'organizzazione interna delle procure e la separazione delle carriere*, in AA.Vv., *Problemi attuali della giustizia in Italia*, a cura di PACE-BARTOLE-ROMBOLI, Napoli, 2010, 109 ss.

<sup>90</sup> La legge n. 103 del 2017, modificando l'art. 1 comma 2 del D.Lgs. n. 106 del 2006, ha inoltre attribuito al Procuratore della Repubblica il compito di assicurare l'osservanza delle disposizioni in materia di iscrizione delle notizie di reato. Sulla Riforma Orlando si vedano *ex multis*: ALESCI, *La modifica delle disposizioni di attuazione in tema di iscrizione della notizia nel registro, di informazioni sull'azione penale e la riorganizzazione dell'Ufficio del P.M. (commi 73-76 L. n. 103/2017)*, in AA.Vv., *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento giudiziario (L. 103/2017)*, a cura di MARANDOLA-BENE, Milano, 2017, 145 ss.; INSOLERA, *La riforma giallo-verde del diritto penale: adesso tocca alla prescrizione*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 9.11.2018; GIALUZ-CABIALE-DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2017, 3, 173 ss.

Si tratta di un'attività di ricognizione – e non di ingerenza – sugli Uffici requirenti del distretto e a tal fine è prevista l'acquisizione (ed il successivo invio con cadenza almeno annuale al Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione) di dati e notizie dagli Uffici requirenti circondariali.

Il controllo *de quo* è finalizzato a rilevare eventuali anomalie o distorsioni del sistema ed a tutelare la trasparenza delle Procure ordinarie senza interferire con le investigazioni e senza violare il segreto investigativo<sup>91</sup>; la sorveglianza non afferisce esclusivamente all'osservanza dell'art. 335 cpp concernendo l'intera disciplina dell'iscrizione delle notizie di reato<sup>92</sup>.

A tali fini, tuttavia, né la legge n. 103 del 2017 né la novella legislativa individuano gli strumenti attraverso i quali il Procuratore Generale presso la Corte di Appello deve procedere al controllo sull'osservanza delle disposizioni in tema di iscrizione; ancora, la legge non disciplina tempistiche, modalità ed esiti del controllo in esame.

Come evidenziato dalla Procura Generale della Cassazione<sup>93</sup>, l'attività *de qua*, già complicata per l'impossibilità di accesso<sup>94</sup> diretto ai registri della Procura ordinaria, si rivela veramente ardua in difetto di indicazioni legislative quanto agli strumenti da utilizzare<sup>95</sup>.

Fino all'avvento della Riforma Cartabia l'attività di sorveglianza *de qua* costituiva l'unico strumento contro eventuali pratiche errate in tema di iscrizione.

A seguito dell'introduzione di un controllo “esterno” – quale quello evidenziato nel corso del presente lavoro – si è in presenza di un meccanismo di controllo duale per cui occorrerà comprendere, *pro-futuro*, le modalità di coordinamento dei due strumenti di vigilanza.

In quest'ottica certamente il controllo giurisdizionale di nuova introduzione consentirà di prevenire mancate e/o tardive iscrizioni e di sanzionare il ritardo nelle indicate attività.

<sup>91</sup> Sull'argomento si veda GERMANO, *Ritocchi alle norme di attuazione e al D. Lgs 106/2006: la politica della moral suasion sugli uffici giudiziari*, in *Leg. Pen.*, 23.12.2017.

<sup>92</sup> Il controllo, infatti, concerne anche il trattamento delle pseudo notizie da destinare al cd. Modello 45. Si veda a questo riguardo l'interpretazione seguita della Procura Generale della Corte di Cassazione negli *Orientamenti e buone prassi in materia di avocazione. Aggiornamento*, del 3.6.2019, nonché nei “*Primi orientamenti in tema di applicazione del d. lgs n. 150/2022: iscrizione delle notizie di reato; conclusione delle indagini preliminari; avocazione e controlli da parte del giudice*”, cit.

<sup>93</sup> “*Primi orientamenti in tema di applicazione del d. lgs n. 150/2022: iscrizione delle notizie di reato; conclusione delle indagini preliminari; avocazione e controlli da parte del giudice*”, cit.

<sup>94</sup> Un controllo concreto sulle iscrizioni, infatti, necessiterebbe dell'accesso del Procuratore Generale ai registri della Procura della Repubblica: solo in tal modo, infatti, potrebbero essere rilevate iscrizioni al Mod. 21 poste in essere al di fuori del perimetro dell'art. 335 cpp, errate iscrizioni al Mod. 45 o al Mod. 44., o ancora tardive iscrizioni.

<sup>95</sup> In merito all'attuazione dei controlli in discorso si veda: CASSIBA, *Troppi ma ineffettivi controlli sulla durata delle indagini preliminari*, in *Arch. Pen.*, 1, 2018, *La giustizia penale riformata*, 401 ss.





## La documentazione degli atti investigativi del difensore dopo la riforma Cartabia

Leonardo Suraci\*

**Sommario:** **1.** Premessa. – **2.** La funzione documentativa nell’ambito delle investigazioni difensive. – **3.** Il nuovo art. 391-ter c.p.p.

### ABSTRACT

Il tema delle modalità di documentazione degli atti investigativi del difensore ha costituito uno dei nodi problematici che, fin dai primi anni di vigenze del nuovo codice processuale, ha impegnato gli operatori del diritto e la scienza giuridica, nel tentativo di rimediare alle carenze della legislazione. La l. 7 dicembre 2000, n. 397 si è occupata della materia con particolare riferimento agli atti acquisitivi di dichiarazioni, secondo un modello che la riforma Cartabia tende ad irrigidire, sotto alcuni profili in maniera asimmetrica rispetto alla disciplina dei corrispondenti atti del pubblico ministero e della polizia giudiziaria.

*The issue of how to document the defender's investigative acts has been one of the problematic nodes that, since the first years of the new procedural code, has engaged legal operators and legal science, in an attempt to remedy the shortcomings of the legislation. The l. 7 December 2000, no. 397 has dealt with the matter with particular reference to the acquisition of declarations, according to a model that the Cartabia reform tends to stiffen, under some profiles in an asymmetrical manner with respect to the regulation of the corresponding acts of the public prosecutor and the judicial police.*

### 1. Premessa.

È noto che uno dei limiti più significativi della disciplina delle investigazioni difensive contenuta nell’art. 38 disp. att. c.p.p. era costituito dalla mancanza di una qualsiasi regolamentazione dei mezzi di documentazione delle risultanze acquisite dal difensore ed il silenzio normativo aveva generato non poche incertezze e, in giurisprudenza, aveva concorso ad alimentare il dubbio circa la sussistenza stessa di una legittimazione difensiva a porre in essere atti acquisitivi – soprattutto, ma non soltanto – di elementi dichiarativi.

---

\* Professore associato di diritto processuale penale Università degli Studi di Firenze.

La legge 7 dicembre 2000, n. 397 non avrebbe potuto, ovviamente, non occuparsi della questione e, in relazione all'atto acquisitivo di elementi dichiarativi, ha previsto due distinte modalità documentative, diverse per struttura e requisiti formali e correlate a ciascuna delle possibili forme di contatto con la persona informata sui fatti.

Il codice, come interpolato dalla legge predetta, contempla tre diverse modalità di contatto tra gli organi dell'indagine privata e le "persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa": il colloquio, la ricezione di dichiarazioni e l'assunzione di informazioni.

Il colloquio informale è costruito dall'art. 391-*bis*, comma 1 c.p.p. come un atto finalizzato all'acquisizione di notizie e sostanziatesi nel "conferire con le persone in grado di riferire circostanze utili ai fini dell'attività investigativa".

Il colloquio è stato concepito, dunque, come un'attività del tutto informale - al punto che non è prescritto alcun obbligo di documentazione delle notizie riferite dalla persona intervistata, anche se ciò non esclude la possibilità che il soggetto precedente, successivamente al colloquio, preferisca riportare in appunti personali l'oggetto dell'informazione ed i dati essenziali, in modo da ricordarne l'autore e la rilevanza in vista delle valutazioni che determineranno l'indirizzo dell'attività successiva - e deritualizzata - secondo alcuni, infatti, il contatto potrebbe avvenire anche a prescindere da un incontro fisico, quindi anche a mezzo del telefono o mediante il ricorso ad altre vie telematiche di comunicazione - che non si pone in un rapporto di alternatività rispetto alla dichiarazione scritta o all'assunzione di informazioni, ma, al contrario, costituisce la premessa logica ed operativa di essi, dovendo servire, in altre parole, per valutare esistenza, portata e rilevanza del patrimonio cognitivo attribuito alla persona interpellata.

Ovvio che, qualora il contatto informale dovesse produrre, in conformità con quanto astrattamente ipotizzato in sede di predisposizione del programma investigativo difensivo, risultanze favorevoli alla posizione dell'assistito, il difensore ed il sostituto si attiveranno al fine di instaurare un successivo momento acquisitivo che, potendo assumere la forma dell'assunzione di informazioni ovvero della ricezione di una dichiarazione, sarà produttivo di elementi i quali, se ritualmente documentati secondo lo schema rigiro predisposto dal legislatore, saranno suscettibili di impiego nel prosieguo dell'*iter* procedimentale.

I due atti di natura formale, se sono equivalenti sotto il profilo della funzione, si distinguono sul piano dell'assetto strutturale poiché, mentre il primo è gestito dal soggetto precedente e si sviluppa secondo una dinamica che fa seguire alla domanda di questi una (pertinente) risposta da parte della persona intervistata, il secondo presenta una connotazione strettamente unilaterale dal momento che, posto dall'intervistante un determinato tema, il contenuto informativo dell'atto è interamente prodotto dal dichiarante, in assenza - si auspica - di qualsiasi interferenza esterna, ed assume veste procedimentale soltanto grazie all'intervento documentativo successivo del difensore.

La dichiarazione scritta costituisce, infatti, una dichiarazione di scienza proveniente dalla persona informata sui fatti, nella quale essa riferisce, in forma univoca ed unilaterale, le circostanze di cui è a conoscenza utili all'attività di indagine difensiva.

L'assunzione di informazioni, al contrario, vede nel difensore e nel sostituto gli indiscussi protagonisti dell'atto acquisitivo, trattandosi dei soggetti investigativi che, attraverso la formulazione delle domande, pongono sul tappeto i temi che costitui-

scono l'oggetto delle successive e correlate affermazioni probatorie, ossia degli elementi formativi del contenuto utilizzabile dell'atto.

## 2. La funzione documentativa nell'ambito delle investigazioni difensive.

Merita di essere sottolineato fin da subito che la legge sulle investigazioni difensive ha affidato esclusivamente al difensore – ovvero, al suo sostituto – la funzione documentativa degli atti investigativi, seguendo una prospettiva diversa da quella costituita dall'etero-documentazione ad opera di soggetti esterni legalmente qualificati, quali, per esempio, i notai.

L'art. 391-ter c.p.p. – il quale, contenendo la disciplina della documentazione degli atti investigativi difensivi a contenuto dichiarativo, si pone come regola base del potere documentativo del difensore, del cui ruolo istituzionale di soggetto investigativo determina un ulteriore e qualificante arricchimento – prevede, innanzitutto, che la dichiarazione di cui all'art. 391-bis, comma 2 c.p.p., redatta e sottoscritta dal dichiarante, deve essere autenticata dal difensore o da un suo sostituto.

Mediante siffatto adempimento formale, dunque, l'investigante certifica la provenienza soggettiva del contributo conoscitivo assicurando la riconducibilità dell'atto dichiarativo al soggetto che vi appone la sottoscrizione senza, però, attestare la veridicità della dichiarazione ricevuta, ovvero, l'esattezza di essa sotto il profilo giuridico.

Il difensore deve, altresì, redigere una relazione nella quale sono riportati la data in cui ha ricevuto la dichiarazione, le proprie generalità e quelle della persona che l'ha rilasciata, l'attestazione di avere rivolto gli avvertimenti previsti dall'art. 391-bis, comma 3 c.p.p. e, infine, l'esposizione dei fatti sui quali verte la dichiarazione.

La dichiarazione è allegata alla relazione e costituisce, a tutti gli effetti, lo strumento documentativo dell'attività difensiva, l'atto mediante il quale, in altri termini, la risultanza dichiarativa preconstituita dall'intervistato – l'unica, ovviamente, dotata di prospettive utilizzative come fonte informativa in ambito processuale, non essendo la relazione caratterizzata da autonoma efficacia probatoria – assume la veste formale di atto di investigazione difensiva e di questa tipologia acquisisce la valenza ed efficacia.

Nonostante il rapporto di stretta complementarità esistente tra i due atti, sembra evidente che essi – dichiarazione e relazione – costituiscano il risultato di attività distinte sia per contenuto – a forma libera quello della prima, vincolato quello della seconda – che per provenienza e, pertanto, è necessario che essi mantengano un'autonomia anche fisica; caratteristica idonea, tra l'altro, a dimostrare l'autonoma predisposizione – nel senso dell'assoluta assenza di condizionamenti in funzione degli interessi e delle ragioni della difesa – della dichiarazione da parte della persona informata.

Le informazioni di cui all'art. 391-bis, comma 2 c.p.p. sono documentate dal difensore o da un suo sostituto, i quali possono avvalersi, per la materiale redazione del mezzo documentativo costituito dal verbale, di persone di loro fiducia che, è di tutta evidenza, svolgono una funzione materiale priva di qualsivoglia efficacia certificativa.

Mediante siffatta proposizione l'art. 391-ter, comma 3 c.p.p. individua nel verbale, dunque, lo strumento documentativo necessario ed indefettibile dell'atto acquisitivo

di informazioni e nel difensore – ovvero, nel suo sostituto – gli unici soggetti titolari della correlata funzione documentativa.

La persona di fiducia è, come già detto, eventualmente incaricata di compiti di natura materiale ed esecutiva, probabilmente connessi alla necessità di disporre di specifiche competenze tecniche funzionali alla compiuta realizzazione dell'attività di documentazione mediante il ricorso a peculiari strumenti di riproduzione.

Per quel che concerne le modalità di documentazione dell'atto investigativo, la norma contiene un richiamo modulare – in quanto applicabili, precisa infatti – delle disposizioni contenute nel libro II, titolo III del codice processuale, richiamo il quale rischia di fuorviare il verbalizzante alla luce delle innovazioni introdotte dalla riforma Cartabia.

La tecnica di normazione utilizzata implicherebbe, infatti, che la documentazione dell'atto di assunzione di informazioni debba avvenire mediante uno strumento il quale, ai sensi dell'art. 134 c.p.p. e ferma rimanendo la necessità di predisposizione in forma di documento informatico ex art. 110 c.p.p., può assumere forma integrale o riassuntiva – la prima consiste nella riproduzione completa dell'esame, nel senso che vengono riportate letteralmente le domande rivolte e le risposte date, mentre mediante la verbalizzazione riassuntiva viene riprodotta nell'originaria genuina espressione la parte essenziale delle dichiarazioni, con la descrizione delle circostanze nelle quali sono rese se queste possono servire a valutarne la credibilità – e deve essere redatto, secondo quanto disposto dalla norma sopra richiamata come modificata dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, con la stenotipia o ricorrendo ad altro strumento ritenuto idoneo allo stato della scienza e della tecnica ovvero, in caso di impossibilità di ricorso a tali mezzi, utilizzando la scrittura manuale.

Quando il verbale è redatto in forma riassuntiva, ovvero quando lo stesso verbale redatto in forma integrale è comunque ritenuto insufficiente, ad esso devono affiancarsi tecniche documentative ulteriori – fermo rimanendo che nemmeno il ricorso ad esse può mai avere funzione sostitutiva della verbalizzazione – quali la riproduzione fonografica o audiovisiva; modalità, soprattutto quest'ultima, considerata maggiormente garantita sul versante della genuinità e completezza della rappresentazione oggetto di incorporazione.

Inoltre, l'art. 134, comma 1 c.p.p. prescrive il ricorso a siffatte tecniche integrative in tutti i casi in cui la legge lo preveda, come avviene, appunto, in relazione all'atto di assunzione di informazioni difensive, anche se è sembrato ovvio già in passato che il ricorso a siffatte tecniche di documentazione, dotate di una ben maggiore potenzialità di controllo e fissazione del contenuto dell'atto, non fosse precluso dalla redazione del verbale in forma integrale e dalla mancata ricorrenza di ipotesi normativamente tipizzate, costituendo, in queste evenienze, una facoltà documentativa che il difensore avrebbe potuto, per ragioni di garanzia della genuinità della deposizione, comunque ed in ogni caso preferire.

L'indispensabilità del verbale, anche in concomitanza con l'impiego di strumenti documentativi ulteriori ma rispetto ad esso comunque complementari, è ribadita dalla previsione, contenuta nell'art. 139, comma 3 c.p.p., secondo cui, qualora la riproduzione fonografica, per qualsiasi motivo, non abbia avuto effetto o non sia chiaramente intelligibile in riferimento a singole parti, la funzione probatoria rispetto a queste è espletata dal verbale redatto in forma riassuntiva.

Norma, quella appena richiamata, di primissimo piano poiché, oltre a ribadire la centralità e l'irrinunciabilità della modalità documentativa costituita dal verbale, sottolinea la necessità che il verbale riassuntivo, sebbene affiancato da un'altra metodologia di riproduzione, non possa comunque limitarsi all'indicazione dei confini temporali di essa, ma deve garantire un'effettiva documentazione, sia pur sintetica, volta a conservare traccia dei dati più significativi.

L'atto d'indagine che venga posto in essere nei confronti di persone in stato di detenzione, quanto meno per ragioni di convenienza e di opportunità a fronte di una formulazione normativa che non sembra riferibile all'atto investigativo difensivo, deve essere documentato mediante il ricorso alle forme estremamente rafforzate prescritte dall'art. 141-*bis* c.p.p.

### 3. Il nuovo art. 391-*ter* c.p.p.

Come già anticipato, il rinvio contenuto nell'art. 391-*bis*, comma 3 c.p.p. alle disposizioni generali sulla documentazione degli atti è neutralizzato dalle disposizioni di nuova introduzione, integranti a dire il vero ipotesi attuative della disposizione di carattere generale contenuta nell'art. 134, comma 1 c.p.p.

Infatti, ai sensi dell'art. 391-*bis*, comma 3-*bis* c.p.p., il compimento di atti acquisitivi di informazioni deve essere sempre documentato, oltre che mediante la redazione del verbale, "anche" (così precisa la norma!) ricorrendo alla riproduzione fonografica, forma documentativa che assume quindi carattere generale ed obbligatorio.

L'unica fattispecie derogatoria rispetto all'obbligo di procedere alla riproduzione fonografica - ovviamente, nulla esclude che il difensore possa scegliere di fare ricorso alla riproduzione audiovisiva, modalità maggiormente garantita ma effettivamente non imposta dalla norma - è costruita intorno all'ipotesi di contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico, situazione eccezionale che certamente non può ritenersi ricorrente in caso di strutturali *deficit* di dotazione dello studio legale.

Ovviamente, è del tutto irrilevante il titolo in forza del quale il difensore acquisisce la disponibilità della strumentazione tecnica idonea alla riproduzione, potendo trattarsi di attrezzature di proprietà del legale o appartenenti a terzi e disponibili in virtù di un negozio di diritto privato.

Se, da un lato, è fondamentale dare atto nel corpo del verbale della contingente indisponibilità dei mezzi o del personale - va da sé che non è sufficiente il ricorso a formule di stile o meramente riproduttive del dettato normativo, essendo invece necessario esporre chiaramente le circostanze di fatto causativa della situazione contingente di indisponibilità - dall'altro merita di essere rimarcata la mancata previsione di sanzioni processuali per l'ipotesi di ricorso alla sola forma della verbalizzazione al di fuori dell'ipotesi eccezionale compendiata dalla disposizione, essendo tra l'altro rimasta immodificata la disciplina, contenuta nell'art. 142 c.p.p., dei casi di nullità del verbale.

Va detto che il carattere generale della previsione di un dovere di documentazione complementare rispetto alla verbalizzazione - eventualmente in forma integrale - dell'assunzione di informazioni si pone in una posizione di (solo) apparente simmetria rispetto alla disciplina dell'omologo atto della polizia giudiziaria e del pubblico ministero, essendo di immediata percezione i fattori di diversificazione.

Difatti, sia l'art. 357, comma 3-*bis* c.p.p. (Documentazione dell'attività di polizia giudiziaria) sia l'art. 373, comma 2-*ter* c.p.p. (Documentazione degli atti del pubblico ministero) correlano l'obbligo di fonoregistrazione dell'atto di assunzione di informazioni al presupposto che si tratti di procedimenti per delitti di cui all'art. 407, comma 2 lett. a) c.p.p. o, diversamente, che la persona informata sui fatti, debitamente avvisata ai sensi degli artt. 351, comma 1-*quater* e 362, comma 1-*quater* c.p.p. (anche essi introdotti dalla riforma Cartabia) ne faccia richiesta, fatta comunque salva la ricorrenza di una situazione di contingente indisponibilità di mezzi di riproduzione o di personale tecnico.

Si tratta di una diversità di trattamento difficilmente spiegabile, anche perché ad oltre un ventennio dalla riforma della disciplina delle investigazioni difensive non dovrebbero più permanere i motivi di perplessità e di diffidenza che avevano caratterizzato i primi frangenti di operatività della l. 7 dicembre 2000, n. 397.

Più marcata sul versante della vincolatività e caratterizzata da una evidente simmetria rispetto alle analoghe previsioni contenute negli artt. 357, comma 3-*ter* e 373, comma 2-*quater* c.p.p. è la disciplina delle forme di documentazione dell'atto di assunzione di informazioni compiuto dal difensore ed avente come interlocutore una persona minorenni, inferma di mente o in condizioni di particolare vulnerabilità.

Deve essere subito messo in chiaro che, sebbene l'art. 391-*ter*, comma 3-*ter* c.p.p. si riferisca alle "dichiarazioni", la disposizione non possa che applicarsi all'atto di assunzione di informazioni, essendo l'atto di cui all'art. 391-*bis*, comma 2 c.p.p. assistito da una forma del tutto autonoma e peculiare di documentazione.

Detto questo, la disciplina introdotta dalla riforma Cartabia prevede quale forma di documentazione necessaria la riproduzione audiovisiva o fonografica e la cogenza della disposizione è assicurata dalla previsione della sanzione dell'inutilizzabilità per l'ipotesi della sua inosservanza.

Chiaramente, mentre la previsione di uno specifico trattamento sanzionatorio conferma il carattere tecnicamente imperfetto della disposizione contenuta nell'art. 191-*bis*, comma 3-*bis* c.p.p., la diversità di formulazione tra le due disposizioni - l'avverbio "anche" non compare nella seconda, la quale accenna ad una documentazione "integrale" mediante le richiamate tecniche di riproduzione - non deve portare a ritenere che, in queste ipotesi, la riproduzione si presti a sostituire la verbalizzazione.

Invero, anche a prescindere dalle considerazioni già svolte alla luce della disciplina generale e fatto salvo quanto si rimarcherà da qui a breve, non v'è chi non veda come l'inosservanza della disposizione sia sanzionata mediante una previsione di inutilizzabilità la quale non può che riferirsi al verbale contenente le informazioni oggetto di acquisizione.

La prescrizione di integralità della riproduzione, invece, grava il difensore di un obbligo che si estende ad ogni frangente dell'atto acquisitivo, ivi compreso quello concernente gli avvertimenti prescritti dall'art. 391-*bis* c.p.p.

Anche rispetto all'atto soggettivamente qualificato il sistema si dota di una valvola di sicurezza per fronteggiare le ipotesi di contingente indisponibilità di personale tecnico o di strumenti di riproduzione, ma la fattispecie è definita in maniera più stringente rispetto a quella compendiata dal comma precedente.

Difatti, la predetta situazione di indisponibilità paralizza il difensore rispetto al compimento dello specifico atto acquisitivo, a meno che non sussistano - e di siffatta

evenienza è necessario dare atto a verbale in modo specifico e circostanziato – particolari ragioni d’urgenza che rendono indifferibile il compimento dell’atto.

Si tratta di un presupposto che richiama la connotazione tipica dell’atto da assumere mediante l’incidente probatorio, il quale, come è noto, coerentemente con quello che era l’originario impianto codicistico, teso a garantire una netta distinzione tra la fase delle indagini preliminari e la fase dibattimentale deputata alla vera e propria formazione della prova nel contraddittorio delle parti, appariva nelle intenzioni del legislatore come parentesi eccezionale di formazione della prova nel contraddittorio delle parti in sede di indagini preliminari.

La documentazione mediante verbale dell’atto soggettivamente connotato, allora, è intesa dal legislatore come evenienza del tutto eccezionale, da correlare non tanto alla sussistenza di fattori di rischio rispetto alla conservazione della fonte – sarebbe necessario, in questo caso, attivare la procedura di incidente probatorio per non incorrere nei limiti acquisitivi correlati alla fattispecie complessa prevista dall’art. 512 c.p.p. – ma ad evenienze di fatto che non consentono di differire il compimento dell’atto rispetto al conseguimento di imminenti e non trascurabili finalità investigative.

L’indispensabilità del verbale anche nei casi di ricorso a mezzi di riproduzione trova autorevolissima conferma nella previsione contenuta nell’art. 391-ter, comma 3-*quater* c.p.p., la quale qualifica come eccezionale la trascrizione della riproduzione, da disporre solo se assolutamente indispensabile rispetto alle acquisizioni scaturenti, evidentemente, dall’analisi della forma documentativa principale.





## Il caso Regeni e il processo in assenza: un corto circuito delle garanzie?

(Testo aggiornato e corredato di note della relazione al seminario su “Il caso Regeni”, tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Foggia il 19 aprile 2023)

**Guido Colaiacovo\***

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. L’*iter* processuale. – 3. Il sistema in corto circuito. – 4. Conclusioni.

### 1. Premessa.

Il processo che si sta celebrando dinanzi al Tribunale di Roma per accertare le responsabilità per la morte di Giulio Regeni, il dottorando italiano torturato e ucciso al Cairo, tra il 25 gennaio e il 3 febbraio 2016, pone una pluralità di questioni giuridiche di indubbia importanza. È, questa, una diretta conseguenza del fatto che la vicenda non rileva nella sola dimensione interna: le dinamiche giudiziarie del “caso Regeni” si proiettano sul piano dei rapporti internazionali e ciascuno di questi sviluppi contribuisce ad aggrovigliare sempre più i nodi problematici: dalle tematiche afferenti alla giurisdizione e al divieto di un secondo giudizio<sup>1</sup>, a quelle dei rapporti diplomatici tra gli Stati coinvolti, anche nella prospettiva della cooperazione in materia giudiziaria, fino a eventuali responsabilità derivanti dall’inadempimento di obblighi internazionali, *in primis* quelli collegati all’impegno a contribuire alla repressione della tortura<sup>2</sup>.

Al momento, però, una più di tutte attrae l’interesse dello studioso del rito penale e su di essa si vuole concentrare l’attenzione.

L’assenza degli imputati, infatti, costituisce attualmente lo snodo cruciale, l’ostacolo che, finora, ha impedito di andare oltre nell’accertamento dei fatti e ha imposto, dopo un iniziale approdo in corte d’assise, un brusco regresso all’udienza preliminare

---

\* Professore associato di Diritto processuale penale presso l’Università di Foggia.

<sup>1</sup> Le richieste di cooperazione avanzate dall’Italia sono state respinte dall’Egitto sul rilievo che nei confronti dei quattro imputati era stato avviato dal Procuratore generale del Cairo un procedimento e che la sua conclusione, secondo i principi dell’ordinamento egiziano, precludeva ogni forma di assistenza giudiziaria.

<sup>2</sup> Sia l’Italia che l’Egitto hanno firmato e ratificato la Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti firmata a New York il 10 dicembre 1984. Tale convenzione, all’art. 9, dispone che gli Stati parte prestino l’assistenza giudiziaria più vasta possibile in ogni procedimento penale volto a punire i responsabili di atti di tortura.

e, poi, una battuta d'arresto che, comprensibilmente, ha suscitato una profonda delusione nell'animo di coloro che invocano giustizia per un delitto brutale.

Al momento, è uno sbarramento che, nonostante lo sforzo interpretativo compiuto dalla Procura della Repubblica e dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Roma, appare insuperabile qualora non intervenga una declaratoria di illegittimità costituzionale della disciplina del processo in assenza e, in particolare, dell'art. 420-bis c.p.p.<sup>3</sup>.

## 2. L'iter processuale.

L'evoluzione della procedura giudiziaria è di estrema linearità e dalla sua ricostruzione conviene muovere per cogliere i passaggi salienti.

Investito della richiesta di rinvio a giudizio, il giudice dell'udienza preliminare, in una prima decisione, aveva stabilito di procedere in assenza degli imputati<sup>4</sup>. Più precisamente, secondo il giudice, gli imputati si sarebbero sottratti volontariamente alla conoscenza degli atti del procedimento e, pertanto, l'atto introduttivo del giudizio ben poteva essere notificato ai difensori d'ufficio. Questo assunto era sostenuto anche da alcuni elementi di fatto che permettevano di affermare che gli imputati avevano comunque avuto conoscenza della pendenza di una procedura in Italia. Il giudice, infatti, valorizzava la circostanza che erano stati ascoltati dagli inquirenti, avevano preso parte a una squadra investigativa italoegiziana e il caso, anche nelle sue declinazioni giudiziarie, aveva avuto una clamorosa eco mediatica. A ciò si aggiungeva che più volte, ma invano, erano state formulate richieste di cooperazione alla autorità egiziana affinché collaborasse per far eleggere domicilio agli imputati.

Senonché, il decreto che disponeva il giudizio, pur'esso notificato ai soli difensori d'ufficio, veniva annullato dalla Corte di assise di Roma, che, richiamando la copiosa giurisprudenza anche sovranazionale formatasi in materia, escludeva che gli elementi acquisiti consentissero di desumere la conoscenza del procedimento e dell'accusa in capo agli imputati<sup>5</sup>.

La Corte evidenziava come mancasse un solido e chiaro collegamento con il processo, estrinsecato in uno specifico atto, e rimarcava, d'altro canto, che gli elementi utilizzati in precedenza non possedevano affatto la capacità dimostrativa che era stata loro attribuita. Innanzitutto, il coinvolgimento nelle attività investigative condotte con gli inquirenti italiani poteva al più determinare in capo agli imputati la con-

<sup>3</sup> Conviene precisare che *in itinere* è stata modificata la disciplina del processo in assenza ad opera del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150. La transizione normativa, nel caso di specie, è regolata dall'art. 89, in forza del quale, se nel corso dell'udienza preliminare o del giudizio di primo è già stata disposta la sospensione del processo ai sensi del previgente art. 420-*quater* c.p.p., e l'imputato non è stato ancora rintracciato anziché disporre nuove ricerche, il giudice deve emettere una sentenza di non doversi procedere, in applicazione del nuovo art. 420-*quater*. Al processo in corso si applicano, pertanto, le nuove disposizioni (sulla nuova disciplina e sul diritto intertemporale, KALB, *La nuova disciplina del processo in assenza dell'imputato: la ricerca di una soluzione equilibrata per il superamento di problemi ancora irrisolti*, in SPANGHER (a cura di), *La riforma Cartabia*, Pisa, 2022, 337 e ss).

<sup>4</sup> Trib. Roma, 25 maggio 2021, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 15 dicembre 2021.

<sup>5</sup> Ass. Roma, 14 ottobre 2021, in [www.penaledp.it](http://www.penaledp.it), 16 ottobre 2021.

sapevolezza di essere indagati, ma non la compiuta conoscenza della accusa elevata a loro carico. Peraltro, sottolineava la Corte, soltanto uno dei quattro imputati, per un periodo piuttosto breve, aveva partecipato al gruppo investigativo italoegiziano. Poi, anche la rilevanza mediatica che il caso aveva avuto sui mezzi di informazione internazionali era del tutto differente sul territorio egiziano, laddove non erano stati affatto divulgati i nomi dei componenti dei servizi di informazione ricercati dalle autorità italiane. In ultimo, neppure il fallimento dei tentativi di far eleggere domicilio possedeva attitudine dimostrativa dirimente, ma anzi deponeva in senso contrario, contribuendo a escludere l'instaurazione di un collegamento tra imputati e processo.

Dunque, la Corte escludeva che, pur considerando tutti questi elementi nel complesso, potesse applicarsi la fattispecie, invero estremamente delicata, contenuta nella parte conclusiva dell'art. 420-*bis* c.p.p. che consente di procedere in assenza dell'imputato che si sia volontariamente sottratto al procedimento o alla conoscenza degli atti del procedimento<sup>6</sup>.

A seguito di tale decisione, gli atti tornavano al giudice per l'udienza preliminare, che ha assunto una decisione di segno opposto rispetto alla precedente e ha sospeso il procedimento<sup>7</sup>. Una conclusione alla quale si perveniva, tuttavia, soltanto dopo l'esito infruttuoso delle nuove ricerche degli imputati e dopo una interlocuzione con le autorità di governo italiane circa le iniziative intraprese sul fronte diplomatico per sollecitare la collaborazione delle autorità egiziane<sup>8</sup>. È chiaro, infatti, che questa vicenda non può essere esaminata tenendo in considerazione il solo versante giudiziario interno, l'analisi del dato processuale non potendo essere scissa dalle relazioni di cooperazione e diplomatiche intessute in questi anni dagli Stati coinvolti.

Avverso la decisione del giudice per le indagini preliminari, tuttavia, proponeva ricorso per cassazione la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma<sup>9</sup>, ma l'impugnazione era respinta dalla Suprema Corte<sup>10</sup>.

È importante segnalare sin da ora che la Procura di Roma, per superare l'ostacolo, ha incentrato le proprie censure su un argomento dirimente, prospettando la necessità di impedire che il diritto a ricevere la notifica della citazione in giudizio diventi un "diritto tiranno".

<sup>6</sup> In effetti, le formule che chiudono la disposizione introducono clausole che devono essere interpretate e applicate con rigore poiché, diversamente, sarebbe altissimo il rischio di vanificare l'intento perseguito dalla riforma del processo in assenza (in questo senso, MANGIARACINA, *Il "tramonto" della contumacia e l'affermazione di una assenza multiforme*, in *Leg. pen.*, 2014, 568, e BRICCHETTI - PISTORELLI, *Ipotesi tipizzate per la celebrazione del rito*, in *Guida dir.*, 2014, n. 21, 97).

<sup>7</sup> Trib. Roma, 22 aprile 2022, inedita. Tale decisione, ai sensi dell'art. 89, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, è l'atto rilevante ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile dal punto di vista del diritto intertemporale (l'ordinanza si sofferma sul punto a p. 12 e ss.).

<sup>8</sup> Trib. Roma, 10 gennaio 2022, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 12 gennaio 2022. Più precisamente, il Giudice dell'udienza preliminare chiedeva di conoscere l'esito della richiesta di assistenza internazionale avanzata dal pubblico ministero in data 30 aprile 2019 e di sapere se dopo l'ordinanza della Corte d'assise fossero emersi elementi nuovi e se il Ministro della giustizia intendesse interloquire con le autorità egiziane per la notificazione degli atti agli imputati.

<sup>9</sup> Proc. Rep. Roma, 22 aprile 2022, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 12 maggio 2022.

<sup>10</sup> Sez. I, 15 luglio 2022, n. 5675, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 10 febbraio 2023 che ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso, escludendo l'abnormità del provvedimento impugnato e affermando la correttezza del modo di procedere dei giudici di merito.

Una affermazione che, come si vedrà, potrebbe essere appagante per questa specifica vicenda processuale, ma che rischia di spalancare la porta a interpretazioni che, se applicate nella quotidianità, comporterebbero un regresso inaccettabile.

Ultimo evento della sequenza procedurale è la devoluzione della questione alla Corte costituzionale. Nel corso dell'udienza fissata ai sensi dell'art. 420-*quinquies* c.p.p., il giudice per le indagini preliminari, sollecitato dalla Procura della Repubblica<sup>11</sup>, ha ipotizzato che la situazione di stallo possa essere superata dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 420-*bis* c.p.p. nella parte in cui non prevede che si proceda in assenza dell'imputato anche quando si ritenga provato che l'assenza sia dovuta alla mancata assistenza giudiziaria o al rifiuto di cooperazione da parte dello Stato di appartenenza o di residenza dell'imputato ovvero quando si ritenga che la mancata conoscenza della pendenza del procedimento dipenda dalla mancata assistenza giudiziaria o dal rifiuto di cooperazione da parte dello Stato di appartenenza o di residenza dell'imputato<sup>12</sup>.

### 3. Il sistema in corto circuito.

Si possono a questo punto tratteggiare le criticità che scaturiscono da questa situazione e provare a delineare le conseguenze che derivano dall'accoglimento dell'una o dell'altra tesi.

Dalla sintesi delle decisioni che si sono succedute emerge come il dato sul quale si impenna il destino della procedura è rappresentato dalla risposta – positiva o negativa – che si vuol dare al quesito sulla conoscenza da parte degli imputati del processo a loro carico.

Il punto di partenza è che soltanto dimostrando che gli imputati – appartenenti ai servizi di sicurezza egiziani accusati di aver torturato e ucciso Giulio Regeni – sono a conoscenza del fatto che l'autorità giudiziaria italiana ha avviato l'azione penale nei loro confronti il procedimento potrà riprendere e proseguire fino alla sentenza definitiva.

Il dissidio si registra sulle condizioni che in fatto e in diritto consentono di sciogliere in un senso o in un altro il quesito, tra coloro che ritengono sufficienti gli elementi

<sup>11</sup> Proc. Rep. Roma, 3 aprile 2023, in [www.penaledp.it](http://www.penaledp.it), 4 aprile 2023. Invero, la Procura della Repubblica di Roma aveva già articolato, con il ricorso per cassazione proposto avverso l'ordinanza in data 22 aprile 2022, una differente censura sulla legittimità costituzionale dell'art. 420-*bis* c.p.p., ritenuta però non rilevante e manifestamente infondata dalla Suprema Corte.

<sup>12</sup> Trib. Roma, 31 maggio 2023, in [www.penaledp.it](http://www.penaledp.it), 1 giugno 2023. La decisione è stata assunta a seguito di alcuni rinvii tesi a consentire lo svolgimento di ulteriore attività di istruttoria (tra le quali figurava l'audizione del Presidente del Consiglio e del Ministro degli esteri e della cooperazione internazionale, poi revocata; su questo profili e le sue implicazioni di diritto internazionale, RUOTOLO, *Ancora sul caso Regeni: il "diritto alla segretezza" dei negoziati internazionali e la competenza dei giudici interni a decidere situazioni di rilevanza internazionalistica alla luce di alcuni recenti sviluppi del processo penale in via di (non) svolgimento in Italia*, in [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org), 4 maggio 2023). Sulla questione, con sfumature diverse, QUATTROCOLO, *Coerenza del sistema vs incoerenza del caso concreto: un passo verso la celebrazione del processo Regeni*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 26 luglio 2023; MANTOVANI, *"Riforma Cartabia": per chi è il processo in absentia?*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 30 maggio 2023, 17; SPANGHER, *Processo Regeni: un passaggio stretto tra regole e eccezioni*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 22 giugno 2023.

che ha utilizzato il giudice dell'udienza preliminare nella prima decisione e coloro che, invece, pretendono un contatto formale tra gli imputati e la procedura a loro carico, come, ad esempio, la notificazione della *vocatio in ius* personalmente.

Da questo punto di vista è agevole individuare il cuore del problema e percepire la ragione per la quale è molto forte il rischio di un corto circuito delle garanzie.

Il nostro sistema processuale consente di instaurare il rito *in absentia* soltanto in presenza di determinati eventi processuali ritenuti sintomatici della conoscenza del procedimento. E allo stesso tempo predispone un meccanismo teso a procurare ai soggetti che partecipano al processo la conoscenza degli atti. In questa ottica, la notificazione della citazione in giudizio è la prova regina, anche se può essere surrogata dal compimento di altri atti. Atti che sicuramente non hanno la medesima capacità dimostrativa, ma che pure il legislatore ha ritenuto significativi, quantomeno in una dimensione presuntiva<sup>13</sup>.

L'assetto di queste tutele nell'ordinamento processuale, come ha sottolineato la Suprema Corte nel respingere fermamente il ricorso della Procura della Repubblica, è il risultato di una successione di norme e di un progressivo affinamento della disciplina che il nostro legislatore è stato praticamente "costretto" a introdurre a seguito delle sollecitazioni provenienti dagli organi sovranazionali e, in particolare, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>14</sup>.

Provocatoriamente si potrebbe dire che il processo per la morte di Giulio Regeni si è bloccato perché il nostro codice contempla un livello troppo elevato di tutele e garanzie. E ciò appare evidente se sol si consideri che la formulazione originaria delle disposizioni - quelle che descrivevano il vituperato istituto della contumacia - avrebbe consentito senz'altro di celebrare il processo.

La paradossalità della situazione si coglie nel momento in cui a minacciare il ricorso alla Corte ed in questa volta sono state le persone offese. Come dire che la ricezione dei principi sovranazionali nel nostro ordinamento costituisce il presupposto per la violazione di un loro diritto fondamentale<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Sul valore di tali presunzioni si sono pronunciate le Sezioni unite che hanno impartito un insegnamento fedelmente seguito dalla decisione sul ricorso proposto dalla Procura della Repubblica di Roma (Sez. un., 28 novembre 2019, n. 23948, in *Cass. pen.*, 2021, 129; su tale arresto, QUATTROCOLO, *La Corte di cassazione svela il vero volto della rescissione del giudicato? Due recenti pronunce segnano una svolta interpretativa nel sistema del processo in absentia e dei relativi rimedi*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2 marzo 2021, e, criticamente, ALONZI, *L'interpretazione delle Sezioni unite dei presupposti per procedere in assenza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2021, 808).

<sup>14</sup> Gli incessanti interventi legislativi in materia sono stati imposti dalle condanne che l'Italia ha riportato dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, come sottolinea LATTANZI, *Costretti dalla Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2005, 1125, a commento del d.l. 21 febbraio 2005, n. 17, conv. con modif. dalla l. 22 aprile 2005, n. 60.

<sup>15</sup> Si nota, in molti provvedimenti, una particolare attenzione verso i diritti delle persone offese, al punto tale che l'ordinanza di rimessione degli atti alla Corte costituzionale, con una impostazione di matrice individualistica, antepone le censure calibrate sulla violazione di tali diritti a quelle che scaturiscono dalla violazione del principio di obbligatorietà della azione penale e del giusto processo.

## 4. Conclusioni.

Si possono trarre da questa sommaria ricostruzione alcune conclusioni, anche sulla prospettata illegittimità costituzionale dell'art. 420-*bis* c.p.p.

Il processo per la morte di Giulio Regeni presenta elementi peculiari, che lo distinguono nettamente dalle consuete vicende che riguardano il rito in assenza.

L'impatto emotivo è fortissimo e il senso di frustrazione che deriva dalla sospensione del processo è altrettanto forte.

Una ingiustizia che, però, almeno dal punto di vista processuale, è più percepita che reale, poiché non è determinata dalla infrazione delle previsioni del codice di rito, ma, piuttosto, dalla loro rigorosa applicazione.

Dunque, si deve escludere – ed è ciò che del resto ha fatto la Corte di Cassazione nel respingere l'impugnazione della Procura di Roma – l'apertura di pericolose brecce nel sistema che assicura il diritto dell'imputato ad avere conoscenza del procedimento.

Si tratta di un diritto che costituisce il presupposto irrinunciabile di un giusto processo, la condizione che consente all'imputato di esercitare tutti gli altri diritti e facoltà che l'ordinamento gli riconosce.

È per questo, allora, che non può essere mai condivisa la tesi secondo la quale il diritto alla notifica dell'atto di citazione in giudizio costituisca un "diritto tiranno". E nel contempo non sono accettabili forzature in punto di accertamento della conoscenza del procedimento in capo agli imputati.

Perché se nei confronti dei torturatori di Giulio Regeni una simile soluzione potrebbe essere condivisa proprio per la gravità del fatto e per la ripugnante copertura istituzionale che hanno ricevuto i responsabili, il rischio è che una soluzione calibrata su un caso specifico possa poi estendersi ed essere applicata in ogni situazione nella quale l'autorità giudiziaria incontra delle difficoltà a rispettare gli adempimenti fissati dal codice. Soprattutto qualora problemi simili dovessero ripresentarsi in altri processi per fatti di identica gravità.

La soluzione, quindi, non risiede in una forzatura del dato normativo: anche se limitata a un singolo caso, sarebbe pur sempre una violazione del giusto processo – del quale devono beneficiare tutti, anche gli agenti dei servizi egiziani<sup>16</sup> – e un pericoloso precedente<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Come sottolinea la Suprema Corte, prendendo posizione in particolare sulle istanze delle persone offese, il perseguimento delle condotte criminose, anche se efferate e ignominiose quali quelle oggetto di imputazione, deve passare, in uno Stato di diritto, attraverso il rispetto delle regole del giusto processo regolato dalla legge, che si svolga nel pieno ed effettivo contraddittorio tra le parti.

<sup>17</sup> La praticabilità di una simile soluzione, peraltro basata su una interpretazione asseritamente conforme a Costituzione, è stata comunque esclusa, da ultimo, da Trib. Roma, 31 maggio 2023, cit., p. 15. Il giudice dell'udienza preliminare, infatti, ha ribadito che tutti gli elementi raccolti possono al più dar vita a una presunzione e ha ripetuto, d'accordo con il precedente arresto della Corte d'assise, che ciò non basta perché è necessario accertare l'effettiva conoscenza del processo a suo carico da parte dell'imputato ovvero la sua volontà di sottrarvisi.

Né sembra condurre alla meta il percorso avviato con la rimessione della questione alla Corte costituzionale incentrata sul contrasto dell'attuale assetto normativo con una pluralità di disposizioni costituzionali<sup>18</sup>.

È fuor di dubbio che l'impossibilità di procedere oltre nell'accertamento è stata determinata dall'atteggiamento di chiusura delle autorità egiziane che non hanno mai fornito la collaborazione necessaria per eseguire le notificazioni agli imputati<sup>19</sup>, dedicandosi piuttosto al depistaggio delle investigazioni.

Tuttavia, una simile condotta non è riconducibile agli imputati che ne hanno sicuramente beneficiato, ma in nessun modo possono averla determinata. Del resto, se la decisione di impedire l'accertamento della verità deve essere attribuita ai vertici delle istituzioni egiziane, non è fuor di luogo ipotizzare che gli imputati non potrebbero partecipare al processo, quand'anche lo volessero<sup>20</sup>.

Questo rilievo impone di riflettere sull'effettiva autonomia degli imputati e sulla possibilità di far ricadere su di loro le scelte compiute in altre sedi<sup>21</sup>.

Ciò posto, si può solo abbozzare un'ultima riflessione sull'esito del giudizio dinanzi alla Corte costituzionale<sup>22</sup>.

Una decisione di segno negativo comporterebbe in sede processuale la declaratoria di non doversi procedere, ma l'attività di ricerca degli imputati continuerebbe,

<sup>18</sup> In estrema sintesi, il giudice dell'udienza preliminare indica gli artt. 24 e 2 Cost., poiché la paralisi del processo impedirebbe alle persone offese di coltivare in giudizio le loro pretese, non soltanto di carattere civilistico; ancora gli artt. 24 e 2 Cost., ma questa volta nella prospettiva degli imputati, poiché la mancata collaborazione delle autorità egiziane lederebbe il loro diritto di difesa; gli artt. 24 e 3 Cost., essendo irragionevole la mancanza di un meccanismo alternativo che consenta alle persone offese di superare l'ostruzionismo della autorità estera e far valere i loro diritti; gli artt. 3 e 2 Cost., poiché l'atteggiamento delle autorità egiziane, di fatto, creerebbe una situazione di immunità per i propri funzionari in relazione a reati di estrema gravità; gli artt. 112 e 3 Cost., perché sarebbe compromesso il principio dell'obbligatorietà della azione penale e il correlato principio di uguaglianza di tutti dinanzi alla legge; l'art. 117 Cost., poiché l'arresto della procedura determinerebbe una violazione dell'obbligo assunto con la firma e la ratifica della Convenzione contro la tortura; gli artt. 111 e 3 Cost., poiché sarebbe ingiustamente precluso l'esercizio della giurisdizione e, conseguentemente, il principio di uguaglianza.

<sup>19</sup> Su questo punto concordano tutti gli organi giudiziari che si sono occupati del caso. Per una compiuta descrizione delle iniziative intraprese dalle autorità italiane e del contrapposto ostruzionismo praticato dalle autorità egiziane nel periodo più recente, si rinvia all'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, p. 6 e ss.

<sup>20</sup> In questo senso, Trib. Roma, 31 maggio 2023, che rileva come, in ipotesi, gli stessi imputati, o anche solo uno di loro, potrebbero voler partecipare al processo in Italia, magari per dimostrare di essere innocenti, e la loro partecipazione essere invece impedita dalle autorità egiziane. Su questo aspetto, peraltro, è stata elaborata una delle censure sottoposte al vaglio del Giudice delle leggi.

<sup>21</sup> È quanto ha già osservato la Corte d'assise, secondo la quale non vi è alcuna evidenza che gli imputati abbiano avuto un ruolo, anche solo morale, nelle eventuali determinazioni delle massime autorità egiziane di prestare una collaborazione sleale ovvero nel negare la collaborazione, sì da addebitare loro i contestati comportamenti in sede di cooperazione. In una differente prospettiva, si colloca invece QUATTROCOLO, *Coerenza del sistema*, cit., che, facendo leva sul rapporto di immedesimazione tra lo Stato egiziano e i suoi funzionari, elabora una soluzione che, in via interpretativa, consentirebbe di procedere in assenza.

<sup>22</sup> Per completezza, si segnala che il procedimento sarà trattato nell'udienza camerale del prossimo 20 settembre 2023.

come prescrive l'art. 420-*quater*, comma 3, c.p.p. Una simile pronuncia, dunque, non avrebbe effetti irreversibili e consentirebbe di attendere che la situazione trovi una soluzione a livello diplomatico.

Un eventuale accoglimento, invece, spianerebbe la strada alla prosecuzione del processo, ma la tenuta dell'accertamento sarebbe alquanto precaria dinanzi alla attivazione da parte degli imputati dei rimedi restitutori. Come dire, in altre parole, che l'ostacolo determinato dalla impossibilità di procurare la conoscenza del procedimento in capo agli imputati si ripresenterà successivamente, qualora invocassero il loro diritto a una nuova celebrazione del processo a loro carico<sup>23</sup>. A ciò si deve aggiungere che, qualora i condannati fossero rintracciati al di fuori dell'Egitto, sarebbe oltremodo complicato ottenere la cooperazione di altri Stati nell'esecuzione di tale sentenza attraverso un mandato di arresto europeo o una richiesta di estradizione. E anche in tal caso, la consegna potrebbe essere subordinata alla condizione che sia celebrato un nuovo processo<sup>24</sup>.

La soluzione, come accennato, deve quindi passare attraverso un cambio di rotta nelle relazioni diplomatiche tra Italia ed Egitto. Se, infatti, la decisione di non collaborare con le autorità italiane è, in ultima istanza, una decisione di carattere politico è in tale dimensione che si deve agire. Pertanto, la strada da battere per riaprire il processo è affidata alla diplomazia e alla capacità del Governo della Repubblica Italiana di indurre le autorità egiziane a rimuovere il velo di omertà che hanno steso su questa vicenda<sup>25</sup>.

È sicuramente una attesa che può rivelarsi lunga, se non addirittura vana, ma giunti fin qui non si può che evidenziare l'impegno delle istituzioni italiane per accertare la verità, non solo in sede processuale, ma anche in sede parlamentare, come testimoniano i lavori della Commissione di inchiesta sulla morte di Giulio Regeni che hanno consentito di valorizzare il lavoro compiuto dagli investigatori e raggiungere un punto fermo e indiscutibile sulle responsabilità per questo tragico evento.

---

<sup>23</sup> Come nota QUATTROCOLO, *Coerenza del sistema*, cit., l'ordinanza, nel caso di innesto nel quadro normativo di una nuova eccezione sulla procedibilità in assenza, sembra suggerire un accesso del tutto incondizionato dell'eventuale condannato ai rimedi restitutori, regolati da norme tuttavia non attinte dall'ordinanza di rimessione.

<sup>24</sup> Si può richiamare, a titolo esemplificativo, la previsione contenuta nell'art. 4-*bis* della decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo.

<sup>25</sup> Del resto, nella stessa memoria con la quale la Procura della Repubblica ha sollecitato la rimessione degli atti al Giudice delle leggi è citato un esempio che conferma che la soluzione deve essere ricercata in questa dimensione e che la prosecuzione del processo è subordinata a un diverso approccio alla materia delle autorità egiziane. Il caso al quale si riferisce la Procura di Roma riguarda gli attentati terroristici compiuti in danno di compagnie aeree statunitensi e francesi: la sintesi della vicenda dimostra che soltanto a seguito delle pressioni della comunità internazionale e dopo molti anni, la Libia decise di consegnare gli appartenenti ai suoi servizi di sicurezza, ritenuti responsabili delle azioni criminose, affinché fossero processati.



## Criptofonini e diritto di difesa

Leonardo Filippi\*

**Sommario:** 1. I criptofonini. – 2. L'ordine europeo di indagine. – 3. Le ignote modalità di acquisizione e decriptazione. – 4. Il principio di reciprocità. – 5. I precedenti giurisprudenziali. – 6. Conclusioni.

### ABSTRACT

La Corte di cassazione afferma l'utilizzabilità in Italia, come documenti informatici, dei messaggi criptati intercorsi all'estero via *chat* e ricevuti con ordine di indagine europeo, senza indicare le modalità di acquisizione e decriptazione seguite in Francia, impedendo così al giudice e alla difesa di verificare il rispetto delle norme inderogabili e dei principi fondamentali del nostro ordinamento.

*The Court of cassation affirms the usability in Italy, as computerized documents, of encrypted messages sent abroad via chat and received with a european investigation order, without indicating the methods of acquisition and decryption followed in France, thus preventing the judge and the defense to verify compliance with the mandatory rules and fundamental principles of our legal system.*

### 1. I criptofonini.

L'avvento di quel micidiale strumento che è il captatore informatico ha presto comportato la nascita di dispositivi di comunicazione inattaccabili dal *virus trojan*. I criptofonini sono proprio quei dispositivi mobili nei quali risulta tecnicamente impossibile installare un *malware*, perché sono stati modificati sia nella componente *software* sia nella componente *hardware*, attraverso specifici accorgimenti tecnici, come la disattivazione delle funzioni microfono, telecamera e GPS.

L'azienda canadese Sky Global ha creato una piattaforma di messaggistica elettronica protetta da un programma di crittografia denominato SkyECC (in quanto fondato sull'impiego della curva ellittica, che è un particolare tipo di crittografia asim-

---

\* Già Ordinario di Procedura penale presso l'Università di Cagliari.

metrica – identificata dall'acronimo ECC che sta per Elliptic Curve Cryptography). La società canadese Sky forniva ai suoi clienti dispositivi telefonici nei quali erano disabilitati GPS, microfoni e fotocamere e che permettevano di inviare e ricevere messaggi crittografati, eliminati in automatico trenta secondi dopo la ricezione o 48 ore dopo l'invio in caso di dispositivo non raggiungibile. Era inoltre disponibile una funzione "panico" che, ove attivata previo inserimento di una *password*, consentiva la cancellazione del contenuto del dispositivo. A marzo del 2021 un'indagine su un sospetto traffico di sostanze stupefacenti tra Belgio, Francia e Paesi Bassi, è stata svolta da Europol attraverso l'intercettazione e la decrittazione dei messaggi inviati e spediti da decine di migliaia di persone che si avvalevano di Sky ECC ed i relativi risultati acquisiti nei diversi Paesi mediante ordini di indagine europei.

## 2. L'ordine europeo di indagine.

Nella sentenza annotata la Corte di cassazione afferma l'utilizzabilità in Italia, come documenti informatici, dei messaggi criptati intercorsi all'estero via *chat* e ricevuti con ordine di indagine europeo. È noto che, in tema di ordine europeo di indagine, come già in precedenza per le rogatorie, è principio generale che le regole di acquisizione probatoria sono quelle del Paese di esecuzione dell'atto e non quelle del Paese richiedente, ma le attività d'indagine svolte dallo Stato estero trovano un limite invalicabile nel rispetto delle norme inderogabili e dei principi fondamentali del nostro ordinamento. Spetta, ovviamente, a chi eccede la violazione, l'onere di dimostrarla, essendo precluso all'autorità richiedente un vaglio sulla legittimità delle modalità esecutive dell'atto, ove non sia indicata una specifica modalità nella richiesta e, a maggior ragione, allorché l'atto d'indagine sia stato già compiuto nel corso di autonome iniziative dell'autorità straniera.

La giurisprudenza afferma costantemente il principio di diritto, secondo il quale l'atto di indagine compiuto all'estero sulla base della *lex loci* deve, per presunzione, considerarsi legittimo, ma si tratta di presunzione (di legittimità del mezzo istruttorio assunto all'estero) di natura soltanto relativa, dal momento che ogni elemento di prova, che dovesse essere stato acquisito in violazione di un principio fondamentale o di una norma inderogabile dell'ordinamento interno al Paese d'emissione, deve essere considerato inutilizzabile ex art. 191 c.p.p. in quanto acquisito "in violazione dei divieti stabiliti dalla legge". Nella fattispecie concreta, pertanto, il materiale probatorio, acquisito dalla Francia in vari procedimenti penali interni, può dunque essere validamente utilizzato in Italia, a condizione che l'autorità giudiziaria francese abbia assunto le *chat* scambiate su Sky ECC nel rispetto dei principi fondamentali e delle norme inderogabili del sistema normativo italiano, tra i quali spicca, il principio di legalità processuale (art. 111, comma 1, Cost.), il diritto al contraddittorio per la prova (art. 111, comma 4, c.p.p.) e sulla prova (art. 111, comma 2, Cost.), il diritto di difesa (art. 24, comma 2, Cost.) e la libertà morale della persona nell'assunzione della prova (art. 188 c.p.p.). Ma, per accertare che l'acquisizione delle *chat* da parte dell'autorità giudiziaria francese sia stata rispettosa dei principi fondamentali e delle norme inderogabili del sistema normativo italiano è ovviamente necessario conoscere le modalità di acquisizione per confrontarle con i principi fondamentali del nostro sistema. Infatti, il confronto tra le ragioni dell'accusa e le controdeduzioni della difesa può esplicitarsi appieno, in conformità all'art. 111 Cost., nella misura in cui la dialettica procedimentale

investa non solo le risultanze probatorie raccolte, ma pure il relativo procedimento acquisitivo. Del resto, il diritto di difesa e il principio al contraddittorio sono funzionali ad assicurare l'osservanza dell'altro principio fondamentale di legalità probatoria, ricavabile dall'art. 191 c.p.p. Ne consegue che, se la difesa non è stata posta in condizione di assistere fisicamente all'assunzione della prova, debba quantomeno poter verificare *ex post* la correttezza del procedimento acquisitivo degli elementi probatori raccolti, verificandosi altrimenti una nullità per lesione del diritto di difesa. E se invece, in esito alla verifica della legittimità del procedimento acquisitivo, questo dovesse risultare contrario ai principi fondamentali e alle norme inderogabili del nostro sistema normativo, gli elementi acquisiti con l'ordine europeo d'indagine sarebbero inutilizzabili in quanto acquisiti "in violazione dei divieti stabiliti dalla legge".

### 3. Le ignote modalità di acquisizione e decriptazione.

Nella fattispecie concreta non sono state rivelate né al giudice italiano, né alla difesa le modalità di acquisizione e decriptazione della messaggistica seguite in Francia, per cui è stato impossibile esercitare il contraddittorio e il diritto di difesa, ma verrebbe da dire che non sarebbe nemmeno possibile la giurisdizione italiana.

Secondo l'orientamento dominante della Corte di cassazione, spetta al ricorrente indicare specificamente quale atto sia viziato, da quale vizio sia colpito e la rilevanza probatoria di questo nel ragionamento giudiziale ai fini della prova di resistenza. Ma se gli atti investigativi compiuti in Francia non sono ostesi né al giudice italiano, né alla difesa, tale onere di allegazione diventa impossibile.

È risaputo che già Karl Popper riconosceva che un'ipotesi o una teoria ha carattere scientifico soltanto quando è suscettibile di essere smentita dai fatti dell'esperienza, cioè il carattere scientifico di una teoria è la sua falsificabilità o controllabilità, la possibilità, cioè, di sottoporre la teoria a controllo, procedendo per congetture e successive confutazioni. Ma se al giudice e alla difesa è tenuto nascosto come si è acquisita una prova all'estero, il diritto di difesa e prima ancora l'accertamento giudiziale della veridicità e della legittimità della prova stessa è impossibile. Invece, la sentenza in esame assume un atteggiamento fideistico nei confronti della prova acquisita all'estero, dimenticando che in tanto essa è ammissibile in Italia in quanto sia conforme ad un atto ammesso dal nostro ordinamento. Ma se ignoriamo quale atto è stato compiuto all'estero, come possiamo confrontarlo con l'omologo atto italiano? Ad esempio, dalla pronuncia commentata sembrerebbe acquisita solo la trascrizione cartacea dei messaggi e non il supporto sul quale la conversazione è registrata: ciò impedisce alla difesa, ma prima ancora al giudice, di accertare il tipo di atto compiuto, la sua legittimità, la autenticità della comunicazione cioè che non sia frutto di manipolazioni o fonomontaggi. Ancora, dalla stessa sentenza non è dato sapere né quale atto di indagine è stato compiuto in Francia per acquisire le *chat*, né in che modo si siano reperite le chiavi di cifratura, né con quali codici i messaggi siano stati decriptati. Tutti tali atti investigativi sono tenuti ignoti alla difesa, e prima ancora al giudice italiano: ma la giustizia e la difesa non possono avere un atteggiamento fideistico sull'investigazione straniera, anche perché l'atto straniero è utilizzabile soltanto nel rispetto dei principi fondamentali e delle norme inderogabili del sistema normativo italiano.

La difesa, ricorrendo in cassazione, sostiene che l'unica modalità tecnicamente possibile è che la polizia francese abbia potuto decriptare la corrispondenza scam-

biata sulla piattaforma Sky ECC, di proprietà della società canadese Sky Global, soltanto dopo aver avuto accesso alle chiavi di cifratura dei messaggi. Ma le conversazioni avvenute via *chat* tra i criptofonini prodotti dalla Sky Global e utilizzati dagli indagati erano, per dichiarazione della stessa società, impenetrabili persino per lo stesso *server*, che si limitava ad inviare il messaggio, senza registrarlo, ed anche il singolo criptofonino era inaccessibile, senza conoscerne la chiave d'accesso, persino alla stessa Sky Global ECC, che quindi non poteva leggere e, tanto meno, registrare i messaggi scambiati tra i propri clienti (tra l'altro, la registrazione avrebbe richiesto un *server* con una memoria gigantesca). Ma non si può escludere che il *server* o il singolo criptofonino potesse anche registrare i messaggi: in questo caso sarebbe stato compiuto un atto misto (intercettazione di messaggi in corso e acquisizione di *chat* pregresse) senza intervento e anzi all'insaputa del gestore del servizio di telecomunicazioni, atto ibrido che non è ammesso nel nostro ordinamento.

È chiaro che l'accusa avrebbe dovuto indicare al giudice e alla difesa le modalità sia di acquisizione delle *chat*, sia di decriptazione dei messaggi e, secondo la ricorrente difesa, non lo ha fatto all'evidente fine di occultare l'impiego del *trojan horse* inoculato nei *server* noleggiati in Francia dalla società di telecomunicazioni canadese: sarebbe questa l'unica tecnica in grado di penetrare il sistema criptato. Infatti, secondo la ricorrente difesa, l'unica possibile modalità acquisitiva di tale messaggistica criptata sarebbe quella per cui il criptofonino, una volta riconosciuto dal *server* sul quale è stato inoculato il captatore informatico, abbia ricevuto dal *trojan* una notifica *push* (per cui il messaggio perviene al destinatario senza che questo debba effettuare un'operazione di scaricamento) che induce a trasmettere in modo automatico le proprie chiavi di cifratura.

#### 4. Il principio di reciprocità.

È risaputo che, ai sensi dell'art 6 della direttiva n. 2014/41/UE, “L'autorità di emissione può emettere un O.I.E. solamente quando...l'atto o gli atti di indagine richiesti nell'O.I.E. avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo”, in ossequio al principio di reciprocità, al fine di evitare che le prove raccolte all'estero, in conformità all'ordinamento straniero, possano eludere i divieti di acquisizione probatoria stabiliti dalla legge processuale interna, divenendo utilizzabili ai fini decisori nel Paese di emissione.

La disciplina interna italiana consente ex art. 266, comma 2-*bis*, c.p.p., l'“inserimento di captatore informatico su dispositivo elettronico portatile” e non su apparati fissi, come il *server*, per cui in Italia non è ammessa una procedura come quella che sembrerebbe seguita dalla polizia giudiziaria francese di acquisizione di dati direttamente dal *server* mediante captatore informatico e all'insaputa del gestore del servizio. Né può addivenirsi ad un'interpretazione estensiva o analogica della disposizione interna appena menzionata giacché si tratta di disposizione eccezionale in quanto limitativa della fondamentale segretezza delle comunicazioni, presidiata non solo dall'art. 15 Cost. al supremo livello nazionale, ma anche sul piano sovranazionale (art. 17 Patto internazionale sui diritti civili e politici, art. 7 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - la c.d. Carta di Nizza - e art. 8 Conv.e.d.u.).

## 5. I precedenti giurisprudenziali.

Sulla stessa identica fattispecie concreta la Corte di cassazione si è pronunciata diverse volte. Dapprima la suprema Corte ha precisato che è necessario rendere conoscibile alla difesa il carteggio afferente al procedimento *a quo* francese, da cui erano rifluiti i dati poi acquisiti nell'ambito di numerosi procedimenti penali interni, i dati criptati originali che sostanziavano le *chat* di interesse investigativo, intercorse su Sky ECC e le chiavi di cifratura ad esse abbinate (Sez. I, ud. 1° luglio 2022 (dep. 15 settembre 2022), n. 34059). In un successivo arresto, ma nell'identica fattispecie criminosa, la Corte di legittimità ha ribadito gli stessi principi, osservando che “si tratta di messaggistica acquisita attraverso l'accesso ai server di Sky ECC (sistema di produzione canadese di proprietà della società Sky Global, specializzata nella fornitura di strumenti di comunicazione sicura e protetta da un sistema di codifica dei dati, .... Le chat sono state formalmente acquisite al fascicolo tramite ordine europeo di indagine. Ma, [...] rimane ferma la necessità di valutare, nell'ambito sia del procedimento principale che del procedimento incidentale de libertate, che le modalità di acquisizione di tale messaggistica non siano in contrasto con norme inderogabili e principi fondamentali del nostro ordinamento. Ciò comporta la conoscenza delle modalità di acquisizione del detto materiale [...] occorre sottolineare come il principio del contraddittorio implichi che la dialettica procedimentale non si espliciti soltanto relativamente al vaglio del materiale acquisito ma si estenda alle modalità di acquisizione del predetto materiale”. E ancora il supremo Collegio aggiunge che “Le modalità di acquisizione del materiale probatorio rilevano, inoltre, nell'ottica della valutazione della valenza epistemica di quest'ultimo, sotto il profilo, per quanto inerisce alla specifica problematica *sub iudice*, della corrispondenza della testualità di tale messaggistica al tenore letterale dei messaggi originariamente inviati e ricevuti nonché delle utenze dei mittenti e dei destinatari individuati con quelli effettivi”. La Corte di cassazione conclude che “tutto ciò comporta imprescindibilmente la possibilità di conoscere le modalità di svolgimento dell'attività investigativa svolta e il procedimento di acquisizione di tale messaggistica, onde consentire la piena esplicazione del diritto di difesa, attraverso l'instaurazione di una proficua dialettica procedimentale in ordine ad ogni profilo di ritualità, rilevanza, attendibilità e valenza dimostrativa che possa venire in rilievo, nell'ottica dell'imputazione [...]” (Sez. IV, ud. 15.7.2022, n. 32915/2022).

## 6. Conclusioni.

In definitiva, la sentenza si pone in contrasto con il precedente indirizzo giurisprudenziale in tema di garanzie da rispettare nell'esecuzione dell'ordine europeo di indagine e perciò non può essere condivisa per una serie di considerazioni.

Anzitutto, l'impossibilità per il giudice e la difesa di conoscere le modalità di acquisizione e decriptazione dei messaggi, a parte la menomazione della sfera di conoscenza del giudice, provoca una nullità del procedimento di acquisizione probatoria riguardante l'intervento e l'assistenza dell'imputato.

Inoltre, non è legittima né un'acquisizione, né una decriptazione all'estero del contenuto delle *chat* avvenuta con modalità sconosciute e che in Italia potrebbero non essere ammesse, come verosimilmente avvenuto in Francia, cioè mediante inoculazione del *virus trojan* nei server anziché nei dispositivi elettronici portatili o con atti

di tipo misto, cioè lo stesso captatore compie un'intercettazione insieme all'acquisizione di dati telematici.

A questo primo profilo di illegittimità si aggiunge qualche perplessità sulla lealtà della tecnica utilizzata in Francia, se fosse vero, come la difesa ricorrente sostiene, che i *server* e i criptofonini sarebbero stati penetrati con l'inganno, violando la libertà morale del gestore del servizio di telecomunicazioni e degli stessi utenti e influenzando sulla loro libertà di autodeterminazione, in violazione dell'art. 188 c.p.p., dato che il *troian* sarebbe stato utilizzato per inviare una notifica *push* ai singoli criptofonini, che per l'effetto avrebbero trasmesso in modo automatico le proprie chiavi di cifratura, decriptando così il loro occulto contenuto, contro la volontà degli utenti del servizio e dello stesso gestore.

Inoltre, non è concepibile confondere i risultati dell'attività di indagine consistente nell'acquisizione dei messaggi scambiati via *chat* con i documenti informatici, stante la ben nota differenza tra atti e documenti. Perciò, le *chat* intercorse sulla piattaforma Sky ECC, non possono essere considerate documenti perché sono le risultanze di un'attività di indagine, addirittura limitativa della segretezza delle comunicazioni, e pertanto non possono essere acquisite in Italia a norma dell'art. 234-*bis* c.p.p. È fuorviante l'interpretazione giurisprudenziale che considera il contenuto dei messaggi captati quale documento informatico quando si tratta invece, chiaramente, del risultato di un'indagine penale, sia pure di diverso procedimento. Com'è noto, il legislatore distingue l'ambito dei documenti da quello degli atti, nel senso che i documenti sono formati fuori del procedimento, e devono essere acquisiti al processo per poter assumere rilevanza probatoria, mentre gli atti sono formati all'interno del procedimento stesso, come l'acquisizione di dati che sono un tipico mezzo di ricerca della prova.

Infine, la sentenza non può condividersi laddove afferma che il legittimo titolare di tali dati informatici dovrebbe considerarsi il Tribunale di Parigi, avendo questo ufficio giudiziario proceduto al sequestro dei *server* di proprietà della *Sky Global*, posizionati in territorio francese e quindi il consenso di detto Tribunale alla loro acquisizione dovrebbe ritenersi implicitamente sussistente. Non è infatti possibile considerare come legittimo titolare il Tribunale di Parigi e non l'utente che ha generato il dato immettendolo in rete (*cloud consumer*) o il gestore dei dati (*hosting service provider*). In realtà il tribunale di Parigi sembrerebbe aver ottenuto i dati telematici sorprendendo la buona fede e contro la volontà sia degli utenti dei criptofonini, sia del gestore del servizio. L'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali U.E. stabilisce che i dati di carattere personale "devono essere trattati secondo il principio di lealtà" e la disposizione trova applicazione non solo nei confronti del gestore del servizio di telecomunicazioni ma anche di chiunque acceda ai dati, per cui risulta alquanto difficile immaginare che possa considerarsi "legittimo titolare", abilitato a prestare il consenso all'acquisizione, chi ne è entrato disinvoltamente in possesso violando la libertà morale della persona, che è uno dei capisaldi del diritto probatorio italiano, sanzionato con l'inutilizzabilità dall'art. 188 c.p.p. Tali dubbi e lacune non possono dimostrare il rispetto dei principi fondamentali e delle norme inderogabili del sistema normativo italiano e quindi escludono l'utilizzabilità in Italia degli atti investigativi francesi. Infatti, tali carenze incrinano la presunzione (relativa) di legittimità dell'atto francese e portano a concludere che sussiste più che un "ragionevole dubbio" sulla colpevolezza, asserita con modalità così discutibili, degli imputati; è ormai pacificamente riconosciuto che

tale criterio di giudizio deve operare anche nella fase delle indagini preliminari (in tal senso, da ultimo, Sez. I, c.c. 31.3.2023 (dep. 5.5.2023), n. 191077/2023, Zuncheddu).

In conclusione, si tratta di una pronuncia davvero deludente, perché oblitera, sull'altare della bulimia investigativa, fondamentali valori costituzionali e convenzionali come il principio di legalità processuale (art. 111, comma 1, Cost.), il diritto al contraddittorio per la prova (art. 111, comma 4, c.p.p.) e sulla prova (art. 111, comma 2, Cost.), il diritto di difesa (art. 24, comma 2 Cost.) e la libertà morale della persona nell'assunzione della prova (art. 188 c.p.p.).





# Un “messaggio in bottiglia” della Corte costituzionale in materia di epiloghi decisori del giudizio di legittimità avverso l’ordinanza di inammissibilità dell’istanza di revisione

Gaetano Galluccio Mezio\*

**Sommario:** **1.** La recente sentenza n. 103/2023 della Corte costituzionale. – **2.** L’indirizzo interpretativo del giudice di legittimità oggetto di scrutinio. – **3.** I quesiti posti all’attenzione del giudice delle leggi. – **4.** La declaratoria d’inammissibilità della questione di legittimità costituzionale. – **5.** Il “messaggio in bottiglia” affidato dalla Consulta alle pagine della propria motivazione. – **6.** Scenari futuri. – **7.** Considerazioni conclusive.

## ABSTRACT

Lo scritto esamina una recente pronuncia della Corte costituzionale, le cui considerazioni motivazionali sono l’occasione per interrogarsi sull’indirizzo venuto recentemente in auge nella giurisprudenza di cassazione in materia di epiloghi decisori del giudizio di legittimità innescato da ricorso avverso l’ordinanza d’inammissibilità dell’istanza di revisione.

*The essay examines a recent decision by the Constitutional Court which raises serious issues about Supreme Court’s case law on post conviction challenges.*

## 1. La recente sentenza n. 103/2023 della Corte costituzionale.

Una recente sentenza della Corte Costituzionale<sup>1</sup> propone interessanti spunti di riflessione in materia di epiloghi decisori del giudizio di cassazione innescato dal ricorso avverso l’ordinanza di inammissibilità dell’istanza di revisione, pronunciata ai sensi dell’art. 634 comma 1 c.p.p.

Le ragioni di interesse per la decisione menzionata non dipendono dalla natura del provvedimento assunto, avendo il giudice delle leggi dichiarato l’inammissibilità della questione sollevata. Piuttosto, esse promanano dalle peculiarità della fattispecie alla base della questione di legittimità proposta e dall’inconsueto rilievo argomentativo che la Consulta affida a un *obiter dictum* della propria motivazione, lasciando chiaramente intendere come la norma censurata, alla luce dell’indirizzo giurisprudenziale sedimentatosi nel diritto vivente, si presti a seri dubbi di legittimità costituzionale.

---

\* Avvocato del Foro di Roma.

<sup>1</sup> Corte cost., sentenza, 25 maggio 2023, n. 103.

La decisione richiamata, dunque, se da un lato omette di affrontare nel merito il quesito sottoposto dal giudice *a quo*, a cagione della sua irrilevanza nel corrispondente giudizio, dall'altro contiene un esplicito riconoscimento della non manifesta infondatezza dei profili di illegittimità rilevati dal giudice rimettente.

Se anche la sentenza non può qualificarsi un provvedimento monito, non sfugge al lettore il vero e proprio “messaggio in bottiglia” indirizzato dalla Consulta agli interpreti.

Al fine di mettere a fuoco i termini della decisione e di meglio comprendere i corollari che da essa possono trarsi per il futuro, occorre fare un passo indietro e richiamare l'indirizzo interpretativo della giurisprudenza di legittimità che è alla base dei profili di incostituzionalità sottoposti all'esame del giudice delle leggi.

## 2. L'indirizzo interpretativo della giurisprudenza di legittimità oggetto di scrutinio.

Com'è noto, l'art. 634 c.p.p. prevede che il giudice della revisione, allorché ritenga manifestamente infondata l'impugnazione straordinaria, possa dichiararne – anche d'ufficio e, quindi, con provvedimento assunto *de plano*<sup>2</sup> – l'inammissibilità, a mezzo di apposita ordinanza.

Legittimati a impugnare tale provvedimento sono – se non coincidenti – il condannato e il soggetto che ha proposto l'istanza di revisione, attraverso la proposizione di ricorso per cassazione.

Nel caso di accoglimento del suddetto ricorso, il comma 2 della stessa disposizione di legge prevede espressamente, quale effetto delle modifiche intervenute con l'entrata in vigore dell'art. 1 comma 2, L. 23 novembre 1998, n. 405, che «la Corte di cassazione rinvia il giudizio di revisione ad altra Corte di appello individuata secondo i criteri di cui all'articolo 11».

Tale previsione è strettamente correlata alla disciplina della competenza in ordine all'impugnazione straordinaria stabilita a mente dell'art. 633 comma 1 c.p.p., così come risultante dalla rimodulazione legislativa operata nell'ambito dello stesso intervento riformatore appena citato.

L'art. 1 comma 1, L. 23 novembre 1998, n. 405, ha, infatti, stabilito che la richiesta di revisione debba essere presentata «nella cancelleria della Corte di appello individuata secondo i criteri dell'art. 11».

Evidente la *ratio* dell'intervento legislativo sopra richiamato: esso mira a rafforzare la garanzia di imparzialità del giudice della revisione, quale rimedio straordinario all'errore giudiziario. Tale obiettivo è stato ritenuto meglio assicurato attribuendo la potestà a decidere sull'istanza di revisione a un giudice situato in un distretto diverso da quello in cui è stato assunto il provvedimento oggetto di impugnazione straordinaria, individuato attraverso il rinvio ai criteri tabellari previsti per i procedimenti riguardanti i magistrati.

---

<sup>2</sup> In tal senso, Sez. un., 26 settembre 2001, n. 624, in *Cass. Pen.* 2002, 1952 ss.; Sez. III, 9 luglio 2015, n. 34945; Sez. V, 27 aprile 2022, n. 16218; *contra* ma rimasta isolata, Sez. III, 22 gennaio 2003, n. 11040, in *Dir. pen. proc.* 2006, 580 con nota di leo.

La vigente sagomatura dell'art. 634 comma 2 c.p.p., rispetto alla norma attributiva della competenza appena richiamata, configura, quindi, una tutela dell'imparzialità del giudice ulteriore e aggiuntiva, attraverso l'esplicita deroga alla regola, sancita dall'art. 623 comma 1 lett. a) c.p.p., secondo cui, in caso di annullamento da parte della Corte di cassazione di un'ordinanza, il giudizio di rinvio è destinato a svolgersi presso il medesimo ufficio giudiziario che l'ha emanata.

Non è azzardato affermare che anche questa previsione fornisce dimostrazione della peculiare sensibilità – di marca schiettamente liberale – dell'ordinamento rispetto all'esigenza di emendare eventuali errori giudizio, tradottisi in una condanna iniqua.

Sotto il profilo assiologico, essa rappresenta il diretto portato del valore prioritario che viene attribuito alla libertà personale e ai diritti individuali rispetto ad ogni altro interesse tutelato dall'ordinamento, ivi inclusa, la certezza dei rapporti giuridici e l'intangibilità del giudicato, nonché della configurazione del *ne bis in idem* come garanzia *ad personam* ad efficacia meramente preclusiva<sup>3</sup>.

In questo contesto si è venuto affermando, nella giurisprudenza di legittimità, un orientamento interpretativo che ha inteso fortemente rastremare l'ambito di applicabilità della disposizione in questione.

Si è, in particolare, stabilito che la regola sancita dal citato art. 634 comma 2 c.p.p. non si applichi nel caso in cui l'annullamento della declaratoria di inammissibilità dell'istanza di revisione, pronunciata ai sensi dell'art. 634 comma 1 c.p.p., debba essere disposto dalla Corte di cassazione in dipendenza di una valutazione del giudice di merito esorbitante il vaglio preliminare di non manifesta infondatezza della revisione in rapporto alla astratta idoneità dei *nova* offerti in valutazione a rimuovere il giudicato, a mente dell'art. 631 c.p.p.<sup>4</sup>.

In questo caso, secondo tale orientamento, il provvedimento che il giudice di legittimità sarebbe tenuto ad assumere si compendierebbe, infatti, nell'annullamento senza rinvio dell'ordinanza impugnata, con conseguente restituzione degli atti alla

<sup>3</sup> Nel senso che il *ne bis in idem* costituisca un «diritto civile e politico dell'individuo», tra molte, v. Sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, Donati e altro, in *Cass. pen.*, 2006, 68. Analogamente, per tutti, v. PISANI, *Abolito criminis e sospensione condizionale della pena in sede esecutiva*, in *Cass. pen.*, 2004, 2186; GALANTINI, *Il divieto del doppio processo come diritto della persona*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1981, 97. Più di recente si veda Sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, in *Cass. pen.*, 2015, ss. Nel senso che esso costituisca un aspetto caratteristico della procedura penale pressoché universale ed esistente in tutti i Paesi di tradizione liberale, v. DE LUCA, *Limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, 73 ss.; LOZZI, *Giudicato (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1969, 913 ss. Si veda anche E. M. MANCUSO, *Il giudicato nel processo penale*, Giuffrè, 2012, 505 ss.; nonché GALANTINI, *Il principio del ne bis in idem internazionale nel processo penale*, Giuffrè, 1984, 3, nt. 6.

<sup>4</sup> La giurisprudenza ha, del resto, ormai compattamente chiarito come «la delibazione prognostica, proprio per la sua intrinseca natura e connotazione, non può, tuttavia, tradursi in un'approfondita valutazione probatoria dei fatti e in un'illegittima anticipazione del conclusivo giudizio di merito, che va effettuato con le garanzie del contraddittorio e alla stregua di una dimostrazione di fondatezza delle ragioni poste a base della domanda secondo la più ampia regola liberatoria stabilita dall'art. 631, in riferimento a tutte le fattispecie assolutorie stabilite dall'art. 530 c.p.p.». Così, Sez. I, 25 febbraio 2011, n. 37194; nello stesso senso, tra molte, Sez. II, 26 aprile 2022, n. 24324; Sez. VI, 16 gennaio 2019, n. 13825; Sez. V, 26 giugno, 2018, n. 44925; Sez. IV, 26 aprile 2018, n. 24436; Sez. I, 9 maggio 2017, n. 42237; Sez. III, 16 dicembre 2014, n. 282.

stessa Corte di appello che ha emesso il provvedimento viziato, per l'ulteriore corso del procedimento di revisione.

Laddove invece il provvedimento demolitorio facesse seguito alla rilevazione di altro tipo di vizio e, in particolare, all'erroneo disconoscimento, da parte del giudice di merito, dell'integrazione di una delle ipotesi tassative di cui all'art. 630 c.p.p., esso assumerebbe la forma dell'annullamento con rinvio, con applicazione del disposto di cui all'art. 634 comma 2 c.p.p.

Tale distinguo è stato inaugurato da una decisione della Terza Sezione della Suprema Corte intervenuta nell'anno 2019<sup>5</sup> cui si sono, successivamente, “adeguate” diverse altre sentenze<sup>6</sup>.

In nessuna delle decisioni menzionate si rintraccia un approfondito scrutinio critico delle ragioni alla base di tale posizione esegetica.

In maniera piuttosto laconica si è, infatti, soltanto precisato che la distinzione risulterebbe confortata dalla struttura sostanzialmente bifasica del giudizio di revisione che si comporrebbe di una fase cosiddetta “rescindente” – nel senso fatto proprio dalle sentenze citate, deputata alla preliminare delibazione di ammissibilità dell'istanza – e in una fase “rescissoria”, riservata all'esame nel merito delle doglianze.

Tale natura “duale” del giudizio di revisione imporrebbe al giudice di cassazione di disporre l'annullamento senza rinvio della declaratoria di inammissibilità, pronunciata a mente dell'art. 634 comma 1 c.p.p., nel caso in cui alla decisione della Corte dovesse seguire la trasmissione degli atti al medesimo giudice *a quo* «per un rinnovato giudizio relativamente alla fase rescindente»<sup>7</sup>, avente ad oggetto «la preliminare delibazione sulla non manifesta infondatezza della richiesta, con riferimento alla astratta capacità demolitoria del giudicato, rilevabile *ictu oculi*, da parte del *novum* dedotto»<sup>8</sup>.

Al contrario, dovrebbe procedersi ad annullamento con rinvio ad altra Corte di appello, individuata secondo i criteri di cui all'art. 11 c.p.p., solo qualora la decisione della Corte di cassazione imponesse lo svolgimento «del giudizio rescissorio»<sup>9</sup>.

È proprio la presa d'atto del consolidamento di tale indirizzo interpretativo che ha sollecitato il giudice rimettente a “provocare” l'incidente di costituzionalità di cui si è dato atto in apertura del precedente paragrafo.

### 3. I quesiti posti all'attenzione del giudice delle leggi.

Il giudice rimettente solleva due distinte questioni che pare opportuno trattare separatamente.

In primo luogo, dubita della legittimità dell'art. 634 comma 2 c.p.p. «così come risultante dall'interpretazione innovativa adottata dalla [...] Corte di cassazione»<sup>10</sup>, per violazione degli artt. 3, 25 comma 1 e 111 comma 2 Cost.

<sup>5</sup> Sez. III, 17 luglio 2019, n. 43121.

<sup>6</sup> Sez. V, 11 dicembre 2020, n. 6979; Sez. II, 3 febbraio 2021, n. 19648; Sez. II, 26 aprile 2022, n. 24324.

<sup>7</sup> Sez. III, 17 luglio 2019, n. 43121.

<sup>8</sup> Sez. III, 17 luglio 2019, n. 43121.

<sup>9</sup> Sez. III, 17 luglio 2019, n. 43121.

<sup>10</sup> Corte cost., sentenza, 25 maggio 2023, n. 103.

La questione di legittimità costituzionale devoluta postula che la disposizione legislativa censurata sia oggetto di interpretazione consolidata e che questa conduca a “estrarre” dal tessuto positivo una norma collidente con i parametri costituzionali soprarichiamati.

Come accennato, tre sono i profili di censura esplicitamente dedotti.

La violazione del principio del giudice naturale preconstituito per legge viene ipotizzata in quanto, «nel caso di accoglimento del ricorso avverso l’ordinanza di inammissibilità emessa *de plano*, il giudice investito del giudizio di revisione muterebbe in base alle valutazioni compiute di volta in volta dalla Corte di cassazione, non conoscibili in anticipo»<sup>11</sup>.

La violazione del principio di ragionevolezza conseguirebbe, invece, al trattamento differenziato di situazioni omogenee.

Non sussisterebbe, difatti, alcuna ragionevole giustificazione nell’escludere il riconoscimento della rafforzata tutela dell’imparzialità del giudice assicurata dall’art. 634 comma 2 c.p.p. nel caso in cui l’ordinanza di inammissibilità, pronunciata *inaudita altera parte*, sia cassata dal giudice di legittimità perché contenente una non consentita anticipazione del giudizio di merito. Specie in considerazione del fatto che, invece, tale garanzia verrebbe riconosciuta in casi in cui l’annullamento dipenda da valutazioni del giudice *a quo* non implicanti la formazione di un pre-giudizio in ordine alle possibilità di successo dell’impugnazione straordinaria.

Identiche considerazioni sarebbero, infine, alla base della violazione dell’art. 111 comma 2 Cost., sotto il profilo specifico del principio di imparzialità.

Quanto alla seconda questione di costituzionalità posta dal rimettente, si censura l’art. 627 comma 3 c.p.p. «nella parte in cui obbliga il giudice di rinvio a uniformarsi alla sentenza della Corte di cassazione per ciò che concerne ogni questione di diritto con essa decisa, anche quando tale pronuncia non è meramente interpretativa, ma di fatto sovrascrive la norma creandone una nuova e diversa, talora di fatto abrogandola»<sup>12</sup>, per contrasto con gli artt. 70 e 101 Cost.

In questo caso, si sottolinea come l’interpretazione dell’art. 634 comma 2 c.p.p., codificata dalla giurisprudenza di legittimità, risulti eversiva dell’esegesi letterale della norma che non opera alcuna distinzione tra i casi di annullamento dell’ordinanza di inammissibilità *de plano*, vincolando il giudice di legittimità, in tutte le ipotesi di «accoglimento del ricorso», a disporre il rinvio ad altra Corte di appello, secondo i criteri di cui all’art. 11 c.p.p.

Tale rilievo conduce a ritenere l’obbligo di conformazione al principio di diritto elaborato dal giudice di legittimità, sancito dall’art. 627 comma 3 c.p.p., illegittimo in quanto contrastante sia con l’art. 70 Cost., che attribuisce la funzione legislativa alle Camere, sia con l’art. 101 Cost., che stabilisce la sottoposizione del giudice alla legge.

Gli arresti della giurisprudenza di legittimità vengono, così, qualificati come esorbitanti l’attività interpretativa e conducenti a operare una sorta di sostituzione del significato semantico della disposizione – o, persino, di “sovrascrittura” del testo di legge – con una norma di nuovo conio.

<sup>11</sup> Corte cost., sentenza, 25 maggio 2023, n. 103.

<sup>12</sup> Corte cost., sentenza, 25 maggio 2023, n. 103.

#### 4. La declaratoria d'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale.

La Corte costituzionale ha ritenuto le due questioni sollevate inammissibili per difetto di rilevanza.

Segnatamente, si è rilevato come nessuna delle due disposizioni censurate fosse destinata a trovare applicazione nel giudizio *a quo*.

Nel caso dell'art. 634 comma 2 c.p.p., si rileva trattarsi di disposizione normativa destinata a governare l'epilogo del giudizio di cassazione e, dunque, a ricevere diretta applicazione esclusivamente da parte della Suprema Corte.

Nel caso dell'art. 627 comma 3 c.p.p., sono due i rilievi che conducono all'identico esito.

Il primo concerne la rilevazione dell'errore compiuto dal giudice rimettente nell'individuazione della norma sospettata di illegittimità costituzionale.

La Corte di appello rimettente era stata investita del giudizio di revisione in conseguenza di un precedente annullamento senza rinvio operato dalla Corte di cassazione. Quest'ultima, in linea con l'indirizzo giurisprudenziale criticato dal giudice *a quo*, aveva cassato la precedente ordinanza di inammissibilità *de plano*, rilevando che il giudizio preliminare di astratta idoneità dell'istanza di revisione avesse debordato dai limiti consentiti nell'ambito della cosiddetta fase rescindente, finendo con l'assumere il tenore di una disamina del merito dell'impugnazione, consentita solo all'esito del contraddittorio tra le parti.

Da qui l'inapplicabilità dell'art. 627 comma 3 c.p.p., in quanto disposizione disciplinante, in via esclusiva, il giudizio di rinvio e non quello conseguente ad annullamento senza rinvio.

Si aggiunge che, quand'anche si versasse in tema di giudizio di rinvio, non sarebbe il vincolo di conformazione al precedente interno, di cui al comma 3 dell'art. 627 c.p.p., a venire in rilievo, bensì il principio di irrettrattabilità del foro commissorio, di cui al comma 1 della stessa disposizione di legge.

Si tratta di osservazioni che, indubbiamente, colgono nel segno.

Va, tuttavia, osservato che, al netto dell'equivoco in cui è incorso il giudice rimettente nella corretta individuazione del comma dell'art. 627 c.p.p. da censurare, qualche perplessità suscita l'implicita delimitazione, che sembrerebbe trarsi dalle parole della Consulta, della portata vincolante del foro commissorio ai soli casi di annullamento con rinvio.

Se infatti nessuna norma positiva stabilisce tale regola con riferimento all'ipotesi dell'annullamento senza rinvio, è lecito dubitare che il giudice di merito al quale la Corte di cassazione esplicitamente indirizzasse gli atti per l'ulteriore corso del procedimento sia legittimato a declinare la propria competenza.

La natura di organo di vertice dell'ordinamento giudiziario e del sistema delle impugnazioni penali della Suprema Corte e la correlata assenza di strumenti di impugnazione (ordinari) delle sue decisioni, implica che le sue sentenze configurino un accertamento definitivo sulla materia controversa, come tale non ulteriormente riponibile in discussione<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> *Ex plurimis*, Corte cost., sentenza, 5 luglio 1995, n. 294.

Pertanto, nel caso in cui dalla scelta del provvedimento terminativo del giudizio di legittimità la Suprema Corte abbia esplicitamente fatto discendere delle conseguenze in punto di individuazione del giudice competente per l'ulteriore corso del procedimento, è quantomeno opinabile sostenere che una simile statuizione non espliciti un effetto preclusivo sullo spettro dei poteri a disposizione del giudice di merito, in assenza di nuovi elementi che possano condurre a una diversa considerazione delle norme attributive di competenza.

Tale conclusione, peraltro, non pare doversi necessariamente correlare a una lettura estensiva o analogica di quanto disposto dall'art. 627 comma 1 c.p.p., in quanto costituente diretto corollario del connotato di irrevocabilità e incensurabilità tipico delle decisioni della Corte di cassazione<sup>14</sup>.

Non si trascuri, inoltre, di rilevare come l'art. 25 c.p.p., senza operare distinzioni di sorta, preveda espressamente la portata vincolante della decisione della Corte di cassazione sulla giurisdizione o sulla competenza, in difetto di *nova*.

Se è vero che la disposizione citata è specificamente dettata con riferimento alle questioni di giurisdizione e di competenza che siano state lo specifico oggetto della decisione di legittimità, non è men vero che essa rappresenti un utile addentellato normativo per regolare situazioni – come il caso di specie – che sfuggono a una regolamentazione legislativa di dettaglio e, comunque, il punto di emersione positivo di un principio generale immanente nel sistema delle impugnazioni penali.

Per tali ragioni, anche se nel caso di specie il giudice rimettente ha certamente errato nel censurare formalmente l'art. 627 comma 3 c.p.p., in luogo del comma 1 della stessa disposizione, e nel non richiamare la natura di regola deducibile dai principi generali dell'ordinamento processuale della irretrattabilità del foro commissorio, non pare azzardato esprimere minori certezze di quelle ostentate dal giudice delle leggi nel qualificare come irrilevante la seconda questione posta alla sua attenzione, forse meritevole di qualche riflessione aggiuntiva.

## 5. Il “messaggio in bottiglia” affidato dalla Consulta alle pagine della propria motivazione.

Come accennato, le ragioni di maggior interesse della pronuncia costituzionale in esame non sono, però, da ravvisarsi nel suo esito decisorio ma, piuttosto, nell'*obiter dictum* riportato dal giudice delle leggi quasi in chiusura della motivazione.

<sup>14</sup> In questo senso, sembrerebbe peraltro muoversi un ampio filone giurisprudenziale, secondo quale: «le sentenze della Corte di cassazione, anche se delle singole sezioni, non sono impugnabili. Ne consegue che la Corte di cassazione, nel verificare le sentenze di un giudice d'appello emesse a seguito di un annullamento di precedente sentenza, con o senza rinvio, non può mai mutare le precedenti statuizioni contenute nella precedente sentenza di annullamento, neppure relativamente alle nullità eventualmente verificatesi in fase antecedenti, ormai coperte dal giudicato». Così, Sez. VI, 15 febbraio 1994, n. 5617. In senso analogo, più di recente, v. Sez. V, 12 ottobre 2017, n. 53200, in parte motiva, secondo cui «il giudice a cui gli atti vengono trasmessi a seguito di sentenza emessa ex art. 620 c.p.p., è obbligato a uniformarsi alla sentenza della Corte di cassazione per quanto concerne ogni questione di diritto con essa decisa»; nonché Sez. III, 26 novembre 2019, n. 8780.

Dopo avere ricostruito i termini della questione di costituzionalità formulata rispetto all'art. 634 comma 2 c.p.p., a partire dall'indirizzo della giurisprudenza di legittimità in precedenza tratteggiato, si segnala infatti esplicitamente come «le censure della Corte rimettente colgono effettivi profili problematici dell'orientamento interpretativo in questione».

Affermazione, questa, che prelude a più ampie riflessioni del giudice costituzionale.

Punto di partenza è la constatazione secondo cui la riscrittura legislativa delle norme attributive della competenza per il giudizio di revisione (artt. 633 comma 1 e 634 comma 2 c.p.p.), attraverso l'innesto di un esplicito rinvio ai criteri tabellari di cui all'art. 11 c.p.p., pur non integrando una «soluzione costituzionalmente necessaria ai fini del rispetto del principio di imparzialità», certamente configurino un «più ampio e incisivo»<sup>15</sup> strumento di attuazione di tale principio.

Ne discende che il distinguo, fattosi strada nel diritto vivente, tra annullamento con rinvio e annullamento senza rinvio, quale criterio idoneo a delimitare l'applicabilità della previsione di cui all'art. 634 comma 2 c.p.p. solo al primo caso, «non appare coeso con la *ratio legis*»<sup>16</sup>.

Ciò in quanto «reputando manifestamente infondata la richiesta di revisione sulla base di un approfondito vaglio di merito dei nuovi elementi (pure non consentito nella fase rescindente), la Corte d'appello si “espone” di più, in termini di manifestazione del proprio convincimento, che non dichiarando la stessa richiesta inammissibile sulla base, ad esempio, di un errore di diritto nella lettura del concetto di «nuove prove» rilevanti ai sensi dell'art. 630, comma 1, lettera c), cod. proc. pen.; ipotesi nella quale la Cassazione annullerebbe la pronuncia con rinvio per l'espletamento della fase rescisoria, con conseguente operatività della regola dello spostamento di sede enunciata dalla norma censurata»<sup>17</sup>.

Si aggiunge, infine, che la soluzione esegetica affermatasi nella giurisprudenza di legittimità, come dedotto dal giudice rimettente, incorrerebbe nella controindicazione di riproporre gli «elementi di incertezza preventiva sulla individuazione del giudice che, dopo l'annullamento dell'ordinanza di inammissibilità, dovrà occuparsi del giudizio»<sup>18</sup> che la novella del 1998 si era, invece, proposta di diradare.

Non v'è dubbio che il tenore di questo *obiter dictum* segnali agli interpreti, in termini tutt'altro che evasivi, l'esistenza di rilevanti motivi per sospettare della costituzionalità della norma, quantomeno sotto il profilo della sua ragionevolezza e, dunque, della conformità all'art. 3 Cost.

In questo senso milita l'esplicito accento posto dal giudice delle leggi sul disallineamento della soluzione ermeneutica fatta propria dalla Corte di cassazione rispetto allo spirito della novella, nonché – e, forse, in particolar modo – il rilievo circa la dubbia coerenza degli esiti cui conduce un simile approccio rispetto all'obiettivo, perseguito dal richiamato intervento legislativo, di offrire una tutela rafforzata del principio di imparzialità del giudice della revisione.

---

<sup>15</sup> Corte cost., sentenza, 25 maggio 2023, n. 103.

<sup>16</sup> Corte cost., sentenza, 25 maggio 2023, n. 103.

<sup>17</sup> Corte cost., sentenza, 25 maggio 2023, n. 103.

<sup>18</sup> Corte cost., sentenza, 25 maggio 2023, n. 103.



È, in effetti, arduo comprendere le ragioni che giustificerebbero la mancata applicazione della disposizione di cui all'art. 634 comma 2 c.p.p. nel caso in cui la patologia del provvedimento oggetto di cassazione consista nell'indebita anticipazione del giudizio di merito da parte del giudice *a quo*, chiamato invece a una mera valutazione di non manifesta infondatezza dell'impugnazione. Ipotesi nella quale – alla luce dell'orientamento di legittimità – la Corte di cassazione disporrebbe l'annullamento senza rinvio, determinando l'ulteriore corso del giudizio di revisione dinanzi alla stessa Corte di appello illegittimamente spintasi in valutazioni suscettive di intaccare – quantomeno sul piano simbolico e della percezione esterna – l'imparzialità del giudice.

Tale situazione, invece, non sarebbe destinata a verificarsi, potendo fruire il ricorrente e il condannato dell'applicazione dell'art. 634 comma 2 c.p.p., in presenza di motivi di annullamento dell'ordinanza di inammissibilità *de plano* (per stare all'esempio avanzato in sentenza: l'erronea rilevazione di profili di non conformità delle censure dedotte al “catalogo” dell'art. 630 comma 1 c.p.p.) in alcun modo incidenti su di essa.

L'interagire della norma dedotta dal diritto vivente con il *tertium comparationis* individuato dalla Corte costituzionale renderebbe, dunque, evidente come un trattamento deteriore sia riservato a disciplinare le situazioni concrete che, invece, richiederebbe una più penetrante salvaguardia dell'imparzialità del giudice, di cui all'art. 111 comma 2 Cost., in palese controtendenza con il principio di ragionevolezza implicato dalla corrente lettura dell'art. 3 Cost.

Neppure può trascurarsi il rilievo, contenuto nel medesimo passaggio argomentativo sopra richiamato, alle incertezze in ordine alla preventiva individuazione del giudice competente che l'orientamento esegetico richiamato sembra generare.

Deve, tuttavia, riconoscersi, sotto questo profilo e, in particolare, avuto riguardo ai dubbi di legittimità riferibili alla violazione dell'art. 25 comma 1 Cost., come le indicazioni della Consulta appaiano assai meno incisive di quelle riferite alla possibile irragionevolezza della norma.

Alla stregua dell'indirizzo sopra richiamato, non appare, in effetti, poi così difficile per colui il quale proponga ricorso per cassazione avverso l'ordinanza di inammissibilità *de plano* dell'istanza di revisione prospettarsi il possibile esito del giudizio, a seconda delle censure articolate.

## 6. Scenari futuri.

Quello rivolto dalla Corte costituzionale appare un “avviso ai naviganti” piuttosto chiaro: il consolidarsi dell'orientamento interpretativo posto dal giudice rimettente alla base della lettura dell'art. 634 comma 2 c.p.p. potrebbe condurre alla declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione, quantomeno, per contrasto con gli artt. 3 e 111 comma 2 Cost.

Ciò pone gli interpreti dinanzi a un'alternativa piuttosto netta: quella di rivedere l'orientamento interpretativo suddetto ovvero correre il rischio di incorrere in una pronuncia di illegittimità del giudice delle leggi, con ogni probabilità da ascriversi *genus* delle sentenze additive di garanzia, volta ad assicurare un'applicazione generalizzata del comma 2 dell'art. 634 c.p.p. Più difficilmente potrebbe, infatti, prospettarsi una sentenza interpretativa di rigetto, tenuto conto che il presupposto logico di una

questione correttamente formulata non potrebbe che fondarsi sul rilievo dell'ormai definitiva cristallizzazione di una esegesi della disposizione di segno contrario.

Tale secondo scenario è certamente quello meno probabile.

A meno di sorprese, le considerazioni affidate dalla Consulta all'*obiter dictum* sopra citato appaiono, infatti, sufficientemente stringenti da indurre la Corte di cassazione a una rimeditazione critica della propria giurisprudenza. Tanto alla stregua del sedimentato principio secondo il quale per attivare validamente il giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi non è sufficiente allegare che della disposizione censurata sia possibile dare una interpretazione eversiva dei parametri costituzionali ma è, invece, necessario accertare che alla medesima non si possa attribuire un significato costituzionalmente conforme.

Va, del resto, rilevato che nessuna ragione di ordine pratico osti a una simile rivisitazione, tenuto conto che – come *in parte qua* correttamente rilevato dall'estensore dell'ordinanza di rimessione – è lo stesso tenore letterale della disposizione richiamata a correlare lo svolgimento dell'ulteriore corso del giudizio di revisione presso «altra Corte di appello individuata secondo i criteri di cui all'articolo 11» al mero «accoglimento del ricorso» interposto avverso l'ordinanza di inammissibilità pronunciata a mente del comma 1 dell'art. 634 c.p.p.

Trattasi di previsione che, così come formulata, consente di superare la distinzione prefigurata dalla cassazione tra le ipotesi di annullamento con rinvio e di annullamento senza rinvio, prevedendo quale presupposto della sua operatività il mero esito del giudizio di legittimità in termini favorevoli al ricorrente. Senza neppure considerare la superiore omogeneità di una simile soluzione ermeneutica con lo spirito della novella, tendente – come osservato dal giudice delle leggi – a fornire una tutela rafforzata dell'imparzialità del giudice, destinata a venire maggiormente in rilievo proprio nei casi di illegittimità dell'ordinanza dipendenti dall'indebita anticipazione – in quella sede – di apprezzamenti riservati a un momento successivo del giudizio di revisione.

È, pertanto, la stessa esegesi letterale della disposizione ad assicurare la percorribilità di una interpretazione costituzionalmente orientata, in grado di appianare i "profili problematici" apprezzati e puntualmente segnalati dalla Corte costituzionale.

Non è difficile pronosticare che, presto o tardi, il giudice di legittimità finirà per tornare sui propri passi o, quantomeno, sarà chiamato a prendere esplicitamente posizione sul punto.

## 7. Considerazioni conclusive.

Nonostante sia probabile che la Suprema corte pervenga a un ripensamento per le ragioni sopra indicate, non pare azzardato rilevare come l'opportunità di un *overruling* dell'orientamento in questione si ponga anche al di là e a prescindere da considerazioni di ordine costituzionale.

A identico risultato è, infatti, possibile pervenire alla luce di rilevanti profili di ambiguità, per così dire, "interni" al percorso ermeneutico tratteggiato dalla Suprema corte nel distinguere l'ipotesi di annullamento con rinvio, che farebbe "scattare" la previsione di cui all'art. 634 comma 2 c.p.p., da quella di annullamento senza rinvio del provvedimento di inammissibilità *de plano* dell'istanza di revisione, che, invece, ne determinerebbe l'inapplicabilità.

Se ben si comprende dalla lettura delle decisioni di riferimento, tale distinzione discenderebbe dal fatto che, nel primo caso, il provvedimento demolitorio implicherebbe la regressione del giudizio di revisione nella “fase rescissoria”; nel secondo caso, all’annullamento seguirebbe l’ulteriore corso del procedimento nella “fase rescindente”<sup>19</sup>.

Se la *ratio decidendi* alla base dell’orientamento di legittimità è stata correttamente messa a fuoco, non può farsi a meno di rilevare come essa appaia dissonante con la configurazione del giudizio di revisione introdotta dal codice del 1989, in quanto irragionevolmente “attardata” su una architettura del procedimento propria del regime previgente.

Nonostante esso seguiti ad avere struttura bifasica, in quanto ripartito in due moduli procedimentali – il primo, condotto *de plano*, e relativo a una valutazione preliminare di ammissibilità avente ad oggetto la non manifesta infondatezza dell’istanza di revisione; il secondo, in contraddittorio, volto a sondare il merito dell’istanza di revisione – è del tutto arbitrario seguire a considerarlo segmentato in una fase rescindente e in una rescissoria.

Tanto in virtù della semplice considerazione, peraltro chiaramente e da lungo tempo posta in luce dalla dottrina<sup>20</sup>, secondo la quale il vaglio preliminare di ammissibilità, previsto dall’art. 634 comma 1 c.p.p., non soltanto è attribuito al medesimo giudice competente a decidere sul merito della revisione ma, soprattutto, la sua positiva conclusione non implica la revoca del giudicato, dunque non esplica effetti rescindenti sul provvedimento impugnato in via straordinaria<sup>21</sup>.

Questi, infatti, conseguono, solo all’esito del giudizio di merito, all’accoglimento della richiesta di revisione, a mente dell’art. 637 comma 2 c.p.p.<sup>22</sup>.

Detto altrimenti, il codice vigente «non distingue tra fase rescindente e fase rescissoria, ma attribuisce l’intero giudizio di revisione alla Corte di appello»<sup>23</sup> designata a norma di legge.

<sup>19</sup> Cfr. *retro sub* note nn. 5 e 6; nonché, tra molte, Sez. IV, 17 dicembre 2021, n. 46837, secondo la quale «caratteristica peculiare del giudizio di revisione è quella della distinzione logico-funzionale tra la fase rescindente – che ha ad oggetto la preliminare deliberazione sulla ammissibilità e sulla non manifesta infondatezza della richiesta [...] – e quella successiva, c.d. rescissoria, che si instaura mediante la citazione del condannato e nella quale il giudice è tenuto a procedere alla celebrazione del giudizio con le forme e le modalità di assunzione della prova nel contraddittorio proprie del dibattimento»; Sez. III, 13 aprile 2016, n. 15402.

<sup>20</sup> *Ex plurimis*, BRONZO, *Il giudizio di ammissibilità nel nuovo procedimento di revisione: requisiti sostanziali della richiesta e non manifesta infondatezza*, in *Cass. pen.*, 1998, 904 ss.; CORDERO, *Procedura penale*, 2012, IX ed., 1220; NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, X ed., 2007, 994; BARGIS, *Impugnazioni*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di Conso, Grevi, Cedam, V ed., 2010, 1021; FURGIUELE, *Le impugnazioni straordinarie*, in *Manuale di diritto processuale penale*, Giappichelli, 2017, 840.

<sup>21</sup> L’assenza «di un vero e proprio giudizio rescindente» è stata, del resto, chiaramente notata in parte motiva da Sez. un., 26 settembre 2001, n. 624, in *Cass. Pen.*, 2002, 1952 ss.

<sup>22</sup> In tal senso, v. BRONZO, *Il giudizio di ammissibilità*, cit., 906, il quale acutamente rileva: «il giudizio rescindente scompare come fase preliminare a sé stante: il momento rescindente, considerando tale la revoca della sentenza di condanna prevista dall’art. 637 comma 2 c.p.p., si colloca nell’ambito del giudizio di revisione vero e proprio, quando e se risulti fondata la domanda».

<sup>23</sup> NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, *ibidem*.

In questo senso depone finanche l'art. 635 c.p.p. che consente – «in qualunque momento» – la provvisoria sospensione dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza nei confronti del condannato. Previsione che costituisce un rimedio eccezionale a situazioni di ingiustizia sostanziale, ragionevolmente correlate all'apprezzamento di un *fumus* di fondatezza dell'impugnazione ma che sarebbe del tutto inconciliabile, anzitutto sul piano logico-sistematico, con l'atteggiarsi del vaglio di preliminare ammissibilità della revisione in termini di atto dotato di efficacia rescindente.

Diversamente, nel regime del codice abrogato alla struttura bifasica del giudizio corrispondeva non solo una diversificazione della competenza funzionale, ripartita tra la Corte di cassazione e la Corte di appello, ma, altresì, una diversa sagomatura del rispettivo ambito di cognizione e di apprezzamento: un giudizio rescindente quello attribuito alla prima, un giudizio rescissorio – *in eventum*, cioè in caso di esito positivo del primo – ascritto alla seconda<sup>24</sup>.

Aver traslato nel “nuovo” contesto normativo una concezione del procedimento di revisione peculiare della disciplina ormai abrogata è alla base del *discrimen* individuato dal più recente indirizzo di legittimità tra casi di annullamento con rinvio e senza rinvio.

Una distinzione che, tuttavia, cessa di avere significato preso atto che il giudizio di revisione è, *de iure condito*, demandato a una valutazione unitaria e omnicomprensiva del giudice della revisione.

Perseverare nel segmentare il giudizio in un momento rescindente e in un momento rescissorio, equivale, invece, a riproporre un retaggio del passato che, non prestandosi a descrivere l'attualità, anzi offrendone una chiave di lettura deformante, è foriero delle ambiguità interpretative e degli esiti paradossali, ad esse conseguenti, puntualmente rilevati dal giudice costituzionale.

Sgomberato il campo da tali suggestioni, a parere di chi scrive, la cassazione dell'ordinanza emessa nella fase di preliminare deliberazione dell'ammissibilità dell'istanza di revisione, per avere il relativo giudice compiuto apprezzamenti esorbitanti questa fase, dovrebbe essere disposta mediante annullamento con rinvio e soggiacere, per l'effetto, al criterio attributivo di competenza di cui all'art. 634 comma 2 c.p.p., come – del resto – la disposizione sembra, *expressis verbis*, suggerire.

Proprio alla luce della unitarietà e dell'ampiezza del sindacato attribuito al giudice della revisione non pare, infatti, che alla rilevazione, da parte della Corte di cassazione, del vizio in questione possa seguire né una decisione a puro effetto rescindente né un giudizio rescissorio contestuale<sup>25</sup>, tali da determinare la superfluità del giudizio di rinvio.

---

<sup>24</sup> È interessante ricordare, con BRONZO, *Il giudizio di ammissibilità*, cit., 905, che la scelta di superare il modello previgente è, probabilmente, da rapportarsi proprio alle difficoltà, riscontrate nella pratica giudiziaria, di distinguere le due valutazioni «poiché il giudizio rescindente rischiava di confondersi con l'esame delle prove»; di tal che «risultando così in ombra la differenza tra verifica della *non manifesta infondatezza* della domanda ed esame della *fondatezza* della stessa, era altissimo il rischio di anticipare, nella deliberazione preliminare, valutazioni attinenti al giudizio di merito». Rischio che, alla luce di quanto si è detto e della casistica giurisprudenziale di cui alla precedente nota n. 4 non pare, peraltro, essere stato definitivamente scongiurato neppure dalla “nuova” disciplina.

<sup>25</sup> Il riferimento è alla nota categorizzazione dottrinale delle due tipologie di decisioni di annullamento.

La prima ipotesi appare preclusa dalla necessità che, accertata l'insussistenza della causa di inammissibilità erroneamente rilevata in prima battuta, l'istanza di revisione sia oggetto del più ampio scrutinio demandato alla Corte di appello competente.

Quanto alla seconda alternativa, essa appare incompatibile con la natura di impugnazione di merito propria della revisione, la cui disamina è, peraltro, necessariamente posticipata all'esito delle attività dibattimentali (ivi incluse quelle di tipo istruttorio, da svolgersi in contraddittorio) che hanno luogo una volta superato il vaglio di preliminarizzare ammissibilità dell'istanza.

Con ogni probabilità, sarebbe, dunque, sufficiente riportare in avanti le lancette dell'orologio e abbandonare inveterati stilemi interpretativi, ormai definitivamente superati e quindi meritevoli di essere accantonati, per ovviare, ancor prima che ai dubbi di legittimità rilevati dalla Corte costituzionale, all'evidente asimmetria sistematica che contraddistingue l'orientamento giurisprudenziale attualmente in auge.

lamento senza rinvio, che si deve a CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1159 ss.



# Una nuova pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 69, comma 4, c.p. Note a margine della sentenza n. 141 del 2023

Dalila Mara Schirò\*

**Sommario:** **1.** Premessa. – **2.** La questione prospettata dal giudice *a quo*. – **3.** L'*iter* seguito dalla Consulta: a) la rilevanza del precedente. – **4.** b) l'attenzione nei confronti dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p. – **5.** Osservazioni conclusive.

## ABSTRACT

Lo scritto si sofferma sulla sentenza n. 141 del 2023, per mezzo della quale la Corte costituzionale torna ad occuparsi del rapporto tra circostanze attenuanti, recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento, dichiarando nuovamente costituzionalmente illegittimo l'art. 69, comma 4, c.p., nella parte nella quale – questa volta – prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p. sulla recidiva di cui all'art. 99, comma 4, c.p.

*The paper focuses on the sentence n. 141 of 2023, by means of which the Constitutional Court returns to deal with the relationship between extenuating circumstances, repeated recidivism and balancing judgment, declaring again constitutionally illegitimate the art. 69, paragraph 4, criminal code, in the part in which – this time – it provided for the prohibition to derogate from the mitigating circumstance pursuant to art. 62, no. 4, criminal Code on recidivism pursuant to art. 99, paragraph 4, criminal code.*

## 1. Premessa.

A distanza di poche settimane, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 141 del 2023, torna ad occuparsi del rapporto tra circostanze attenuanti, recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento, restringendo ulteriormente i margini di operatività del divieto di prevalenza delle attenuanti, previsto dall'art. 69, comma 4, c.p. (nella formulazione dovuta all'art. 3, legge 5 dicembre 2005, n. 251), sulla recidiva reiterata di cui all'art. 99, comma 4, c.p.<sup>1</sup>.

\* Ricercatrice di Diritto penale nell'Università di Palermo.

<sup>1</sup> Corte cost., 21 giugno 2023, n. 141, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

## 2. La questione prospettata dal giudice *a quo*.

Ad offrire l'occasione per intervenire nuovamente sul tema è stata l'ordinanza del 9 giugno 2022, per mezzo della quale il giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Grosseto ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 4, c.p. - in riferimento agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost. - nella parte nella quale prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p. sulla aggravante della recidiva di cui all'art. 99, comma 4, c.p.

Il rimettente era chiamato ad esprimersi, in sede di giudizio abbreviato, circa la responsabilità penale di un imputato, rinviato a giudizio per il delitto di rapina (art. 628, comma 1, c.p.), per avere costretto due dipendenti di un supermercato a consegnargli la somma di euro dieci mediante minaccia, ravvisata nella formulazione delle seguenti frasi: «se non mi date 10 euro torno con la pistola» e «ti spacco la testa».

Ritenuto il fatto provato alla luce dei risultati processuali e correttamente inquadrato nella fattispecie di rapina, e non in quella di estorsione, il giudice *a quo*, da una parte, considerava integrati gli estremi della circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p., avendo l'agente cagionato alla persona offesa un danno patrimoniale di speciale tenuità, e, d'altra parte, considerava sussistente l'aggravante della recidiva reiterata e infraquinquennale, prevista dall'art. 99, comma 4, c.p.

Secondo il rimettente, però, la necessità di adeguare la pena al disvalore effettivo del fatto di reato avrebbe richiesto di ritenere la richiamata attenuante prevalente sulla recidiva reiterata, tenuto conto del minimo edittale fissato per il delitto di rapina, pari a cinque anni di reclusione, del tutto sproporzionato rispetto alla condotta realizzata dall'imputato. Ma tale soluzione sarebbe stata impedita proprio dal divieto di soccombenza della recidiva reiterata rispetto all'attenuante richiamata, fissato, appunto, dall'art. 69, comma 4, c.p.: da qui la rilevanza delle questioni sollevate.

Inoltre, sempre ad avviso del rimettente, le questioni sarebbero state non manifestamente infondate, tenuto conto soprattutto dei precedenti per mezzo dei quali la Consulta ha ripetutamente dichiarato la non conformità al dettato costituzionale dell'art. 69, comma 4, c.p., nella parte nella quale vietava, appunto, la prevalenza di ulteriori circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata; circostanze assimilabili all'attenuante prevista dall'art. 62, n. 4, c.p.

Dunque, per il rimettente, il divieto di soccombenza della recidiva reiterata rispetto all'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p. risultava in contrasto sia con il principio della proporzionalità della pena, desumibile dall'art. 27, comma 3, Cost., sia con il principio di eguaglianza, fissato dall'art. 3 Cost.

## 3. L'iter seguito dalla Consulta: a) la rilevanza del precedente.

Investita delle questioni, la Consulta - quasi *de plano* - le dichiara fondate e richiama con immediatezza la pronuncia per mezzo della quale essa stessa, poche settimane addietro, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, comma 4, c.p., nella parte nella quale, relativamente ai delitti puniti con la pena dell'ergastolo, prevedeva il divieto di prevalenza di qualsiasi circostanza attenuante sulla recidiva



reiterata<sup>2</sup>. Tale precedente funge, infatti, da guida per la Consulta, consentendole di argomentare quasi per rinvio.

Nella precedente occasione, infatti, la Corte costituzionale aveva puntualmente ricostruito il quadro normativo di riferimento, ricordando – per quel che qui rileva – le modifiche riguardanti il bilanciamento delle circostanze, dovute all'art. 3, legge 5 dicembre 2005, n. 251, nonché le modifiche inerenti alla recidiva reiterata, avutesi ad opera dell'art. 4, stessa legge<sup>3</sup>. E soprattutto, nella medesima occasione, la Consulta aveva effettuato una attenta ricognizione del contesto giurisprudenziale, ripercorrendo – per quanto qui di interesse – le singole tappe per mezzo delle quali la portata del divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata è stata ridimensionata<sup>4</sup>.

Sembra il caso di ricordare, anzitutto, la pronuncia con la quale la disciplina di cui all'art. 69, comma 4, c.p. è stata censurata nella parte nella quale vietava la prevalenza dell'attenuante della lieve entità del fatto in materia di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 73, comma 5, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309)<sup>5</sup>. Inoltre, vanno rammentate le pronunce per mezzo delle quali l'art. 69, comma 4, c.p. è stato dichiarato incostituzionale in relazione alla ricettazione di particolare tenuità (art. 648, comma 2, c.p.)<sup>6</sup>, alla violenza sessuale di minore gravità (art. 609 *bis*, comma 3, c.p.)<sup>7</sup> e all'attenuante riguardante la condotta di colui

<sup>2</sup> Corte cost., 18 aprile 2023, n. 94, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Sull'ordinanza per mezzo della quale la questione di legittimità costituzionale è stata sollevata (App. Torino, sez. II, 19 dicembre 2022), ALMA, *Caso Cospito (Scuola Allievi Carabinieri di Fossano): sollevata una questione di legittimità costituzionale dalla quale dipende la condanna all'ergastolo. A proposito del divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata dell'attenuante della lieve entità del fatto di 'strage politica'*, in *Sist. pen.*, fasc. 2/2023, 59.

<sup>3</sup> Corte cost., 18 aprile 2023, n. 94, cit., punto 4 del *Considerato in diritto*.

Si riporta, di seguito, il testo dell'art. 69, comma 4, c.p. nella formulazione dovuta, appunto, all'art. 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251: «le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, esclusi i casi previsti dall'articolo 99, quarto comma, nonché dagli articoli 111 e 112, primo comma, numero 4), per cui vi è divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulle ritenute circostanze aggravanti, ed a qualsiasi altra circostanza per la quale la legge stabilisca una pena di specie diversa o determini la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato». Si riproduce, altresì, il testo dell'art. 99, comma 4, c.p., nella versione dovuta all'art. 4, legge cit.: «se il recidivo commette un altro delitto non colposo, l'aumento della pena, nel caso di cui al primo comma, è della metà e, nei casi previsti dal secondo comma, è di due terzi».

<sup>4</sup> Corte cost., 18 aprile 2023, n. 94, cit., punto 8 del *Considerato in diritto*.

<sup>5</sup> Corte cost., 5 novembre 2012, n. 251, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Sulla sentenza: BERNASCONI, *Giudizio di bilanciamento, circostanze c.d. privilegiate e principio di proporzionalità: il caso della recidiva reiterata*, in *Giur. cost.*, 2012, 4057; CARUSO, *Su recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: parola 'fine' della Corte costituzionale?*, in *Arch. pen.*, fasc. 1/2013, 1; NOTARO, *La fine ingloriosa, ma inevitabile, di una manifesta irragionevolezza: la Consulta "lima" il divieto di prevalenza delle attenuanti sulla recidiva reiterata*, in *Cass. pen.*, 2013, 1755; TESAURO, *Corte costituzionale, attenuante del fatto di lieve entità e divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata: un precedente-pilota?*, in *Foro it.*, 2013, I, 2405.

<sup>6</sup> Corte cost., 14 aprile 2014, n. 105, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Sulla sentenza: BERNASCONI, *L'ennesimo colpo inferto dalla Corte costituzionale alle scelte legislative in tema di comparazione di circostanze*, in *Giur. cost.*, 2014, 1858; MICHAEL, *Le attenuanti del "fatto lieve" in materia di violenza sessuale e ricettazione possono prevalere sulla recidiva reiterata. Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1086.

<sup>7</sup> Corte cost., 11 marzo 2014, n. 106, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Sulla sentenza: BERNASCONI, *L'ennesimo colpo inferto dalla Corte costituzionale*, cit.; MICHAEL, *Le attenuanti del "fatto lieve"*,

il quale si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, pure aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella sottrazione di risorse rilevanti per la realizzazione di delitti (art. 73, comma 7, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309)<sup>8</sup>. Bisogna anche segnalare la pronuncia con la quale la disposizione è stata censurata in relazione al danno patrimoniale di speciale tenuità causato alla massa dei creditori nei reati di bancarotta fraudolenta, bancarotta semplice e ricorso abusivo al credito (art. 219, comma 3, r.d. 16 marzo 1942, n. 267)<sup>9</sup>. Ancora, può richiamarsi la sentenza tramite la quale l'art. 69, comma 4, c.p. è stato dichiarato illegittimo costituzionalmente nella parte nella quale impediva di considerare prevalente l'attenuante del vizio parziale di mente (art. 89 c.p.)<sup>10</sup>. Infine, vanno richiamate le sentenze per mezzo delle quali la medesima disposizione è stata censurata nella parte nella quale precludeva la prevalenza dell'attenuante prevista per colui che volle il reato meno grave nei casi di reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti (art. 116, comma 2, c.p.)<sup>11</sup>, nonché nella parte nella quale precludeva la prevalenza

---

cit.

<sup>8</sup> Corte cost., 24 febbraio 2016, n. 74, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Sulla sentenza: APRILE, *Un ulteriore intervento della Consulta 'demolitivo' della disciplina del divieto di prevalenza delle attenuanti per i recidivi reiterati ex art. 69, comma 4, c.p. Osservazioni*, in *Cass. pen.*, 2016, 2344; CLINCA, *La progressiva erosione di un vincolo irragionevole: illegittimo il divieto di prevalenza dell'attenuante della collaborazione per i reati di narcotraffico sulla recidiva reiterata (osservazioni a margine di C. cost., 24.2.2016, n. 74)*, in *Legisl. pen.*, 28 luglio 2016; LEO, *Un nuovo colpo agli automatismi fondati sulla recidiva: illegittimo il divieto di prevalenza dell'attenuante della collaborazione per i reati di narcotraffico*, in *Dir. pen. cont.*, 11 aprile 2016; MASSARO, *Recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento: un rapporto ancora "privilegiato"?*, in *Giur. cost.*, 2016, 680.

<sup>9</sup> Corte cost., 21 giugno 2017, n. 205, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Sulla sentenza: APRILE, *Per la Consulta il divieto di prevalenza sulla recidiva ex art. 69, comma 4, c.p., è illegittimo anche in relazione alla attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità nei reati fallimentari*, in *Cass. pen.*, 2017, 4010; LEO, *Un nuovo profilo di illegittimità nella disciplina della recidiva e dei suoi effetti indiretti*, in *Dir. pen. cont.*, 13 settembre 2017; PULITANO, *Bilanciamento di circostanze. Problemi di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2017, 1797; BEFERA, *Automatismi sanzionatori vs Corte costituzionale: un esito annunciato*, in *Cass. pen.*, 2018, 1184; RUSSO, *Dagli automatismi previsti dal legislatore nel quarto comma dell'art. 69 c.p. alle incostituzionalità (quasi) "automatiche"*, *ivi*, 804.

<sup>10</sup> Corte cost., 6 aprile 2020, n. 73, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Sulla sentenza: APRILE, *Per la Consulta il divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata è illegittimo in relazione alla attenuante del vizio parziale di mente di cui all'art. 89 c.p. Osservazioni*, in *Cass. pen.*, 2020, 3126; LAZZERI, *La rimproverabilità soggettiva come vincolo di proporzionalità della pena in una nuova sentenza della Corte costituzionale sull'art. 69 c. 4 (in relazione alla seminfermità mentale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1104; MARIANI, *Incostituzionale il divieto di prevalenza della seminfermità sulla recidiva reiterata: una nuova pronuncia della Corte costituzionale sull'art. 69, 4° comma, c.p.*, in *Giur. it.*, 2020, 2547; MAZZANTI, *Recidiva reiterata e vizio parziale di mente: nuovamente inciso l'art. 69, comma 4, c.p.*, in *Giur. cost.*, 2020, 825; PENCO, *Offensività e colpevolezza nel controllo di costituzionalità in materia di recidiva e giudizio di bilanciamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 260.

<sup>11</sup> Corte cost., 24 febbraio 2021, n. 55, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Sulla sentenza: APRILE, *Un nuovo intervento della Consulta per "limare" l'ambito di operatività del divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata nel caso di bilanciamento con l'attenuante del concorso anomalo nel reato. Osservazioni*, in *Cass. pen.*, 2021, 1926; MELCHIONDA, *Diminuzione di pena per il "concorrente anomalo" ed illegittimità costituzionale dei limiti di bilanciamento con la recidiva aggravata*, in *Giur. cost.*, 2021, 725; NARDOCCI, *La Corte costituzionale ritorna sul bilanciamento tra circostanze e restituisce al giudice (ma solo in parte) la valutazione del giudizio di prevalenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*,

dell'attenuante del fatto di lieve entità in relazione al delitto di sequestro a scopo di estorsione (art. 630 c.p.)<sup>12</sup>.

Pur riguardando differenti reati e diverse ipotesi circostanziali, tutte tali pronunce, ad avviso della Consulta, condividerebbero le medesime «*rationes decidendi* riconducibili a principi comuni, declinati lungo una triplice direttrice»<sup>13</sup>.

In particolare, una prima ragione del decidere è stata rintracciata nel particolare divario tra la pena base prevista per il reato non circostanziato e la pena risultante dall'applicazione dell'attenuante; una divaricazione che, per la Corte, può considerarsi compatibile con i principi di eguaglianza (art. 3, comma 1, Cost.), di offensività (art. 25, comma 2, Cost.) e di proporzionalità della pena tendente alla rieducazione del condannato (art. 27, comma 3, Cost.) solo qualora il giudice possa operare il bilanciamento delle circostanze (art. 69 c.p.), senza che sia impedita la dichiarazione di prevalenza dell'attenuante sulla recidiva reiterata. Una seconda *ratio decidendi* è stata, invece, ancorata alla considerazione secondo la quale alcune attenuanti consentirebbero di bilanciare l'ampiezza di alcune fattispecie di reato in grado di racchiudere condotte diverse, le quali vanno differenziate sotto il profilo sanzionatorio. Una terza ragione, infine, è stata rinvenuta nell'esigenza di diversificare la pena alla luce del diverso grado di rimproverabilità soggettiva dell'autore.

Ebbene, proprio le richiamate ragioni di fondo, compendiate nell'esigenza di mantenere un rapporto di equilibrio tra la gravità, sia oggettiva sia soggettiva, del fatto di reato e la severità della risposta sanzionatoria, conducono, anche nel caso *de quo*, alla dichiarazione di incostituzionalità sollecitata dal rimettente.

#### 4. b) l'attenzione nei confronti dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p.

Nei successivi passaggi dell'itinerario argomentativo, l'attenzione viene indirizzata nei confronti dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p., la quale, per espressa previsione normativa, si applica ai delitti contro il patrimonio, o ai delitti che comunque offendono il patrimonio.

Ora, tali delitti possono essere certamente integrati anche tramite la realizzazione di condotte di modesto disvalore, in relazione alle quali i minimi edittali fissati dal legislatore possono risultare sproporzionati. Del resto, continua la Corte, una pronuncia recente ha ritenuto necessaria la previsione di una attenuante per i fatti di lieve entità riconducibili nella sfera di azione del delitto di estorsione<sup>14</sup>.

Ma, prosegue la Corte, proprio «l'effetto "calmierante"» svolto da tutte le attenuanti, inclusa quella relativa al danno patrimoniale di particolare tenuità, rispetto

2021, 1093; NOTARO, *Partecipazione anomala del recidivo reiterato nel reato altrui: non può escludersi l'applicazione dell'attenuante concorsuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1315.

<sup>12</sup> Corte cost., 26 maggio 2021, n. 143, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Sulla sentenza: APRILE, *Il divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata di cui all'art. 69, comma 4, c.p. è illegittimo anche nel caso di riconoscimento dell'attenuante del fatto di lieve entità nel sequestro di persona. Osservazioni*, in *Cass. pen.*, 2021, 3476.

<sup>13</sup> Corte cost., 18 aprile 2023, n. 94, cit., punto 10 del *Considerato in diritto*.

<sup>14</sup> Il riferimento è a Corte cost., 24 maggio 2023, n. 120, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

al minimo edittale previsto per i delitti di rapina ed estorsione è vanificato qualora all'imputato sia contestata la recidiva reiterata.

Dunque, per le ragioni appena sintetizzate, l'art. 69, comma 4, c.p. è – ancora una volta – dichiarato costituzionalmente illegittimo, nella parte nella quale – questa volta – prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 4, c.p. sulla recidiva di cui all'art. 99, comma 4, c.p.

## 5. Osservazioni conclusive.

L'esito al quale la Consulta perviene non desta certamente stupore. Il cammino seguito dalla giurisprudenza costituzionale negli ultimi anni, sopra sinteticamente riprodotto, non poteva che condurre alla conclusione indicata.

Sollecita, invece, la formulazione di qualche osservazione conclusiva la riproposta, senza indugi e tramite rinvio, della linea argomentativa adottata in precedenza dalla stessa Consulta, poiché essa non solo fornisce ulteriore prova del consolidarsi dell'indirizzo giurisprudenziale nel quale anche la pronuncia in commento si inserisce, ma lascia presagire ulteriori future pronunce di illegittimità costituzionale dell'art. 69, comma 4, c.p., almeno in relazione ad alcune attenuanti contenutisticamente accostabili alle circostanze sinora interessate dalle dichiarazioni di incostituzionalità.

Si potrebbe pensare, per esempio, all'attenuante applicabile ove alcuni delitti contro la pubblica amministrazione siano di particolare tenuità (art. 323-bis, comma 1, c.p.), oppure all'attenuante applicabile ove un delitto contro il patrimonio culturale cagioni un danno di speciale tenuità, ovvero comporti un lucro di speciale tenuità, anche quando l'evento dannoso o pericoloso sia di speciale tenuità (art. 518-septiesdecies c.p.). E soprattutto si potrebbe pensare alle numerose diminuzioni di pena le quali possono applicarsi ove l'agente realizzi condotte successive al reato (possono ricordarsi, tra le altre, le ipotesi di cui: all'art. 270-bis.1, comma 3, c.p.; all'art. 375, comma 3, c.p.; all'art. 416-bis.1, comma 3, c.p.; all'art. 423-bis, comma 6, c.p.). Senza trascurare, infine, la possibilità di "limare" ulteriormente i contorni del divieto di bilanciamento con riferimento alle attenuanti espressione di una ridotta rimproverabilità soggettiva dell'autore.

Insomma, la via intrapresa dalla Consulta sembrerebbe, almeno ad oggi, potere proseguire senza imbattersi in particolari ostacoli. Occorre, però, domandarsi se non sia il caso di ripensare alle relazioni tra attenuanti, recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento, optando per una soluzione di più ampio respiro, capace di superare particolarismi magari non del tutto compatibili con il dettato costituzionale<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> In una prospettiva *de iure condendo*, per alcune proposte riguardanti il giudizio di bilanciamento: PECCIOLI, *Le circostanze privilegiate nel giudizio di bilanciamento*, Torino, 2010, 163. Per alcuni spunti di riflessione maturati nell'ambito di contributi connessi alle pronunce della Corte costituzionale intervenute sul tema (*supra*, par. 3. a), cfr. MASSARO, *Recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento*, cit., 689, e PULITANO, *Bilanciamento di circostanze*, cit., 1805. Invece, sulla possibilità di abolire del tutto la recidiva v. AMBROSETTI, *Recidiva e Costituzione: un rapporto difficile*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 225. Più in generale, sulle recenti tendenze che attraversano la "categoria" delle circostanze del reato, volendo, SCHIRO, *Circostanze aggravanti del reato*, in *Digesto pen., Agg.*, vol. XI, Torino, 2021, 81.

# La compatibilità della non punibilità per particolare tenuità del fatto con il reato continuato: ragioni e condizioni

Nota a Cass., Sez. Un., 27 gennaio 2022/12 maggio 2022, n. 18891

Luigi Vitiello\*

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. Le interazioni tra l'art. 131-*bis* c.p. e il reato continuato: gli orientamenti della giurisprudenza. – 3. Il percorso ermeneutico sviluppato dalle Sezioni Unite. – 4. Considerazioni critiche.

## ABSTRACT

L'art. 131-*bis* c.p. ha sollevato numerose incertezze applicative fin dalla sua introduzione. In particolare, i dubbi riguardano l'individuazione dei limiti che accompagnano la norma non immediatamente deducibili da una sua isolata lettura. Con la sentenza in commento, le Sezioni unite si sono espresse sulla compatibilità della causa di non punibilità con il reato continuato, affrontando le questioni interpretative inerenti al concetto di abitualità ed escludendo che in esso vada ricompreso il compimento di più reati legati da un medesimo disegno criminoso. Dopo aver esaminato gli orientamenti che si sono confrontati sul tema, il contributo analizza le argomentazioni della pronuncia alla luce della lettera della legge, della finalità degli istituti coinvolti e delle inerenti ragioni logico-sistematiche.

*The article 131-bis of the Criminal Code has entailed numerous application uncertainties since its introduction. In particular, the doubts concern the identification of the limits accompanying the rule that cannot be immediately deduced from an isolated reading of it. With the decision under review, the Joint Sections of Supreme Court express edits opinion on the compatibility of the cause of non-punishability with the continual criminal offense, facing the interpretative issues inherent in the concept of habituality and excluding that it should include the commission of several offences linked by the same criminal design. After examining the orientations that have confronted the issue, the contribution analyses the arguments of the decision in based on the letter of the law, the purpose of the institutions involved and the inherent logical-systematic reasons.*

## 1. Premessa.

La sentenza in commento, relativa all'annosa problematica circa l'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. in ipotesi di reati legati dal vincolo della continuazione, è espressione della tendenza interpretativa volta ad eliminare gli ostacoli che precludono in via astratta il riconoscimento della causa di non punibilità, rimandando al giudice il compito di valutarlo nel caso concreto.

---

\* Dottore in giurisprudenza.

Nel pronunciarsi, le Sezioni Unite si impegnano ad analizzare la struttura e la funzione degli istituti coinvolti, avvalendosi dei contributi forniti dalla dottrina e dalla giurisprudenza antecedenti.

## 2. Le interazioni tra l'art. 131-*bis* c.p. e il reato continuato: gli orientamenti della giurisprudenza.

La questione della compatibilità tra la causa di non punibilità per *exigua iniuria* e la continuazione ha dato luogo, in giurisprudenza, ad un contrasto interpretativo fra due orientamenti.

Un primo indirizzo ermeneutico, inizialmente dominante, escludeva automaticamente l'applicabilità della suddetta causa, in base al requisito della "non abitualità" del comportamento dell'autore, sebbene attraverso percorsi argomentativi differenziati.

Comune era la considerazione che il vincolo della continuazione presupponga sempre un comportamento abituale, con ripetizione di condotte penalmente rilevanti, espressivo di una forma di devianza non occasionale, ostativa al riconoscimento della causa di non punibilità.

In alcuni casi, poi, si riconducevano le condotte del reo avvinte dalla continuazione alla seconda ipotesi di cui al quarto comma, cioè l'aver commesso più reati della medesima indole.

A sostegno di tale conclusione veniva evidenziato che il reato continuato è frutto di unificazione legislativa, a cui corrispondono nella realtà più illeciti, che mantengono la propria autonomia. Inoltre, l'unitarietà del disegno criminoso non contrasta con la nozione di reati della stessa indole deducibile dall'art. 101 c.p.: il programma unitario ben potrebbe invece contribuire ad assimilare reati eterogenei e ad individuare in essi "caratteri fondamentali comuni"<sup>1</sup>.

In altri casi si è invece fatto riferimento all'ultimo periodo del comma 4, riconducendo il reato continuato alle condotte abituali, plurime e reiterate.

In tal senso si è osservato che i fatti penalmente rilevanti, anche se legati da un'unica volontà criminosa incidente sulla valutazione di riprovevolezza, restano oggettivamente plurimi, sicché non potranno che assumere "una gravità tale da non potere essere considerati di particolare tenuità"<sup>2</sup>.

Un opposto orientamento interpretativo, affermatosi più di recente, ha ritenuto per converso il reato continuato compatibile con la causa di non punibilità di cui

---

<sup>1</sup> Cfr. Cass., Sez. III, 29 marzo 2018, n. 19159, che, in rapporto ad una fattispecie in tema di abuso edilizio, ha escluso l'occasionalità dell'azione illecita sulla base della continuazione diacronica tra i singoli reati e della pluralità delle disposizioni di legge violate. Coerente con tale impostazione è BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 668, che, preoccupato dalla possibilità che si considerino tenui condotte dotate di maggior disvalore, come le ipotesi di concorso eterogeneo, sostiene che l'indole dei reati vada interpretata in senso soggettivo, rilevando i moventi e gli scopi dell'agente.

<sup>2</sup> Cass., Sez. III, 4 ottobre 2019, n. 50002. Nello stesso senso cfr. Cass. Sez. II, 15 novembre 2016, n. 1 e Cass., Sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 3353. La pluralità di reati sembra costituire un ostacolo insormontabile anche per AMARELLI, *Particolare tenuità del fatto (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Agg., XI, Milano, 2017, 570.

all'art. 131-*bis*, valorizzando una pluralità di elementi che possono contribuire ad escludere il carattere di abitualità della condotta nel caso di continuazione di reati.

Nello specifico, si considerava che la continuazione non è espressione di per sé di una serialità della condotta, indicativa di “una tendenza o inclinazione al crimine” del reo<sup>3</sup>.

Si è fatto leva sul raffronto con la figura del concorso formale di reati: applicare a quest'ultima la causa di non punibilità, e non alle ipotesi di reato continuato, anche quando “la contestualità di esse deponga inequivocabilmente nel senso della unicità della volizione antidoverosa dell'agente”<sup>4</sup>, genererebbe una ingiustificata disparità di trattamento.

Valorizzando i profili ricostruttivi inerenti alle medesime circostanze di tempo e di luogo si viene ad escludere l'antinomia sul piano astratto; il giudice deve soppesare in concreto la reale offensività del fatto in base alle modalità esecutive della condotta, al numero di disposizioni di legge violate, agli interessi tutelati<sup>5</sup>.

Una variante di questa tesi considerale circostanze di tempo e di luogo come ifattori dirimenti per l'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p., distinguendo tra la continuazione diacronica (avente ad oggetto una pluralità di reati, avvinti dalla continuazione, ma commessi in contesti spazio-temporali diversi) e quella sincronica (avente ad oggetto una pluralità di condotte espressive di un medesimo disegno criminoso, ma realizzate in un unico contesto spazio-temporale), stabilendo solo per questa seconda ipotesi la compatibilità<sup>6</sup>.

Ancora, si è sostenuto che una prospettiva diversa frusterebbe l'obiettivo di deflazione processuale perseguito con l'introduzione della causa di non punibilità e manifesterebbe una illogicità nel considerare un istituto improntato al *favor rei* come preclusivo dell'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p.<sup>7</sup>.

### 3. Il percorso ermeneutico sviluppato dalle Sezioni Unite.

La Quinta sezione, constatata la forte incertezza sul tema, l'8 ottobre 2021 ha rimesso con ordinanza alle Sezioni Unite la questione inerente al carattere ostativo all'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p. della continuazione, chiedendo, nel caso di compatibilità dei due istituti, di individuar nei presupposti<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Così la Cass., Sez. II, 29 marzo 2017, n. 19932. Per l'analisi della sentenza v. AMOROSO, *Compatibilità tra reato continuato e declaratoria di non punibilità ex art. 131-bis c.p.*, in *Cass. pen.*, 2017, 12, 4354 ss. e SANTINI, *Non punibilità per particolare tenuità del fatto e reato continuato*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 6, 308 ss.

<sup>4</sup> Cfr. Cass., Sez. III, 20 novembre 2018, n. 16502. Per BRIZI, *L'applicabilità dell'art. 131-bis nelle ipotesi di continuazione di reati: un dialogo davvero (im)possibile?*, in *Cass. pen.*, 2016, 9, 3279, si tratta di due istituti che, anche se presentano indubbe diversità strutturali, sono spesso sovrapponibili, in quanto in tutti e due i casi si è di fronte ad un'ipotesi di concorso di reati, ora con una sola azione o omissione, ora con più condotte.

<sup>5</sup> Di questo avviso Cass., Sez. II, 7 febbraio 2018, n. 9495 e più di recente Cass., Sez. III, 13 luglio 2021, n. 35630.

<sup>6</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 13 luglio 2020, n. 30434.

<sup>7</sup> Cfr. Cass., Sez. II, 29 marzo 2017, n. 19932; Cass., Sez. II, 6 giugno 2018, n. 41011; Cass., Sez. II, 10 settembre 2019, n. 42579.

<sup>8</sup> Il caso riguardava la rilevanza delle condotte di un imputato che aveva, nel lasso di tempo di



Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sent. n. 18891/2022 si esprimono nettamente a favore della tesi della compatibilità. Fondamentale nell'*iter* argomentativo della sentenza è la preliminare osservazione per cui l'abitudine del comportamento non sarebbe data dalla semplice ripetizione di illeciti, ma "presuppone l'integrazione di un *quid pluris* che, oltre a far perdere alle singole condotte la loro individualità, rileva soltanto se dimostrativo dell'esistenza di un'amplificata necessità di difesa sociale a fronte di una persona la cui *consuetudo delinquendi* giustifica un complessivo apprezzamento di proclività al delitto".

La differenza dei due termini si evincerebbe già dalla diversa valenza dell'elemento soggettivo: il primo istituto è legato al disegno criminoso, il quale è espressione di un'unitaria volontà criminosa, non indicativa di per sé di un'abitudine, laddove invece nel reato abituale le condotte esprimono la pluralità di impulsi criminosi del reo che aggravano il disvalore di ogni singolo illecito che lo compone, dando vita ad un sistema di comportamenti offensivi.

La preventiva rappresentazione e deliberazione dei plurimi comportamenti illeciti posti in essere in attuazione del disegno criminoso impedisce di identificare questi con l'abitudine, che invece presuppone un impulso criminoso reiterato nel tempo.

Chiarito questo aspetto, la Corte passa all'analisi delle singole condizioni ostative presenti nel comma 4, ritenendo di doversi rifare alle diverse indicazioni tratte dalla sentenza Tushaj<sup>9</sup> per cogliere il significato dei termini presenti nella disposizione.

In *primis* condivide l'interpretazione delle Sezioni unite del 2016 circa la natura tassativa delle tre ipotesi di comportamento abituale previste, limitando a questi casi tutti quei comportamenti sintomatici di una serialità criminosa.

In relazione all'espressione "reati aventi la stessa indole" si ritiene che essa venga a integrarsi qualora il reo abbia compiuto almeno due illeciti omogenei oltre quello per cui si procede, essendo poi indifferente se siano stati compiuti successivamente o che comunque non siano stati accertati in sede giudiziale.

Con riguardo all'ultimo periodo del comma, viene chiarito, da un lato, che le "condotte abituali e reiterate" non richiamano la presenza di più reati, ma contemplano singole fattispecie incriminatrici che presentano l'abitudine e la reiterazione come ca-

---

un mese, ripetutamente parcheggiato la propria autovettura sulle corsie di accesso e di uscita dall'area del distributore di carburante gestito dal fratello, così impedendo o comunque rendendo difficoltoso ai clienti l'utilizzo del servizio di rifornimento.

L'imputato era stato condannato per violenza privata continuata, con la Corte di Appello che aveva sostanzialmente confermato la decisione resa in primo grado (limitandosi a sostituire, alla pena detentiva, la corrispondente pena pecuniaria), negando l'applicabilità della causa di non punibilità ex art. 131-*bis* c.p., in quanto il vincolo di continuazione riguardava condotte reiterate e di eguale indole che, come tali, escludono l'applicazione della causa di non punibilità. Contro la sentenza resa in appello, l'imputato ha proposto ricorso deducendo due motivi: a) l'erronea applicazione della legge penale in relazione all'art. 131-*bis* c.p. e la mancanza della motivazione in ordine alla sussistenza dell'elemento dell'abitudine, per avere la Corte di appello considerato, quale ragione ostativa alla declaratoria di non punibilità per la particolare tenuità del fatto, il vincolo della continuazione tra le condotte poste in essere dall'imputato, sebbene fossero connotate da occasionalità e modesti effetti lesivi; b) l'erronea applicazione della legge penale in relazione all'art. 610 c.p., per avere la Corte di appello ritenuto la sussistenza degli elementi costitutivi del delitto.

<sup>9</sup> Cass., sez. un., 6 aprile 2016, n. 13681.



rattere tipico<sup>10</sup>; dall'altro, con condotte plurimesi intendono quei fatti che in concreto vengono attuati attraverso ripetute e distinte condotte.

Dalla successiva indagine del rapporto tra la continuazione e le ipotesi, a cui si riferisce il comma 4, così come interpretate dalla giurisprudenza precedente, le Sezioni Unite escludono una necessaria coincidenza tra esse.

Il vincolo di continuazione potrebbe legare sì reati della stessa indole, ma potrebbe riguardare anche reati in numero minore di tre o privi di omogeneità, non riguardando la stessa disposizione e non presentando "caratteri fondamentali comuni".

La nozione di medesima indole che si evince dall'art. 101 c.p. avrebbe un raggio d'azione più ampio rispetto a quello che può essere coperto dal medesimo disegno criminoso. Tale nozione include anche i reati colposi – per i quali è controversa la compatibilità con il reato continuato<sup>11</sup> – e quelli commessi per effetto degli stessi impulsi o motivi a delinquere, ossia di quelle "singole causali" che costituiscono alcuni dei fattori rilevati dalla giurisprudenza per valutare l'unicità del disegno criminoso<sup>12</sup>.

Nemmeno il riferimento ai reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate crea ostacoli all'astratta compatibilità con il reato continuato, posto che, come detto, tale espressione non richiama ipotesi di concorso di reati, ma fattispecie criminose che presentano come elemento tipico il compimento di più azioni o omissioni.

Con specifico riguardo alla nozione di condotte plurime, la Corte evidenzia che possono farsi rientrare in essa, come notato dalla dottrina<sup>13</sup>, quelle "fattispecie astratte in cui sono tipizzate condotte diverse, per così dire, progressive"<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> La Corte riporta come esempio, per i reati abituali, i maltrattamenti in famiglia, e per le condotte reiterate gli atti persecutori.

<sup>11</sup> Il contrasto è riconducibile al significato da attribuire al concetto di medesimo disegno criminoso. Coloro che sostengono la teoria intellettuale, per cui il medesimo disegno criminoso deve essere inteso come mera rappresentazione mentale anticipata dei singoli, ammettono il reato continuato anche per i reati colposi, essendo sufficiente la loro previsione.

Per chi aderisce alla teoria volitiva, per cui è richiesto anche un'anticipata deliberazione dei reati da commettere, o alla teoria finalistica, che richiede la preventiva programmazione e deliberazione di reati legati dalla unicità dello scopo (v. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, XI ed., Padova, 2020, 535), la continuazione comprende solo reati sorretti dalla volontà di commetterli.

<sup>12</sup> Così la Cass., Sez. Unite, 8 giugno 2017, n. 28659.

<sup>13</sup> Cfr. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, cit., 668-669 e GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.: una figura sotto assedio*, in *Archi. pen.*, 2021, 1, 7-8.

<sup>14</sup> A titolo esemplificativo la Corte vi fa rientrare le situazioni di fatto caratterizzate:

a) da ripetute dazioni di denaro in esecuzione di un unico accordo corruttivo che preveda una pluralità di atti da compiere;

b) in tema di bancarotta fraudolenta patrimoniale, da molteplici condotte di distrazione verificatesi nell'ambito dello stesso fallimento;

c) da una pluralità di condotte riconducibili a quelle descritte dall'art. 73 D.P.R. n. 309/1990, qualora siano poste in essere contestualmente, ossia indirizzate ad un unico fine e senza un'apprezzabile soluzione di continuità, mentre nell'ipotesi in cui le differenti azioni tipiche – detenzione, vendita, offerta in vendita, cessione ecc. – siano distinte sul piano ontologico, cronologico, psicologico e funzionale esse costituiscono più violazioni della stessa disposizione di legge e, quindi, reati distinti, eventualmente unificati nel vincolo della continuazione;

d) dalla pluralità delle condotte di inadempimento che integrano il delitto di frode in pubbliche

La Corte inoltre osserva che, rispetto a tale periodo, non viene ripresa la limitazione contenuta in quello precedente, per il quale la causa di non punibilità è preclusa anche se “ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità”. Da questa mancanza viene dedotto che il giudice, nel caso in cui non sia possibile riconoscere la causa di non punibilità per il reato continuato nel suo complesso, poiché soltanto alcuni fatti superano il giudizio di particolare tenuità dell’offesa o rientrano nei limiti edittali fissati dell’art. 131-*bis* c.p., può riconoscerla per i singoli reati.

Questa prospettiva è ritenuta coerente con la natura del reato continuato, considerato da parte della dottrina come reato unico a certi effetti e come insieme di più reati ad altri, a seconda che siano più favorevoli le conseguenze derivanti dall’una o dall’altra disciplina<sup>15</sup>.

Dal punto di vista sistematico, la natura del reato continuato rifletterebbe la funzione per il quale esso è stato elaborato: mitigare il trattamento sanzionatorio dell’autore che commetta una pluralità di reati in esecuzione di un medesimo disegno criminoso, differenziandolo da quello previsto per il mero concorso materiale. Diversamente, ritenere che un istituto improntato al *favor rei* possa – in assenza di valutazioni in concreto – precludere l’applicazione della causa di non punibilità dell’art. 131-*bis* c.p. apparirebbe contraddittorio.

Seguendo la scia della giurisprudenza precedente, viene richiamato anche l’argomento comparativo relativo al concorso formale. Se, per un’unica azione od omissione che realizza più illeciti penali non sussistono ragioni ostative all’applicazione della causa di non punibilità, allora ragioni di parità di trattamento impongono di considerare anche l’ipotesi disciplinata dall’art. 81 co. 2 c.p. come “unitaria” ai fini dell’applicazione dell’art. 131-*bis* c.p., trattandosi in entrambi i casi di un unico atteggiamento antidoveroso.

Per evitare che sorgano problemi inerenti alla qualificazione di unità o pluralità delle fattispecie concrete, le Sezioni unite ritengono di potersi rifare al concetto di “azione unica” seguito già in passato<sup>16</sup>, oppure alla distinzione tra reati necessariamente abituali ed eventualmente abituali<sup>17</sup>.

forniture avente ad oggetto l’esecuzione di contratti di somministrazione di beni o servizi, trattandosi di una fattispecie la cui struttura è quella propria di un reato a consumazione prolungata, dove ogni singolo comportamento contribuisce ad accentuare la lesione arrecata al bene giuridico protetto dalla norma, senza integrare un mero *post factum* penalmente irrilevante.

<sup>15</sup> In questo senso MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 540; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale parte generale*, VIII ed., Torino, 2019, 720.

<sup>16</sup> Per la teoria dell’azione unica essa può concretizzarsi non solo attraverso un unico atto ma anche quando ci sia la consumazione in più atti realizzati nel medesimo contesto spazio-temporale e ci sia una identità di fine. La tesi, seguita in dottrina da ANTOLISEI, CONTI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XVI ed., Milano, 2003, 221-223, ha ricevuto di recente l’avallo delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 40981), le quali hanno specificato che l’apprezzamento di tali caratteri (cioè la contestualità degli atti e la unicità del fine) non può prescindere da una rigorosa analisi della fattispecie astratta così come descritta dalla norma.

<sup>17</sup> A favore di questa controversa bipartizione CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Bologna, II ed., 2017, 293. Per l’ipotesi di reati eventualmente abituali posti in essere con un’unica condotta si afferma che, diversamente da quelli caratterizzati necessariamente dalla ripetizione dell’azione tipica, la causa di non punibilità di cui all’art. 131-*bis* c.p. può trovare piena applicazione.

Definiti i contorni degli istituti e la loro astratta compatibilità, la Corte ritiene che sia il giudice a dover valutare, caso per caso, senza preclusioni che non siano quelle legislativamente predeterminate, se, dalla concreta manifestazione degli illeciti avvin- ti dalla continuazione, non sia evincibile una proclività al crimine del reo e, di conse- guenza, se concedere il beneficio.

L'analisi che dovrà compiere il giudice dovrà essere effettuata considerando: a) la natura e la gravità degli illeciti unificati; b) la tipologia dei beni giuridici lesi o posti in pericolo; c) l'entità delle disposizioni di legge violate; d) le finalità e le modalità esecu- tive delle condotte; e) le motivazioni e le conseguenze che ne sono derivate; f) l'arco temporale e il contesto in cui le diverse violazioni si collocano; g) l'intensità del dolo; h) la rilevanza attribuibile ai comportamenti successivi ai fatti.

Il riferimento al contesto spazio-temporale degli illeciti richiama la distinzione tra continuazione diacronica e continuazione sincronica utilizzata dalla giurisprudenza precedente, la quale, a parere della Cassazione, non assume carattere dirimente ai fini della configurabilità della causa di non punibilità, ma costituisce solo uno dei fattori che dovranno essere valutati ai fini della considerazione dell'abitudine.

La considerazione dei comportamenti successivi ai fatti costituisce un *novum* del- la Cassazione, non rinvenibile nella precedente giurisprudenza<sup>18</sup> e non trovava riscon- tri nella formulazione dell'art. 131-*bis* c.p.

La ragione di tale inciso si comprende guardando alla legge n. 134/2021, con la quale il Parlamento ha affidato al Governo il compito di riformare alcuni aspetti del processo penale e del sistema sanzionatorio penale, al fine di perseguire una maggio- re efficienza della giustizia e, soprattutto, di velocizzarne i tempi.

All'art. 1 co. 21 della legge sono rinvenibili criteri direttivi riguardanti la modifica dell'art. 131-*bis* c.p. e in particolare alla lett. b) viene richiesto esplicitamente di dare rilievo alla condotta susseguente al reato ai fini della valutazione del carattere di par- ticolare tenuità dell'offesa. Tale indicazione è stata recepita dal legislatore delegato, che con la legge n. 150/2022 ha modificato in questo senso il comma 1.

La Corte, dunque, ritiene di dover superare il consolidato orientamento negativo e di dover valutare la condotta successiva al reato ai fini dell'apprezzamento dell'entità del danno, ovvero come possibile spia dell'intensità dell'elemento soggettivo.

Non manca, in ultimo, un passaggio sui reati permanenti, per i quali non può es- sere sancita una coincidenza con i comportamenti abituali, anche se, come già detto, tanto più si protrae la condotta, e quindi l'offesa al bene giuridico protetto, tanto più sarà difficile ritenere soddisfatto il criterio della particolare tenuità.

#### 4. Considerazioni critiche.

La Corte, attraverso la pronuncia in commento, mira a risolvere le ambiguità dell'art. 131-*bis* c.p., evidenziando che non vi sono preclusioni di ordine letterale, né tanto meno di ordine logico-sistematico, all'applicabilità della particolare tenuità del fatto al reato continuato, così rimandando ogni discorso sull'applicabilità della causa di non punibilità all'analisi delle singole situazioni.

<sup>18</sup> Tra le varie pronunce che negavano rilievo alle condotte successive al fatto cfr. Cass., Sez. V, 2 febbraio 2019, n. 660.

L'esito a cui è giunta la sentenza si presta ad osservazioni critiche, in quanto è il frutto di un percorso argomentativo non sempre convincente.

Si può apprezzare la scelta di recepire i contributi delle sentenze precedenti, in quanto, in adesione ai principi di tassatività e determinatezza, si tenta di favorire una interpretazione univoca del dato semantico e una uniforme applicazione giudiziale, che potrebbe agevolare la comprensione per i consociati delle ragioni che portano i giudici a concedere o negare la causa di non punibilità.

La uniformità e la comprensione sono tuttavia messe seriamente in discussione da un procedimento valutativo, cui è chiamato il giudice che si presenta artificioso e imprevedibile negli esiti.

Infatti, il giudice dovrebbe non solo verificare se per ciascun reato, isolatamente considerato, sia rispettato il limite relativo al *quantum* di pena, ma dovrebbe successivamente anche valutare se dagli illeciti emerge la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento, attraverso l'ausilio di otto criteri, alcuni dei quali non direttamente evincibili dal 131-*bis* c.p.<sup>19</sup>.

Nell'ipotesi in cui non sussistano i presupposti per l'applicazione del beneficio al reato continuato nel suo complesso residua il potere di accertare la scarsa lesività dei singoli reati, eventualmente sciogliendo il vincolo della continuazione ed escludendo la pena per i fatti che manifestano tale tenuità. Quest'ultimo passaggio desta le maggiori perplessità, poiché esaspera la natura "mista" del reato continuato, autorizzando il giudice a considerare, con riferimento all'applicazione dello stesso istituto, gli illeciti legati dalla continuazione in maniera unitaria o plurima o, addirittura, in maniera unitaria alcuni di essi ed in maniera autonoma gli altri<sup>20</sup>.

In più il ragionamento della Corte è discutibile laddove, per affermare la compatibilità tra causa di non punibilità e reato continuato, compara quest'ultimo al concorso formale, invocando una parità di trattamento nell'applicare l'art. 131-*bis* c.p. La causa di non punibilità si può riferire al concorso ex art. 81 co. 1 c.p. poiché esso si sostanzia in un'unica azione o omissione che non può rientrare nel comportamento abituale di cui al comma 4 dell'art. 131-*bis* c.p., disposizione che richiama reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali o reiterate. Diversamente, per il reato continuato non si può replicare lo stesso ragionamento perché, come espressamente deducibile dal comma 2 dell'art. 81 c.p., si richiede necessariamente il compimento di più azioni od omissioni.

---

<sup>19</sup> Si pensi ai criteri della tipologia dei beni giuridici lesi o posti pericolo e dell'intensità del dolo. Sulla rilevanza dell'elemento soggettivo si può notare che i requisiti indicati dall'art. 131-*bis* c.p. differiscono dai parametri posti dall'art. 133 co. 1 c.p., dallo stesso richiamato, proprio per la mancanza nella prima disposizione dell'inciso relativo all'intensità del dolo e al grado della colpa. Secondo alcuni, tali indici possono essere comunque recuperati qualora il dolo e la colpa si riverberino in determinate modalità esecutive; v. C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Milano, 2020, 693, e in giurisprudenza, su tutte, Cass., sez. un., 6 aprile 2016, n. 13681. Restano scettici MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 872 e FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale parte generale*, cit., 827.

<sup>20</sup> In questo senso cfr. MARZANO, *Gli incerti rapporti tra non punibilità per particolare tenuità del fatto e reato continuato nella giurisprudenza di legittimità: la soluzione fornita dalle Sezioni Unite*, in *Sistema Penale*, 11 Luglio 2022.

Sebbene presenti una motivazione non impeccabile e non sempre lineare, la sentenza in commento è da accogliere con favore, in quanto risulta coerente con gli scopi legislativi di proporzione della pena e di deflazione processuale sottesi all'art. 131-*bis* c.p., il cui conseguimento risulterebbe limitato qualora si affermasse l'automatica esclusione del beneficio in presenza di comportamenti espressivi di una condotta normativamente unitaria o di una deliberazione criminosa occasionale.

Positiva è la precisazione effettuata dai giudici di legittimità circa la differenza tra la continuazione e l'abitudine, chiarendo che sono concetti distinti e per questo non sovrapponibili. Come espresso dalle Sezioni Unite, il disegno criminoso che caratterizza il reato continuato richiede la previa rappresentazione e decisione da parte dell'agente di una serie di condotte criminose per raggiungere uno scopo; l'abitudine, invece, è una qualità personale di chi, con la sua persistente attività criminosa, dimostra una notevole attitudine a commettere reati.



# L'inganno. Antimafia. Usi e soprusi dei professionisti del bene

**Francesco Compagna\***

La recente pubblicazione del libro di Alessandro Barbano, lucida rappresentazione delle gravi torsioni e delle evidenti storture illiberali che caratterizzano l'attuale sistema Antimafia, ha riportato in particolare l'attenzione su un istituto, quello delle misure di prevenzione patrimoniali fondate sul mero sospetto, che appare ormai perfettamente "incardinato" nella prassi pur in assenza di un suo valido inquadramento costituzionale.

Sotto tale profilo, la riflessione dell'autore, che si sofferma sulle matrici storiche ed ideologiche di tale strumento ancor prima che sulla sua sofisticata disciplina tecnico-giuridica, prende opportunamente le mosse proprio dall'avvenuta trasposizione della confisca di prevenzione, originariamente finalizzata a sottrarre alla criminalità mafiosa le ingenti risorse patrimoniali su cui essa tende storicamente ad edificare un potere territoriale strutturato e pervasivo, verso comportamenti delittuosi di segno completamente diverso, comunemente riferibili a singoli individui piuttosto che a gruppi organizzati.

Ebbene, lungi dal rivelarsi il più evidente punto di caduta di una disciplina che si voleva di natura manifestamente emergenziale, come sarebbe stato logico attendersi sul piano logico-giuridico, l'estensione dello spazio applicativo delle confische senza condanna ne ha invece allargato a dismisura le potenzialità applicative, introducendo stabilmente nel sistema giurisdizionale un autonomo binario "patrimoniale" che si muove del tutto al di fuori delle regole costituzionali tradizionalmente condivise e che trarrebbe la sua asserita legittimazione proprio dalle moderne esigenze di contrasto dei più gravi fenomeni criminali.

La documentata analisi critica dell'istituto condotta da Barbano, animata per larghi tratti dalla coinvolgente illustrazione di alcune vicende emblematiche, pone allora opportunamente in luce tutti i suoi aspetti più paradossali: l'abituale ricorso alle misure di prevenzione anche nei confronti delle vittime della criminalità organizzata (spesso proprio a seguito delle sentenze di assoluzione pronunciate nei loro confronti); l'indelebile marchio di infamia che continua ad accompagnare i prevenuti, ed i loro eredi, a prescindere dall'esito dei giudizi di merito (un marchio tale da evidenziare,

---

\* Avvocato del foro di Roma.

già di per sé solo, la natura schiettamente penale dell'intervento ablatorio); i danni irreparabili costantemente determinati dalla gestione "commissariale" delle imprese e la conseguente inutilità pratica del procedimento di accertamento conseguente all'iniziale sequestro; gli evidenti interessi professionali destinati a pervadere simili forme di gestione di beni e di imprese altrui; la totale inconsistenza logica, prima ancora che giuridica, di gran parte delle motivazioni abitualmente addotte a sostegno dei provvedimenti ablatori di merito, spesso fondati su presunti collegamenti indiretti di natura familiare o imprenditoriale che nulla dicono invece sulle attività e sulla condotta di vita dell'interessato.

Dopo aver nitidamente tratteggiato questo vero e proprio quadro dell'assurdo, unitamente alle tragiche ingiustizie che si verificano quotidianamente al suo interno, le riflessioni dell'autore pongono pertanto in rilievo come una simile deriva costituisca la naturale conseguenza di norme ispirate da una concezione poliziesca dello Stato e come la scelta di affidarne l'operatività alla riconosciuta autorevolezza della magistratura di settore abbia purtroppo finito per trascinare anch'essa in dinamiche assai poco commendevoli, nelle quali le dichiarate finalità politico-ideologiche hanno aperto progressivamente spazio ad un ben più prosaico compiacimento per il potere in tal modo acquisito.

Lasciando da parte gli ineludibili profili politici sottesi alle diverse questioni affrontate, la forza e la precisione della denuncia svolta dall'autore inducono allora ad interrogarsi, anche in questa sede, sulla tenuta delle prime considerazioni che sono state sinora svolte, sul piano costituzionale, a sostegno della asserita legittimità di una simile deriva. Come è noto, nella sentenza n. 24 del 2019, la Corte Costituzionale aveva avuto modo di escludere, ancora una volta, la natura penale di simili interventi ablativi, prendendo al contempo atto anche dell'evidente scoloritura delle sue dichiarate finalità "preventive" ed aprendo piuttosto la strada alla possibile teorizzazione di un diritto di proprietà eternamente sottoposto ad una possibile verifica in merito alla sua sospetta provenienza.

Vale allora la pena di riportare testualmente il passaggio di interesse, nel quale la nuova funzione sottesa all'istituto viene finalmente espressa senza alcun infingimento: *"nell'ottica del sistema, l'ablazione di tali beni costituisce non già una sanzione, ma piuttosto la naturale conseguenza della loro illecita acquisizione, la quale determina (...) un vizio genetico nella costituzione dello stesso diritto di proprietà in capo a chi ne abbia acquisito la materiale disponibilità, risultando sin troppo ovvio che la funzione sociale della proprietà privata possa essere assolta solo all'indeclinabile condizione che il suo acquisto sia conforme alle regole dell'ordinamento giuridico. Non può, dunque, ritenersi compatibile con quella funzione l'acquisizione di beni contra legem, sicché nei confronti dell'ordinamento statuale non è mai opponibile un acquisto inficiato da illecite modalità"*.

In questo modo, il limite costituzionale legato alla "funzione sociale" della proprietà privata, da sempre inteso in chiave prospettica, viene invece per la prima volta autorevolmente evocato quale condizione intrinseca, da riferire alla sua effettiva legittimità etico-giuridica e da esaminare quindi in chiave retroattiva.

Proprio al cospetto di un dibattito costituzionale che fatica terribilmente ad astrarsi da una mera difesa pregiudiziale dell'esistente, il saggio di Alessandro Barbano ha allora il merito di evidenziare, con estrema chiarezza, che una simile affermazione di principio non può che determinare, nella pratica, l'immediato svuotamento di qualsia-



si forma di garanzia individuale, non appena l'inafferrabile logica del sospetto, unanimemente ritenuta inammissibile in ambito penalistico, venga invece incredibilmente elevata a criterio di valutazione del patrimonio altrui.

E proprio il fatto che ciò possa avvenire nei confronti di soggetti che non siano mai stati destinatari di alcuna condanna, su discrezionale impulso degli organi inquirenti, denota un surrettizio ribaltamento di qualsiasi visione liberale del rapporto fra Stato e cittadini, ponendo a repentaglio anche alcune conquiste che parevano invece definitivamente acquisite.

