



Corso P25002

**“INCOLPAZIONE PRELIMINARE E IMPUTAZIONE, TRA CONTROLLO
GIUDIZIALE E OBBLIGATORIETÀ DELL’AZIONE PENALE: SOLUZIONI E
DUBBI DOPO LA C.D. RIFORMA CARTABIA”**

Scandicci 22 – 24 gennaio 2025

Il sindacato del giudice sull’inculpazione preliminare dall’iscrizione all’incidente cautelare

Luigi Giordano
Sostituto Procuratore Generale della Corte di cassazione

SOMMARIO

PARTE PRIMA: Il controllo del giudice sull'iscrizione della notizia di reato.

1. La nozione di notizia di reato. - 2. segue: l'iscrizione "soggettiva" in ipotesi di responsabilità da posizione di garanzia o attività d'equipe. - 3. La disciplina dell'art. 335-ter cod. proc. pen.: L'ordine di iscrizione *ex officio*. - 4. Il controllo sulla tempestività dell'iscrizione: l'autocontrollo da parte del pubblico ministero. - 5. segue: L'accertamento della tempestività dell'iscrizione a istanza di parte. - 6. segue: I presupposti della retrodatazione. - 7. segue: Il sindacato sulla decisione

PARTE SECONDA: Il controllo del giudice sull'incolpazione cautelare

8. L'incolpazione nel procedimento cautelare. - 9. Il controllo giurisdizionale sulla qualificazione giuridica della contestazione cautelare. - 10. segue: gli effetti della diversa qualificazione del fatto operata nel subprocedimento cautelare. - 11. Il controllo giurisdizionale sulla completezza della contestazione cautelare. - 12. segue: Il fatto storicamente diverso da quello contestato. - 13. La contestazione "cd. chiusa o aperta" nei procedimenti aventi ad oggetto delitti permanenti ed abituali: *ne bis in idem* cautelare.

Premessa

La prima parte della relazione che segue concerne l'esame dei poteri di controllo del giudice sull'iscrizione della notizia di reato da parte del pubblico ministero introdotti dalla recente riforma del codice di rito. Al tal proposito, si partirà dall'esame della riforma dell'art. 335 cod. proc. pen., che ha realizzato la condizione normativa necessaria all'esercizio del controllo del giudice sulla tempestività dell'iscrizione.

Nella seconda parte, invece, ci si soffermerà sull'incolpazione preliminare formulata dall'inquirente nell'incidente cautelare, cercando di delineare quali siano i margini di intervento del giudice nella determinazione dei confini fattuali e giuridici dell'accusa elevata dal pubblico ministero.

PARTE PRIMA: Il controllo del giudice sull'iscrizione della notizia di reato.

1. La nozione di notizia di reato.

In forza dell'art. 335, comma 1, cod. proc. pen. come riformato dall'art. 15, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 150 del 2022¹, il pubblico ministero è tenuto ad iscrivere immediatamente

¹ La norma ha attuato la previsione dell'art. 1, comma 9, lett. p), della legge delega n. 134 del 2021 che ha affidato al legislatore delegato il compito di "*precisare i presupposti per l'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen della notizia di reato e del nome della persona cui lo stesso è attribuito*" per soddisfare "*esigenze di garanzia, certezza e uniformità delle iscrizioni*" tra i diversi uffici giudiziari e, allo stesso tempo, per realizzare la condizione normativa necessaria all'introduzione del controllo del giudice sulla tempestività dell'iscrizione della notizia di reato, recependo in tal modo una indicazione contenuta nella relazione finale della Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, presieduta dal Pres. G. Lattanzi, il cui testo è reperibile in www.sistemapenale.it, 25 maggio 2021. In particolare, in tale relazione è stata sottolineata "*l'importanza*

nell'apposito registro la notizia di reato definita come “*la rappresentazione di un fatto caratterizzato da determinatezza e non inverosimiglianza, riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice*”².

Recependo un insegnamento dottrinale tradizionale³, è stato ritenuto che, sul piano oggettivo, il fatto rappresentato costituisce una notizia di reato solo se presenta **il tratto della “determinatezza”**, cioè sia definito o preciso, distinguendosi, in tal modo, dal mero sospetto, dalla congettura o dall'illazione⁴.

L'utilizzo del termine fatto rimanda alla necessaria compresenza nella notizia, nella loro portata minima ed essenziale, degli elementi del fatto (condotta, evento, nesso causale)⁵.

Il contenuto minimo, al di sotto del quale non si ha una notizia di reato appare segnato dalla mancanza degli “*elementi essenziali del fatto*” che sono indicati come il contenuto della denuncia (art. 332 cod. proc. pen.) e dell'informativa della polizia giudiziaria (art. 347, comma 1, cod. proc. pen.).

La precisazione delle circostanze di tempo e di luogo non è indispensabile ad integrare il requisito della determinatezza del fatto: esse, pertanto, vanno indicate “*solo ove risultino*”. Tale previsione normativa, peraltro, non deve ingenerare dubbi: Un fatto può definirsi determinato se è descritto o delineato nel tempo e nello spazio, seppur in misura minima e orientativa⁶; l'incertezza su questi profili, peraltro, non impedisce l'iscrizione della notizia; qualora dovessero essere individuati in epoca successiva, l'iscrizione andrà in tal senso integrata con una annotazione successiva⁷.

Il fatto determinato, per integrare una notizia di reato, poi, **non deve essere inverosimile**, dovendo riscontrarsi, pertanto, la presenza di un attributo che può ingenerare valutazioni opinabili.

di definire dei parametri, attraverso il decreto delegato, per delineare i profili che impongono l'iscrizione della notizia di reato nel registro, facendo decorrere il termine di durata massima delle indagini”.

² La mancanza nel codice di rito di una definizione della notizia di reato, invero, non è stata ritenuta casuale, perché essa, risolvendosi in un fatto processuale, è stata reputata estranea al procedimento, collocandosi prima e fuori dello stesso (cfr. A. Marandola, *La notizia di reato, l'iscrizione e l'avvio del procedimento*, in G. Spangher, A. Marandola, G. Garuti, L. Kalb, *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Milano, 2015, II, 463).

³ Cfr. A. Zappulla, *Notizia di reato*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, V, 2012, 893, il quale rinvia, tra gli altri, a G. Leone, *Azione penale*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 853.

⁴ Il “sospetto di reato”, come è noto, è preso in considerazione dall'art. 116 disp. att. cod. proc. pen. nel caso della morte di una persona, imponendo al pubblico ministero di accertarne la causa.

⁵ Il riferimento è a Corte cost. n. 200 del 2016 relativa al divieto di un secondo giudizio.

⁶ Come dimostra la prassi della iscrizione con formule del tipo: “*fatto avvenuto o commesso in epoca antecedente a ...*”.

⁷ Ai sensi dell'art. 335, comma 2, cod. proc. pen., il pubblico ministero cura l'aggiornamento delle iscrizioni nel corso delle indagini preliminari quando muta la qualificazione giuridica del fatto ovvero questo risulta diversamente qualificato. L'iscrizione nel registro sotto lo stesso numero di diversi fatti in momenti differenti, invece, ai fini della decorrenza del termine delle indagini, costituisce una nuova iscrizione e non un mero aggiornamento (cfr., di recente, Sez. 5, n. 37911 del 20/07/2022, Saponara).

A completamento della componente oggettiva della notizia di reato si aggiunge la necessità della qualificazione del fatto rappresentato come corrispondente a una fattispecie incriminatrice⁸.

Il carattere della “ipoteticità” della notizia di reato, cioè la riconducibilità solo “*in ipotesi*” ad una fattispecie penale, per un verso, deriva dallo stesso scopo delle indagini preliminari, che consiste nella verifica della fondatezza della notizia di reato in vista dell’esercizio dell’azione penale; per altro verso, evidenzia che, ai fini dell’iscrizione, è sufficiente una mera corrispondenza “ipotetica” tra fattispecie concreta e fattispecie incriminatrice⁹.

È stata introdotta, dunque, una nozione di notizia di reato che costituisce una valida **linea-guida per il pubblico ministero** nel momento in cui procede all’iscrizione, riconoscendo la particolare delicatezza di un passaggio da non considerare un mero atto dovuto o formale¹⁰.

La definizione normativa accoglie le indicazioni della dottrina, che indicava la notizia di reato come l’informazione che delinea gli elementi materiali in ordine ad un fatto specifico, non importa se più o meno dettagliato¹¹, i quali facciano appena supporre il possibile configurarsi di un fatto – reato, secondo la qualificazione che, sia pure *ictu oculi*, appaia al pubblico ministero più pertinente¹². Per procedere all’iscrizione nel registro, quindi, non è stato richiesto uno standard probatorio del fatto¹³, né la verifica della sua concreta consistenza¹⁴.

⁸ In dottrina è stato sottolineato che, sotto il profilo oggettivo, la nozione di notizia di reato si compone di due elementi: la percezione di un dato e la sua qualificazione come penalmente rilevante, ovvero sia come corrispondente a una data fattispecie incriminatrice (R. Aprati, *La notizia di reato*, in *Tratt. Spangher*, III, *Le indagini preliminari e l’udienza preliminare*, a cura di G. Garuti, Torino, 2009, 6).

⁹ L’articolo 335 cod. proc. pen., pertanto, sottende che il fatto rappresentato, nel momento dell’iscrizione nel registro, pur se necessariamente determinato e non inverosimile, può presentare un *quid minoris* rispetto alla fattispecie incriminatrice astratta a cui, però, seppur solo in ipotesi, deve poter essere riferito. In tal modo, la norma, rende manifesta la diversità funzionale esistente fra notizia di reato e imputazione che è quella che ricorre tra indagini preliminari e processo.

¹⁰ La definizione, nata con lo scopo di offrire garanzia, certezza e uniformità delle iscrizioni, assicura l’omogeneità dell’atto e la regolare cadenza delle indagini, offrendo al giudice parametri oggettivi per valutare (D. Curtotti, *L’iscrizione della notizia di reato e il controllo del giudice*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Cartabia*, Pisa, 2022, 202. Per la necessità che la nozione di notizia di reato orienti l’adempimento del pubblico ministero, cfr. A. Marandola, *Notizia di reato, tempi delle indagini e stadi procedurali nella (prossima) riforma del processo penale*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2021, 12, 1566; R. Aprati, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, 2010, *passim*.

¹¹ R. Aprati, *La notizia di reato*, cit., 5 e ss.; Zappulla, *La formazione della notizia di reato: condizioni, poteri ed effetti*, Torino, 2012.

¹² Cfr. A. Marandola, *La notizia di reato*, cit., 464.

¹³ Per effettuare l’iscrizione della notizia di reato non deve essere compiuto alcun giudizio di corrispondenza fra il fatto che si assume avvenuto e ciò che è effettivamente avvenuto, neppure prognostico, per mezzo del confronto con atti probatori, perché la notizia di reato rappresenta solo l’inizio del procedimento penale (cfr. P. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in P. Ferrua, F.M. Grifantini, G. Illuminati, R. Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*, 3ª ed., Torino, 296 ss. e 305 ss.). Infatti, “*soglie probatorie, e quindi giudizi in fatto, vengono in rilievo solo dopo l’iscrizione*” (R. Aprati, *La notizia di reato*, cit., 13).

¹⁴ È stato precisato che “*la notizia di reato deve contenere una proposizione referenziale corrispondente almeno agli elementi del reato che rappresentano l’offensività, la materialità dello stesso: condotta e/o evento*” (R. Aprati, *La notizia di reato*, cit., 9).

Le caratteristiche del fatto che debbono essere riscontrate per ravvisare una notizia di reato, poi, costituiscono oggetto di **una attività valutativa**, in quanto implica un giudizio sulla sussistenza dei presupposti per l'iscrizione¹⁵, apparendo conformi alle scelte operative che, negli anni, sono state compiute negli uffici giudiziari su questo tema. Si allude, in particolare, alle circolari che i procuratori della Repubblica hanno progressivamente adottato¹⁶, con le quali è stato sottolineato come l'attività che compete all'ufficio del pubblico ministero, all'atto dell'iscrizione, non abbia un rilievo meramente ricognitivo, ma implichi un giudizio sulla sussistenza dei presupposti per l'iscrizione (oltre che del tipo di iscrizione, dovendo distinguersi tra atti che non costituiscono notizie di reato, notizie di reato a carico di persone ignote o a carico di persone note). La portata "valutativa" dell'attività veniva desunta dalla formulazione dell'art. 109 disp. att. cod. proc. pen. nella quale l'uso dell'aggettivo "eventuale" in relazione all'attività di iscrizione del pubblico ministero rimandava ad una necessaria attività di apprezzamento, quanto meno per ricondurre il fatto ad una fattispecie penale.

L'elemento di novità è costituito dalla **precisazione normativa** del parametro dell'attività valutativa allo scopo di **evitare i rischi di iscrizioni precoci e indiscriminate**: occorre riscontrare la presenza, nel fatto rappresentato, delle descritte caratteristiche di determinatezza, non inverosimiglianza e riconducibilità in ipotesi ad una fattispecie di reato¹⁷.

È stato paventato, tuttavia, che un più stringente scrutinio, in sede di valutazione della notizia, per ravvisare i tratti della determinatezza, della non inverosimiglianza e della

¹⁵ Così la Procura generale della Corte di Cassazione nei "Primi orientamenti in tema di applicazione del decreto legislativo n. 150 del 2022: iscrizione delle notizie di reato, conclusione delle indagini preliminari, a vocazione e controlli da parte del giudice", diffusi il 19 gennaio 2023.

¹⁶ Si tratta delle circolari emanate ai sensi dell'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 103 del 2017 che ha attribuito al Procuratore della Repubblica il compito di assicurare "l'osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato". La più nota di esse è Circolare della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, n. 3225 del 02/10/2017, intitolata *Osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato - (L. 103/2017)*, reperibile in www.giurisprudenzapenale.com, 22/10/2017, 4. Va segnalato altresì che, successivamente, che la Procura Generale della Cassazione, ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 106 del 2006, e, dunque, per garantire il corretto ed uniforme esercizio dell'azione penale, ha adottato in data 3/06/2019 un documento intitolato "Orientamenti e buone prassi in merito all'osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato", reperibile in rete nel sito dell'Autorità giudiziaria, che ha recepito le scelte dei procuratori di evitare automatismi nelle annotazioni, che effettuate, invece, con "estrema ponderazione e cautela".

¹⁷ È stato rilevato che la nuova norma impone di iscrivere nel registro notizie di reato per le quali siano incerte le circostanze di luogo e di tempo, mentre le circolari delle procure, ed in particolare la citata circolare della Procura di Roma, in questi casi, consentirebbero l'annotazione nel registro dei fatti non costituenti reato (C. Valentini, *The untouchables: la fase delle indagini preliminari, l'ufficio del pubblico ministero e i loro misteri*, in *Arch. pen.* 2022, 2, 21). La circolare della procura di Roma, invero, si limita a richiedere ai fini dell'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen. che il fatto sia "sufficientemente delineato nello spazio e nel tempo", ravvisando anche in tale qualità il "livello minimo di specificazione" necessario all'adempimento. Essa, perciò, non sembra porre una regola diversa rispetto a quella codificata nell'art. 335 cod. proc. pen. dal d.lgs. n. 150 del 2022, che chiede che il fatto rappresentato sia "determinato", potendo definirsi tale solo un fatto che, pur se in misura minima e con incertezze, sia comunque delineato nel tempo e nello spazio.

riconducibilità, sia pure “*in ipotesi*”, ad una fattispecie incriminatrice, potrebbe comportare la necessità di verifiche preliminari, con il rischio che aumenti il numero delle annotazioni nel registro dei fatti non costituenti reato, il cd. modello 45¹⁸, nel quale potrebbero essere iscritti fatti in precedenza qualificati come notizia di reato¹⁹.

Il timore illustrato risulta speculare rispetto a quello espresso in relazione alla modifica dei presupposti per l'iscrizione “soggettiva”²⁰.

L'iscrizione del nome della persona alla quale il reato è attribuito, infatti, ai sensi del nuovo art. 335, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., deve avvenire, contestualmente all'iscrizione della notizia di reato o in epoca successiva, **quando risultino “indizi a suo carico”**²¹. Questa locuzione

¹⁸ Su tale registro si veda, A. Marandola, *I registri del pubblico ministero tra notizia di reato ed effetti procedurali*, Padova, 2001, 370 e ss. L'iscrizione di atti nel registro non contenente notizie di reato, come è noto, può sfociare in un provvedimento di diretta trasmissione degli atti in archivio da parte del pubblico ministero in relazione a quei fatti che fin dall'inizio appaiano come penalmente irrilevanti oppure può condurre al medesimo esito della procedura prevista per le ordinarie *notitiae criminis*, qualora siano state compiute indagini preliminari o il fatto originario sia stato riconsiderato o comunque sia sopravvenuta una notizia di reato. In questo secondo caso, secondo l'indirizzo giurisprudenziale consolidato, l'eventuale richiesta di archiviazione non è condizionata dal previo adempimento, da parte del pubblico ministero, dell'obbligo di reiscrizione degli atti nel registro delle notizie di reato, in quanto la valutazione, esplicita o implicita, circa la natura degli atti spetta al titolare dell'azione penale indipendentemente dal dato formale dell'iscrizione in questo o quel registro, e al giudice per le indagini preliminari non è riconosciuto alcun sindacato né su quella valutazione, né sulle modalità di iscrizione degli atti in un registro piuttosto che in un altro (Sez. U, n. 34 del 22/11/2000, dep. 2001, Rv. 217474 - 01; Sez. 2, n. 29010 del 24/09/2020, Rv. 279810 - 01).

¹⁹ Il rischio che il confine tra le nozioni di notizia di reato e fatto non costituente reato possa spostarsi è stato evidenziato da R. Aprati, *Le indagini preliminari nel progetto di legge delega della Commissione Lattanzi*, in *www.giustiziainsieme.it*, 1° luglio 2021, § 2. La dottrina, peraltro, ha criticato la mancanza di un controllo effettivo sulle annotazioni nel modello 45, individuato come un “*nervo scoperto*” in quanto ipotesi maggiormente rischiosa per l'effettivo rispetto dell'obbligatorietà dell'azione penale (cfr. F. Cassibba – E.M. Mancuso, *Le indagini preliminari fra innovazione e continuità*, in D. Castronuovo – M. Donini – E.M. Mancuso – G. Varraso (a cura di), *Riforma Cartabia, La nuova giustizia penale*, Milano, 2023 609). Nel documento intitolato “*Orientamenti e buone prassi in merito all'osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato*” adottato dalla Procura generale della cassazione, cit., è stata sottolineata la necessità di mantenere un rapporto percentuale “fisiologico” tra il numero delle iscrizioni nel registro delle notizie di reato e quello nel registro mod. 45, dovendo contenersi, inoltre, entro limiti temporali modesti tale iscrizione.

²⁰ Nella relazione della Commissione “Lattanzi” è stato ricordato che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo fa discendere le garanzie dell'art. 6 Cedu dalla “soggettivizzazione” dell'indagine, quando questa si polarizzi, da un quadro ad ampio raggio, su specifici soggetti. L'art. 6 Cedu, in particolare, conferendo ad ogni persona il diritto a che la sua causa sia esaminata entro un termine ragionevole, si prefigge di ottenere che gli imputati non rimangano troppo a lungo sotto accusa (Corte eur. diritti dell'uomo 27 giugno 1968, Wemhoff c. Germania, § 18; Corte eur. diritti dell'uomo [GC] 3 dicembre 2009, Kart c. Turchia, § 68). Il momento da prendere in considerazione per valutare la durata ragionevole del processo è quello a partire dal quale l'interessato è informato dell'accusa o quello in cui le misure adottate nell'ambito di un'inchiesta o di un procedimento penale hanno inciso in maniera sostanziale sulla sua situazione (Corte eur. diritti dell'uomo 28 maggio 2019, Liblik e altri c. Estonia, § 94, in *Dir. pen. e processo*, 2019, 9, 1316).

²¹ Secondo l'indirizzo giurisprudenziale consolidato, il termine per le indagini preliminari decorre in modo autonomo per ciascun indagato dal momento dell'iscrizione del suo nominativo nel registro delle notizie di reato e, per la persona originariamente sottoposta ad indagini, da ciascuna successiva iscrizione di una nuova fattispecie penale, salvi i casi di mutamento della qualificazione giuridica del fatto o dell'accertamento di circostanze aggravanti (Sez. 6, n. 19053 del 12/03/2003, Rv. 227380 – 01; Sez. 2, n. 22016 del 06/03/2019, Rv. 276965 - 01).

deve intendersi nel senso che, ai fini dell'iscrizione soggettiva, occorre qualcosa di più della sussistenza di “meri sospetti” nei confronti di una persona, ma qualcosa in meno rispetto “a sufficienti o gravi indizi”²². In tale modo, tuttavia, sarebbe stata codificata una regola non conforme all'orientamento giurisprudenziale consolidato, che, ai fini dell'iscrizione soggettiva, richiede la sussistenza di “*specifici elementi indizianti*”²³ e che sarebbe più rigorosa²⁴.

Non pare, però, che la differenza lessicale illustrata debba essere enfatizzata²⁵: gli “indizi” che richiede il nuovo art. 335, comma 1-bis, cod. proc. pen. non possono che essere “specifici” in quanto relativi alla persona il cui nome è annotato nel registro perché debbono essere “a suo carico”. La nuova norma, dunque, appare riflettere l'indirizzo della giurisprudenza, peraltro recepito nelle circolari che, sul tema dell'iscrizione, i procuratori della Repubblica hanno progressivamente adottato²⁶.

In questi termini sembra orientarsi anche la giurisprudenza di legittimità, essendo stato affermato che l'obbligo del pubblico ministero di iscrivere nel registro delle notizie di reato il nome della persona alla quale lo stesso è attribuito sussiste, ai sensi dell'art. 335, comma 1-bis, cod. proc. pen., solo **qualora siano stati acquisiti indizi**, i quali, pur non dovendo avere lo spessore di quelli che legittimano l'emissione di provvedimenti restrittivi, **devono possedere una significativa capacità di individuare un nucleo di condotta attribuita a quella persona**, sicché **non può riconoscersi rilievo a meri sospetti di coinvolgimento nel reato**²⁷.

2. segue: l'iscrizione “soggettiva” in ipotesi di responsabilità da posizione di garanzia o attività d'equipe.

In relazione al profilo dell'iscrizione soggettiva va rilevato che, anche dopo la riformulazione dell'art. 335 cod. proc. pen., rimangono profili di criticità circa l'obbligo di

²² La dottrina ha sempre affermato che l'iscrizione soggettiva presuppone una attenta e ponderata valutazione (cfr., tra gli altri, A. Marandola, *Notizia di reato, tempi delle indagini e stadi procedurali nella (prossima) riforma del processo penale*, cit., 1566).

²³ Sez. U, n. 16 del 21/06/2000, Tammaro, secondo cui “l'obbligo d'iscrizione (presuppone) che a carico di una persona emerga l'esistenza di specifici elementi indizianti e non di meri sospetti”; Sez. 5, n. 22340 del 08/04/2008, Rv. 240491 - 01; Sez. U, n. 40538 del 24/09/2009, Lattanzi, Rv. 244376 - 01, in *Cass. pen.* 2010, 503 e ss., con nota di R. Aprati, *Confermata l'insindacabilità della data di iscrizione del nominativo dell'indagato nel registro delle notizie di reato*; Sez. 1, n. 34637 del 22/05/2013, Longo, Rv. 257120 - 01.

²⁴ Cfr. M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia*, in <www.sistemapenale.it>, 2 novembre 2022, 39.

²⁵ In questi termini, anche la Procura generale della Corte di Cassazione nei “*Primi orientamenti in tema di applicazione del decreto legislativo n. 150 del 2022: iscrizione delle notizie di reato, conclusione delle indagini preliminari, avocazione e controlli da parte del giudice*”, diffusi il 19 gennaio 2023, cit.

²⁶ È stato rilevato, in modo sostanzialmente conforme a quanto illustrato, che il legislatore ha elevato a dignità normativa regole di protocollo contenute negli strumenti di *soft law* di cui si sono dotate le procure della Repubblica (cfr. F. Cassibba – E.M. Mancuso, *Le indagini preliminari fra innovazione e continuità*, cit. 610).

²⁷ Sez. 1, n. 36918 del 11/07/2024, Rv. 287130 - 01.

iscrizione nelle ipotesi di **responsabilità da posizione di garanzia o da attività di equipe**, allorquando, a fronte di un dato iniziale spesso anodino, l'emersione di concreti "indizi" può derivare solo dal compimento di attività di indagine sovente di carattere irripetibile o tendenzialmente tale²⁸.

Il tema, dopo il d.lgs. n. 150 del 2022, appare ancora più complesso. Accanto alle già preesistenti esigenze di garanzia nei confronti dei soggetti da iscrivere, infatti, si è aggiunta l'inedita necessità di scongiurare postume dichiarazioni di inutilizzabilità di atti di indagine derivanti dal (nuovo) controllo giudiziale sulla tempestività della iscrizione di cui all'art. 335-*quater* cod. proc. pen.

Al riguardo, appare utile rilevare che:

- il dato indiziario "determinato e specifico", idoneo alla iscrizione, sembra tendere tanto più a degradarsi quanto più è ampia, sul piano numerico, la platea dei **soggetti semplicemente indicati** (nell'esposto, querela, denuncia, o altra forma di comunicazione) come intervenuti nel processo causale ipoteticamente generativo del reato ipotizzabile;

- secondo un indirizzo della giurisprudenza di legittimità, in tema di accertamento tecnico non ripetibile, gli avvisi di cui all'art. 360, comma 1, cod. proc. pen. sono dovuti solo in presenza di **consistenti sospetti di reato**, sia sotto il profilo oggettivo, sia in ordine alla sua attribuibilità²⁹;

- nel caso in cui il pubblico ministero debba procedere ad accertamenti tecnici non ripetibili previsti dall'art. 360 cod. proc. pen., l'obbligo di dare l'avviso al difensore ricorre soltanto nel caso in cui, già al momento del conferimento dell'incarico al consulente, sia già stata individuata la persona nei confronti della quale si procede; a tal fine, però, **non è decisivo il dato formale** della iscrizione nel registro degli indagati, dovendosi procedere con le garanzie di cui all'art. 360 cod. proc. pen. non soltanto nei confronti della persona il cui nominativo risulti già iscritto, ma anche a quella che risulta nello stesso momento raggiunta da "indizi" di reità quale autore del reato³⁰.

Resta in conclusione rimesso al pubblico ministero l'**attento e prudente apprezzamento delle situazioni** volta per volta emergenti dalla comunicazione, al fine di verificare la sussistenza di elementi (che potrebbero, se sorretti da precise indicazioni o allegazioni, anche risultare dalle

²⁸ Così la Procura generale della Corte di Cassazione nei "*Primi orientamenti in tema di applicazione del decreto legislativo n. 150 del 2022: iscrizione delle notizie di reato, conclusione delle indagini preliminari, avocazione e controlli da parte del giudice*", diffusi il 19 gennaio 2023, cit.

²⁹ Sez. 4, n. 20093 del 28/01/2021, Rv. 281175 – 01, in una fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da censure la sentenza che aveva ritenuto utilizzabile, in un processo per omicidio colposo da responsabilità medica, l'esame autoptico eseguito senza previo avviso al difensore del ricorrente, in quanto gli "indizi" a suo carico erano emersi solo a seguito dell'espletamento dell'accertamento tecnico; Sez. 4, n. 20591 del 23/02/2010, Rv. 247327 – 01; Sez. 1, n. 37072 del 08/06/2004, Rv. 229970 – 01.

³⁰ Sez. 4, n. 16819 del 14/01/2021; Sez. 2, n. 34745 del 26/04/2018, Rv. 273543 – 01; Sez. 5, n. 5581 del 08/10/2014 - dep. 05/02/2015, Ciodaro e altro, Rv. 264216; Sez. 5, n. 6237 del 21/12/2010, dep. 2011, Rv. 249296-01.

dichiarazioni dell'esponente) potenzialmente oltrepassanti la soglia dei meri "sospetti", così da eliminare in radice il rischio di indagini condotte nei confronti di ignoti, i cui esiti siano poi dichiarati inutilizzabili per effetto del successivo controllo giudiziale; al contrario, la mancanza di tali elementi – ed in particolare l'assenza nella "notizia" di un legame eziologico palese e diretto fra la condotta di uno o più membri dell'equipe e l'evento occorso - sembra legittimare l'organo inquirente all'eventuale iscrizione dei soggetti indagati ad un momento più avanzato della fase preliminare.

3. La disciplina dell'art. 335-ter cod. proc. pen.: L'ordine di iscrizione ex officio.

L'art. 15, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 150 del 2022 ha attuato la direttiva contenuta nell'art. 1, comma 9, lett. r), della legge n. 134 del 2021, introducendo l'art. 335-ter cod. proc. pen. che disciplina l'ordine di iscrizione del nome della persona sottoposta ad indagine.

Questa disposizione fa parte di un **sistema di controlli sull'iscrizione delle notizie di reato da parte del pubblico ministero**³¹ che si compone di diversi momenti:

- la possibilità per lo stesso pubblico ministero di retrodatare l'iscrizione nel registro (art. 335, comma 1-ter, cod. proc. pen.);
- la richiesta della persona indagata al giudice di accertare la tempestività dell'iscrizione (art. 335-quater cod. proc. pen.);
- ed appunto, l'ordine di iscrizione del nome della persona sottoposta alle indagini adottato d'ufficio dal giudice per le indagini preliminari (art. 335-ter cod. proc. pen.)³².

La formulazione della norma ricalca le previsioni del previgente art. 415, commi 2, secondo periodo, e 2-bis, cod. proc. pen. Secondo tali disposizioni, abrogate rispettivamente dall'art. 22, comma 1, lett. i) e dall'art. 98 dello stesso d.lgs. n. 150 del 2022, nel procedimento a

³¹ Ridisegnando in diversi tratti la fisionomia della fase delle indagini, il legislatore è intervenuto sul profilo delle "garanzie", implementando un meccanismo dei controlli per mezzo dell'apertura c.d. finestre di giurisdizione volte a temperare i poteri del magistrato inquirente (In questo senso, C. Conti, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, in Dir. pen. proc. 2023, 142; A. Cabiale, *I nuovi controlli giudiziari sui tempi della fase investigativa: una riforma tanto attesa quanto indispensabile*, in Leg. pen. (web), 4 marzo 2022, 3, 9; A. Marandola, *Il controllo sulla legalità delle indagini e i rimedi alla (possibile) stasi*, in Dir. pen. proc. 2023, 154 ss.).

³² L'avvento della tecnologia, come è noto, ha comportato la sostituzione dei registri cartacei con registri informatici. E' stato introdotto il S.I.C.P., ossia il sistema informativo della cognizione penale, che costituisce la banca informativa di tutti i dati fondamentali della fase di cognizione del processo penale. Il prospetto degli indagati estrapolato da tale registro è idoneo ad esaurire la funzione dichiarativa demandata all'iscrizione della notizia di reato (Cfr. F. Vergine, *L'iscrizione della notizia di reato nel registro: ordine del PME adempimenti di segreteria. L'incipit investigativo nel nuovo assetto normativo*, in Dir. Pen. Processo 2024, 4, 516). Il S.I.C.P. - Sistema informativo della cognizione penale - assolve ad una funzione interamente sostitutiva dei registri cartacei, sicché i relativi estratti sono idonei a comprovare le relative iscrizioni, cfr. Sez. 5, n. 40500 del 24/09/2019, Rv. 277345 - 02, in *IUS Processo Telematico*, 29 gennaio 2020, con nota L. Giordano, *La Corte di cassazione e la funzione del S.I.C.P.*; Sez. 2, n. 12423 del 23/01/2020, Rv. 279337 - 01;

carico di ignoti, il giudice per le indagini preliminari a cui fosse stata chiesta l'archiviazione ovvero l'autorizzazione a proseguire le indagini, qualora avesse ritenuto che il reato fosse ascrivibile ad una persona già individuata, doveva ordinare d'iscriverne il nome nell'apposito registro³³. Il nuovo art. 335-ter cod. proc. pen. ha esteso il precetto contenuto nelle norme appena indicate in due direzioni: da un lato, **l'ordine può essere adottato non solo nel procedimento a carico di ignoti**, ma anche in quello contro indagati noti, consentendo al giudice di individuare ulteriori persone da iscrivere nel registro, oltre a quelle che già vi figurano; dall'altro, **il giudice può ordinare l'iscrizione "quando deve compiere un atto del procedimento"** e non soltanto quando è chiamato a disporre l'archiviazione o a consentire la proroga delle indagini.

In forza della nuova norma, ad esempio, quando il giudice per le indagini preliminari è chiamato ad emettere un decreto di intercettazione, potrebbe ordinare l'iscrizione del nominativo di una persona nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen.³⁴

L'art. 335-ter cod. proc. pen. ha determinato **una rilevante modifica dei rapporti tra il giudice e il pubblico ministero**, perché riconosce al primo l'esercizio di un potere processuale che prima della riforma veniva considerato strutturalmente abnorme³⁵.

La prerogativa giudiziale, nondimeno, concerne unicamente soggetti a cui venga addebitato **quello stesso fatto - reato** che forma oggetto del procedimento nel quale il giudice è chiamato a provvedere; in caso contrario, infatti, si determinerebbe una invasione nella sfera di competenze del pubblico ministero³⁶. Il giudice, pertanto, ove ritenesse sussistenti fatti diversi, non deve ordinare l'iscrizione, ma semmai procedere alla denuncia degli stessi³⁷.

³³ È stato precisato che queste previsioni normative dimostravano che i poteri di intervento del giudice sono tipici e nominati, escludendosi dunque che potesse essergli riconosciuto, in via interpretativa, l'attribuzione della prerogativa di adottare un provvedimento surrogatorio della mancata iscrizione o del ritardo del pubblico ministero non previsto dalla legge (cfr., Sez. U, n. 40538 del 24/09/2009, Lattanzi, Rv. 244376 - 01 Lattanzi, cit.).

³⁴ La dottrina appariva incline a ritenere utile che il sindacato sulla tempestività dell'iscrizione venisse esercitato su iniziativa officiosa del giudice nei casi in cui questi fosse chiamato a prendere una decisione durante le indagini su una base probatoria (cfr. A Marandola, *Notizia di reato, tempi delle indagini e stadi procedurali nella (prossima) riforma del processo penale*, cit., 1566; C. Fanuele, *La notizia di reato: sagoma, tempi di iscrizione e controlli*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 1, 37 e ss.; R. Fonti, *Strategie e virtuosismi per l'efficienza e la legalità delle indagini preliminari*, cit., 106).

³⁵ Così la Procura generale della Corte di Cassazione nei *"Primi orientamenti in tema di applicazione del decreto legislativo n. 150 del 2022: iscrizione delle notizie di reato, conclusione delle indagini preliminari, avocazione e controlli da parte del giudice"*, diffusi il 19 gennaio 2023, cit.

³⁶ Secondo la Procura generale della Corte di Cassazione nei *"Primi orientamenti in tema di applicazione del decreto legislativo n. 150 del 2022: iscrizione delle notizie di reato, conclusione delle indagini preliminari, avocazione e controlli da parte del giudice"*, diffusi il 19 gennaio 2023, cit. l'atto con il quale il giudice ordinasse l'iscrizione per fatti diversi rispetto a quello di per cui si procede sarebbe da ritenersi abnorme perché, pur essendo in astratto manifestazione di legittimo potere, è stato dotato al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste al di là di ogni ragionevole limite e, come tale, potrebbe essere impugnato con ricorso per cassazione.

³⁷ Bisogna evitare, del resto, che il potere riconosciuto al G.i.p. non si trasformi in inquisitorio, rimanendo a tutela dell'indagato (cfr. R. Fonti, *Strategie e virtuosismi per l'efficienza e la legalità delle indagini*

La nuova disposizione ha attribuito al giudice per le indagini preliminari un potere che comporta una sorta di vigilanza sul compimento dell'adempimento, mirando a garantire la completezza dell'iscrizione ed a rimediare agli eventuali ritardi del pubblico ministero rispetto all'obbligo di procedere *“immediatamente”*. In questa prospettiva, l'ordine di iscrizione persegue una finalità diversa rispetto a quello previsto dal previgente art. 415, commi 2 e 2-bis, cod. proc. pen., che era volto ad impedire l'elusione dell'obbligo previsto dall'art. 112 Cost.³⁸.

La norma suscita comunque perplessità con riguardo alla esistenza di **una effettiva “base conoscitiva”** che permetta al giudice di esercitare la prerogativa illustrata: il giudice per le indagini preliminari, difatti, interviene *ad acta*; egli conosce soltanto gli atti processuali che gli sono trasmessi dal pubblico ministero a sostegno delle richieste, ma non possiede la cognizione completa del fascicolo; ne deriva che l'adozione in concreto di un ordine di iscrizione potrebbe risultare difficile³⁹.

Il giudice per le indagini preliminari, anzi, non sempre è informato dei soggetti iscritti nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen. Proprio, per assicurare un margine di effettività ai nuovi poteri assegnati al giudice per le indagini preliminari, l'art. 41, comma 1, lett. m), del d.lgs. n. 150 del 2022 ha inserito, tra le disposizioni di attuazione al cod. proc. pen., **il nuovo art. 110-ter** secondo cui, ogni qual volta avanza una richiesta al giudice, il pubblico ministero deve anche indicargli la notizia di reato ed i soggetti ai quali è ascritta⁴⁰.

L'ordine di iscrizione del nominativo della persona a cui deve essere attribuito il reato, in ogni caso, va adottato con decreto motivato, *“sentito il pubblico ministero”*, e ciò al fine di prevenire l'eventualità di iscrizioni che, alla luce di atti di cui il giudice non abbia avuto conoscenza, non siano realmente necessarie. L'art. 335-ter cod. proc. pen., peraltro, **non impone lo svolgimento di un contraddittorio camerale** nelle forme previste dall'art. 127 cod. proc. pen.

Il provvedimento del giudice contiene il nominativo della persona da iscrivere, ma **non l'indicazione della data** in cui l'iscrizione sarebbe dovuta avvenire. In coerenza con l'impianto codicistico, che riserva al pubblico ministero la prima decisione sulla data in cui è emersa la *notitia criminis*, lasciando al giudice solo un potere di controllo, è il pubblico ministero a

preliminari, in A. Marandola (a cura di), *Riforma Cartabia e processo penale. La legge delega tra impegni europei e scelte valoriali*, cit. Milano, 2022, 108).

³⁸ L'ordine di iscrizione che era previsto dall'art. 415 cod. proc. pen., secondo la giurisprudenza, si giustificava in ragione *“della necessità di sottoporre al sindacato giurisdizionale la domanda di “inazione” che il pubblico ministero promuove, attraverso la richiesta di archiviazione per essere ignoto l'autore del fatto”* (così, Sez. U, n. 40538 del 24/09/2009, Lattanzi, Rv. 244376 - 01 Lattanzi, cit.).

³⁹ Cfr., C. Valentini, *The untouchables: la fase delle indagini preliminari, l'ufficio del pubblico ministero e i loro misteri*, cit., 25, la quale precisa che si ripropone lo stesso problema che ha reso ineffettivo il controllo del gip sulla necessità di disporre la proroga delle indagini.

⁴⁰ Nella relazione illustrativa del decreto legislativo è stato osservato che, in forza della nuova disposizione di attuazione, pare ragionevole ritenere che dovrebbe essere superata la prassi di annotare nel registro il nome di un unico responsabile, seguito dalla dicitura *“ed altri”*.

provvedere all'iscrizione, indicando anche la data a partire dalla quale decorrono i termini delle indagini. Per questa ragione, l'art. 335-ter, comma 2, cod. proc. pen. lascia ferma la facoltà dell'indagato di promuovere il procedimento per verificare la tempestività dell'iscrizione. Del resto, sebbene sia possibile che il giudice emetta l'ordine nel momento stesso in cui emergono gli indizi a carico del soggetto da iscrivere (si pensi al caso in cui un testimone renda dichiarazioni accusatorie nel corso d'un incidente probatorio), in concreto la decisione si basa sulla valutazione di atti che precedono il provvedimento giudiziale e che sono stati raccolti dal pubblico ministero.

Al pubblico ministero, infine, non sono riconosciuti rimedi per contestare la legittimità dell'ordine impartito dal giudice, ove ritenesse insussistenti i presupposti che rendevano doverosa l'iscrizione della persona come indagato, pur se la decisione potrebbe incidere sul regime di utilizzabilità degli atti eventualmente già compiuti⁴¹. In tal caso, il pubblico ministero che non condividesse l'ordine del giudice, pur dovendosi dare seguito, potrebbe far valere le proprie ragioni **richiedendo l'archiviazione** nei confronti della persona cui l'ordine si riferisce⁴².

Nel caso di inottemperanza all'ordine di iscrizione coatta non è previsto un potere di sostituzione del giudice nell'adempimento, rimanendo come rimedi solo gli strumenti dell'avocazione o delle sanzioni disciplinari.

E' stato ritenuto che, in mancanza della previsione di una disciplina transitoria, l'art. 335-ter cod. proc. pen. dovrebbe trovare applicazione anche per i procedimenti già iscritti alla data del 30 dicembre 2022, di entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2022 ex art. 99-bis dello stesso decreto, inserito dall'art. 6 del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162⁴³. Il provvedimento del giudice, infatti, determina una nuova iscrizione nel registro dalla quale decorrono i relativi termini⁴⁴.

4. Il controllo sulla tempestività dell'iscrizione: l'autocontrollo da parte del pubblico ministero.

⁴¹ Si allude, per esempio, al caso in cui il giudice per le indagini preliminari abbia ordinato l'iscrizione di una persona in precedenza assunta a sommarie informazioni testimoniali sulla scorta di elementi già nella disponibilità del pubblico ministero alla data in cui detto atto è stato compiuto.

⁴² Secondo la Procura generale della Corte di Cassazione nei *"Primi orientamenti in tema di applicazione del decreto legislativo n. 150 del 2022: iscrizione delle notizie di reato, conclusione delle indagini preliminari, a vocazione e controlli da parte del giudice"*, diffusi il 19 gennaio 2023, cit. non appare più praticabile la prassi di indicare un unico responsabile nel provvedimento di iscrizione seguita dalla dicitura *"ed altri"*.

⁴³ Cfr. M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia*, cit., 40.

⁴⁴ Secondo l'indirizzo giurisprudenziale consolidato, il termine per le indagini preliminari decorre in modo autonomo per ciascun indagato dal momento dell'iscrizione del suo nominativo nel registro delle notizie di reato (Sez. 6, n. 19053 del 12/03/2003, Rv. 227380 – 01; Sez. 2, n. 22016 del 06/03/2019, Rv. 276965 - 01, Nicotra, cit.).

Nell'art. 335 cod. proc. pen. è stato introdotto un nuovo comma 1-ter con il quale è stato consentito al pubblico ministero di porre rimedio all'eventuale ritardo dell'iscrizione della notizia di reato senza attendere necessariamente l'attivazione del rimedio giurisdizionale ad istanza dell'indagato introdotto dal nuovo art. 335-quater cod. proc. pen. Pertanto, ove non abbia provveduto tempestivamente all'annotazione, il pubblico ministero può procedere ad indicare la data anteriore a partire dalla quale l'iscrizione deve intendersi effettuata.

Questa norma ha recepito una prassi virtuosa già seguita da alcune Procure della Repubblica⁴⁵. Proprio l'esistenza di tale prassi permette di ritenere che il legislatore delegato abbia solo reso esplicito un potere di cui il pubblico ministero era già titolare⁴⁶. Se l'art. 335 cod. proc. pen. assegna all'organo pubblico il potere – dovere di provvedere all'iscrizione del nominato della persona indagata, gli riconosce anche, nell'esercizio di una sorta di “auto-tutela”, di riparare al ritardo con cui avesse eseguito l'adempimento.

In mancanza di una disciplina transitoria, la previsione normativa illustrata dovrebbe applicarsi anche ai procedimenti già iscritti alla data del 30 dicembre 2022 in cui, come è già stato segnalato, entra in vigore del d.lgs. n. 150 del 2022, perché ha solo codificato una prerogativa del pubblico ministero già insita in quella di provvedere all'iscrizione.

5. segue: L'accertamento della tempestività dell'iscrizione a istanza di parte.

L'orientamento giurisprudenziale consolidato riconosceva una significativa discrezionalità al pubblico ministero nell'apprezzamento dei presupposti per procedere all'iscrizione della notizia di reato, escludendo che la sua determinazione potesse essere sindacata⁴⁷. Una nota sentenza delle Sezioni unite, in particolare, aveva affermato il principio

⁴⁵ In questi termini si esprime la Relazione illustrativa del decreto legislativo n. 150 del 2022.

⁴⁶ È stato rilevato che, essendo lui stesso a provvedere in tal senso, il magistrato requirente che procede alla retrodatazione dell'iscrizione avrà già valutato le ripercussioni di tale atto sui termini per le indagini e per l'azione (C. Conti, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: Nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2023, 1, 142).

⁴⁷ Secondo un indirizzo giurisprudenziale, ai fini della previsione di cui all'art. 405 cod. proc. pen., la decorrenza del termine delle indagini preliminari va calcolata dal momento della effettiva iscrizione nel registro delle generalità della persona alla quale il reato stesso sia stato attribuito e non da quello in cui il pubblico ministero ha disposto l'iscrizione medesima (Sez. 6, n. 25385 del 19/03/2012, Rv. 253100 - 01; Sez. 2, n. 12423 del 23/01/2020, Rv. 279337 - 01). Un diverso indirizzo, invece, sostiene che il termine delle indagini preliminari decorre dalla data del provvedimento con cui il pubblico ministero ha disposto l'iscrizione e non da quella in cui l'annotazione è stata materialmente eseguita dalla segreteria (Sez. 5, n. 44909 del 04/07/2017, Rv. 271619 - 01, su questa sentenza si veda F. Vergine, *L'iscrizione della notizia di reato nel registro: ordine del PM e adempimenti di segreteria. L'incipit investigativo nel “nuovo” assetto normativo*, in *Dir. pen. proc.* 2024, 521). In senso critico anche F. 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, 13, secondo cui “A questa portata costitutiva dell'ordine del p.m. non è attualmente allineato il SICP che, piuttosto, permette di monitorare i termini a decorrere dall'effettiva iscrizione informatica del primo. Un difetto affatto trascurabile con potenziali effetti esiziali sull'utilizzabilità degli atti svolto dopo la decorrenza del termine”.

secondo cui il giudice non poteva stabilire una decorrenza del termine per le indagini preliminari diversa da quella in cui il pubblico ministero aveva provveduto ad iscrivere, nel registro delle notizie di reato, il nominativo della persona alla quale il reato è attribuito⁴⁸. Gli eventuali ritardi nella iscrizione, sia della notizia di reato, sia del nominativo cui il reato è attribuito, erano privi di conseguenze agli effetti di quanto previsto dall'art. 407, comma 3, cod. proc. pen.; essi, dunque, non determinavano l'inutilizzabilità degli atti, anche se si trattava di ritardi colpevoli o abnormi, fermi restando gli eventuali **profili di responsabilità disciplinare**⁴⁹ o **penale** del pubblico ministero.

Questo indirizzo giurisprudenziale è stato superato dall'art. 15, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 150 del 2022 che, in attuazione della direttiva prevista dall'art. 1, comma 9, lett. q), della legge delega, ha introdotto il nuovo art. 335-*quater* cod. proc. pen., disciplinando l'accertamento da parte del giudice della tempestività dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato.

È stata accolta, pertanto, **la soluzione richiesta dalla dottrina sostanzialmente unanime su uno dei temi più dibattuti del diritto processuale penale**⁵⁰, con lo scopo di superare prassi

⁴⁸ Sez. U, n. 40538 del 24/09/2009, Lattanzi, Rv. 244376 – 01; più di recente, Cass. 14 novembre 2018 – 30 gennaio 2019, n. 4844, Ludovisi; in precedenza, Cass., sez. un., 21 giugno 2000, n. 16, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2000, 3259 e ss.

⁴⁹ Il ritardo nell'iscrizione dell'indagato nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen., poiché l'iscrizione è espressione di attività interpretativa e applicativa di norme di diritto, assume rilievo disciplinare allorquando il provvedimento sia stato adottato sulla base di un errore macroscopico o di una negligenza grave e inescusabile, rivelatrice di scarsa ponderazione, approssimazione, frettolosità o limitata diligenza, idonee a riverberarsi negativamente sulla credibilità del magistrato o sul prestigio dell'ordine giudiziario. Ciò perché, in presenza di un errore che abbia le caratteristiche sopra indicate, non viene messo in discussione il contenuto del provvedimento giurisdizionale, bensì il comportamento deontologicamente deviante posto in essere dal magistrato nell'esercizio della sua funzione (Sez. U civ., n. 12446 del 19/04/2022 che richiama, in motivazione, Sez. U, n. 11586 del 2/05/2019 e Sez. U civ., n. 33328 del 21/12/2018).

⁵⁰ La dottrina segnalava la necessità di introdurre tale controllo; si veda, tra gli altri, R. Aprati, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, 2010, 137; E.M. Catalano, *L'abuso del processo*, Milano, 2004, 162; R. Del Coco, *Tempestività nell'iscrizione della notizia criminis: il difficile bilanciamento tra poteri del P.M. e controllo giurisdizionale*, in *Giur. it.*, 2010, 2172-2173; F.R. Dinacci, *I controlli sui tempi di iscrizione della notizia di reato. Storia di una nomofilachia mancata*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, 153; C. Fanuele, *La ricostruzione del fatto nelle investigazioni penali*, Padova, 2012, 41; V. Maffeo, *Tempi e nomina juris nelle indagini preliminari. L'incertezza del controllo*, Bari, 2020, 89; B. Nacar, *I termini e la ragionevole durata del processo penale*, Torino, 2012, 183; D. Vicoli, *La "ragionevole durata" delle indagini*, 159; A. Zappulla, *La formazione della notizia di reato*, Torino, 2012, 313 ss.

dilatorie, ritenute lesive dei diritti della difesa⁵¹ perché si risolverebbero in un aggiramento degli art. 405 e 407 cod. proc. pen.⁵²

L'introduzione dell'accertamento della tempestività dell'iscrizione costituisce un **profilo critico** della riforma del codice di rito per le conseguenze che derivano dall'eventuale verifica del ritardo: qualora l'esito del controllo determinasse la retrodatazione dell'iscrizione effettuata tardivamente dal pubblico ministero, infatti, si dovrebbe procedere ad un nuovo calcolo dei tempi di durata delle indagini che decorrerebbero dalla nuova data fissata dal giudice, con l'eventuale inutilizzabilità ex art. 407, comma 3, cod. proc. pen. di tutti gli atti di indagine compiuti dopo la scadenza del termine⁵³.

Tale accertamento presuppone **un atto di impulso che proviene dalla persona sottoposta alle indagini**, la quale può chiedere al giudice di verificare la tempestività dell'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen. della notizia di reato che la riguarda e del suo nome. La direttiva della legge delega, invero, ha previsto che la richiesta debba provenire dall'interessato, utilizzando una locuzione ampia che pare evocare la legittimazione anche di soggetti diversi, purché portatori di un interesse⁵⁴. Il legislatore delegato, invece, ha opportunamente circoscritto alla sola persona sottoposta alle indagini la legittimazione alla proposizione della richiesta.

Il nuovo art. 335-*quater*, comma 1, cod. proc. pen., poi, ha recepito la previsione della direttiva della legge delega quanto al contenuto dell'istanza, stabilendo che debba essere motivata, con **l'indicazione, a pena di inammissibilità, delle "ragioni che la sorreggono"**. A tale profilo

⁵¹ Sulla lesione dei diritti della difesa, si vedano, tra gli altri, A. Camon, *Le indagini preliminari*, in A. Camon, C. Cesari, M. Daniele, M.L. Di Bitonto, D. Negri, P.P. Paulesu, *Fondamenti di procedura penale*, Milano, 2020, 392, il quale ha osservato che, se è vero che una registrazione affrettata può avere ripercussioni sull'immagine e sulla reputazione del soggetto iscritto, "anche un'iscrizione tardiva può avere conseguenze negative perché rischia di risolversi in una confisca di diritti"; N. Galantini, *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale tra interesse alla persecuzione penale e interesse all'efficienza giudiziaria*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 23/09/2019, 9; G. Tabasco, *Annotazione tardiva della notizia criminis "soggettivizzata" e autodifesa*, in A. Scalfati (a cura di), *Pre-investigazioni (Espedienti e mezzi)*, Torino, 93; N. Triggiani, *Legalità opaca: raccolta atipica e pre-investigazioni*, in *Arch. pen.* 2021, 1, 6.

⁵² R. Fonti, *Strategie e virtuosismi per l'efficienza e la legalità delle indagini preliminari*, in A. Marandola (a cura di), *Riforma Cartabia e processo penale. La legge delega tra impegni europei e scelte valoriali*, cit., 101.

⁵³ L'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti oltre il termine delle indagini preliminari è ritenuta dall'orientamento giurisprudenziale consolidato di natura "fisiologica", sicché non può essere dedotta nel caso di scelta del rito abbreviato (Cass. 19 luglio 2023 – 2 agosto 2023, n. 33983, A.A.; Cass. 24 ottobre 2017 – 31 gennaio 2018, n. 4694, Picone ed altri; Cass. 19 dicembre 2011 – 30 marzo 2012, n. 12085, Inzitari; Cass. 12 luglio 2010 – 29 ottobre 2010, n. 38420, P.G. in proc. La Rosa e altri; Cass., sez. un., n. 16/2000, cit.). L'indirizzo giurisprudenziale consolidato, inoltre, interpretando la locuzione "atti d'indagine", riconduce nell'ambito della sanzione solo gli atti con efficacia probatoria, con esclusione dei provvedimenti cautelari (cfr., *ex plurimis*, Cass. 28 novembre 2007 – 7 dicembre 2007, n. 45988, Tripodi).

⁵⁴ Sull'ambiguità della formula adoperata dalla legge delega cfr. F. Vergine, *Il controllo sulla tempestività della iscrizione della persona sottoposta alle indagini. La convincente proposta della Commissione Lattanzi*, in www.studiosiprocessopenale.it, 5.

è stato aggiunto, allo scopo di semplificare il compito del giudice, **la necessità di indicare anche gli “atti del procedimento dai quali è desunto il ritardo”**.

E' stato fissato un termine per la proposizione della domanda, da rispettare a pena di inammissibilità⁵⁵. Si tratta di un punto centrale della nuova disciplina, perché mira ad evitare che la data di iscrizione della notizia di reato possa essere messa in discussione più volte nel corso del procedimento, determinando incertezze sull'utilizzabilità di taluni atti d'indagine.

L'art. 335-*quater*, comma 3, cod. proc. pen., pertanto, prevede che la richiesta di retrodatazione debba essere proposta **entro venti giorni da quello in cui la persona sottoposta alle indagini ha avuto facoltà di prendere conoscenza degli atti che dimostrano il ritardo nell'iscrizione** (e non dalla data della effettiva conoscenza degli atti). Ulteriori richieste, tuttavia, non sono precluse; esse, però, sono ammissibili soltanto se proposte nello stesso termine e **fondato su atti diversi**, che in precedenza non erano conoscibili.

Il termine previsto per proporre la questione, d'altra parte, non vale a confinarla alla fase delle indagini preliminari, perché non si può escludere in astratto che la condizione per la proposizione dell'istanza insorga nell'udienza preliminare, nel giudizio di primo grado o in quello di impugnazione, anche se, nella maggior parte dei casi, il *dies a quo* tenderà a coincidere con la notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini. Ciò per un verso, comporta che la questione della retrodatazione e della conseguente inutilizzabilità di taluni atti dovrebbe essere risolta prima dell'udienza preliminare in modo da non condizionare le scelte delle parti quanto in particolare alla richiesta di riti alternativi⁵⁶; per altro verso, seppur il nuovo istituto potrebbe rivelarsi utile ai fini della valutazione dell'utilizzabilità di determinati atti di indagine, **non dovrebbe apportare alcun contributo alla ragionevole durata delle indagini** ed all'efficienza del processo⁵⁷.

Il ritardo di iscrizione, peraltro, deve essere desunto da **atti del procedimento** che, come si è visto, devono essere indicati dalla parte. Sul punto, deve rilevarsi che **il procedimento non va delimitato in senso rigoroso e formalistico**, in sostanza individuandolo in base al numero della notizia di reato, dovendosi ormai richiamare la nozione “sostanziale” dello stesso che è stata elaborata dalla giurisprudenza e che comprende anche i procedimenti connessi ex art. 12 cod. proc. pen.⁵⁸. Per questa via si potrebbe determinare l'ampliamento della platea degli atti da cui

⁵⁵ Per effetto della previsione della preclusione alla proposizione della richiesta oltre il termine previsto dalla norma è stata introdotta una atipica ipotesi di inutilizzabilità dell'atto d'indagine, perché non eccepibile e non rilevabile in ogni stato e grado del processo (cfr. A. Marandola, *Notizia di reato, tempi delle indagini e stadi procedurali nella (prossima) riforma del processo penale*, cit., 1566).

⁵⁶ In questi termini, A. Bassi, C. Parodi, *La riforma del sistema penale. Legge n. 134/2021: la delega e le norme immediatamente applicabili*, Milano, 2021, 28.

⁵⁷ G. Garuti, *L'efficienza del processo tra riduzione dei tempi di indagine, rimedi giurisdizionali e “nuova” regola di giudizio*, in *Arch. pen.*, 2022, 3, 8.

⁵⁸ Sez. U, n. 51 del 28/11/2019, dep. 2020, Cavallo.

desumere il ritardo di iscrizione, oltre a potersi estendere il tempo per la proposizione della questione che potrebbe essere fondata su atti del procedimento connesso conoscibili da parte dell'indagato in un diverso momento.

La richiesta di accertamento della tempestività dell'iscrizione è proposta **al giudice che procede**⁵⁹ o, nel corso delle indagini preliminari, **al giudice per le indagini preliminari**.

La possibilità della presentazione dell'istanza di retrodatazione della iscrizione anche al giudice che procede esonera dagli adempimenti formali previsti dal comma 6 dell'art. 335-*quater* cod. proc. pen. (deposito in cancelleria unitamente alla prova dell'avvenuta notificazione al pubblico ministero), ma comporta comunque il rispetto dei requisiti generali di ammissibilità previsti dai commi 1 e 3 della stessa norma e, cioè, l'indicazione delle ragioni che sorreggono l'istanza e l'allegazione degli atti del procedimento dai quali è desunto il ritardo nonché il rispetto del termine di 20 giorni da quando si è avuta facoltà di conoscere gli atti⁶⁰.

Nella fase delle indagini preliminari, in particolare, è riconosciuta la facoltà di proporre la richiesta in esame **nel procedimento incidentale** che fosse in corso o **in un autonomo procedimento**, anch'esso di natura incidentale, che potrebbe insorgere quando la persona sottoposta ad indagine abbia la facoltà di conoscere l'atto che giustifica la retrodatazione a seguito del suo deposito ex art. 366 cod. proc. pen. Durante le indagini preliminari, pertanto, quando il giudice deve adottare una decisione con l'intervento del pubblico ministero e della persona sottoposta alle indagini e la retrodatazione è rilevante ai fini della decisione, la richiesta può anche essere presentata nell'ambito di tale procedimento. In tale caso, l'istanza è trattata e decisa nelle forme del procedimento in cui è proposta.

La previsione della possibilità di **un nuovo procedimento incidentale nella fase delle indagini**, anche se specificamente volto all'accertamento della tempestività dell'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen., tuttavia, sembra contraddire l'intento di accelerazione dei tempi del processo che ispira la complessiva *ratio* della riforma⁶¹.

Salvo che sia proposta in udienza, **la richiesta è depositata presso la cancelleria del giudice**, con la prova dell'avvenuta notificazione al pubblico ministero. Quest'ultimo, entro sette giorni, può depositare memorie di cui il difensore del richiedente può prendere visione, estraendone copia. Entrambe le parti hanno facoltà di depositare ulteriori memorie entro i sette

⁵⁹ Nella locuzione “*giudice che procede*” accolta dall'art. 335-*quater* cod. proc. pen. al quale può essere proposta la richiesta di retrodatazione dell'iscrizione non sembra possa ricomprendersi anche la Corte di Cassazione attesa la natura squisitamente di merito dell'accertamento richiesto. Indicazioni sembrano potersi desumersi dalle prime affermazioni, ancorché meramente incidentali, della stessa Suprema Corte (cfr. Sez. 1, n. 39832 del 17/03/2023, Rv. 285328 - 01; Sez. 6, n. 44876 del 3/10/2023).

⁶⁰ Sez. 1, n. 36918 del 11/07/2024, Rv. 287130 - 01, cit.

⁶¹ Non si può escludere, del resto, un uso dilatorio di questo nuovo strumento con pregiudizi, in particolare nell'ambito dei procedimenti con un numero elevato di indagati.

giorni successivi. Si svolge, dunque, **un contraddittorio in forma cartolare**, nel rispetto di un obiettivo di semplificazione che tiene conto del fatto che, come si vedrà, il ritardo dell'iscrizione rileva solo se chiaro e manifesto.

La norma, come si è visto, prevede che chi propone la richiesta di retrodatazione debba indicare, appena d'inammissibilità, le ragioni e gli atti su cui si fonda la sua domanda. Ne consegue che sembra corretto ritenere, facendo leva sull'adempimento richiesto alla parte, che **il controllo del giudice sia limitato al perimetro di quanto dedotto (e documentato) dalla parte**⁶².

Decorso il termine indicato in precedenza, il giudice provvede sulla richiesta (art. 335-*quater*, comma 6, cod. proc. pen). È però possibile che il giudice ritenga necessario approfondire taluni aspetti nel **confronto orale** tra le parti. In tal caso, fissa la data dell'udienza in camera di consiglio, dandone avviso al pubblico ministero e al difensore del richiedente. All'udienza, il pubblico ministero e il difensore sono sentiti se compaiono. La decisione è adottata con ordinanza.

La richiesta può essere formulata anche nel corso dell'udienza preliminare o durante il giudizio. In tale evenienza, se non è proposta in udienza, essa è depositata nella cancelleria del giudice e viene comunque trattata e decisa in udienza (art. 335-*quater*, comma 7, cod. proc. pen).

6. segue: I presupposti della retrodatazione.

La retrodatazione è disposta dal giudice quando **il ritardo è “inequivocabile” e “non è giustificato”**.

L'art. 335-*quater*, comma 2, cod. proc. pen., invero, fissando tale regola di giudizio che mira a circoscrivere il ritardo di iscrizione che può dar luogo alla retrodatazione, si è limitata a riproporre gli aggettivi contenuti nell'art. 1, comma 9, lett. q), della legge n. 134 del 2021, che richiamano **uno standard probatorio ed un giudizio di rimproverabilità**⁶³.

Non ogni ritardo comporta la retrodatazione dell'iscrizione, ma solo quello che si presenti chiaro ed evidente con riferimento al momento dell'acquisizione *“della rappresentazione di un fatto caratterizzato da determinatezza e non inverosimiglianza, riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice”* ed all'emersione di indizi a carico della persona, cioè alla nozione oggettiva e soggettiva di notizia di reato ormai fornita dall'art. 335 cod. proc. pen.⁶⁴

⁶² Una diversa soluzione, che consentisse al giudice di utilizzare per la decisione anche elementi diversi da quelli messi a sua disposizione dalla parte che ha proposto la richiesta, implicando un vaglio più ampio, potrebbe rischiare di allungare i tempi processuali.

⁶³ Cfr. C. Conti, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: Nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, cit., 142.

⁶⁴ La nuova disposizione pare evocare un indirizzo giurisprudenziale, peraltro superato da Sez. U, n. 40538 del 24/09/2009, Lattanzi, Rv. 244376 – 01, secondo cui *“solo abnormi e ingiustificati ritardi nell'effettuazione delle iscrizioni in questione potrebbero (al di là di profili di responsabilità interna dell'ufficio), dar luogo ad illegittimità delle iscrizioni stesse, con riferimento alla loro data”* (Cass. 11 maggio 1994 – 15 giugno 1994, n. 2193, Scuderi). Più di recente tale indirizzo è stato riproposto da Cass. 5 ottobre 2006 – 19 ottobre 2006, n. 35209, Cenaj Rigers, secondo cui l'attività di iscrizione della notizia

L'introduzione di questa definizione, pertanto, ha fissato il parametro operativo per il pubblico ministero, colmando quella vaghezza relativa all'identificazione del momento di insorgenza dell'obbligo di procedere agli adempimenti previsti dall'art. 335 cod. proc. pen., che è stata riscontrata anche dalla giurisprudenza⁶⁵.

L'obbligo di iscrizione spesso è il risultato dell'analisi di corpose informative della polizia giudiziaria, sicché, in tali casi, potrebbe non essere inequivocabile il ritardo nel compimento dell'adempimento.

Il ritardo dell'iscrizione, inoltre, non deve essere giustificato, cioè non determinato da una valida ragione.

Al riguardo, premesso che, secondo un indirizzo giurisprudenziale, **il concetto di "immediatezza"** dell'iscrizione di cui all'art. 335 cod. proc. pen. non implica la rigidità di un termine correlato a ore o a giorni⁶⁶, va rilevato che **l'art. 335-quater cod. proc. pen. ha formalizzato la possibilità che il ritardo dell'iscrizione possa essere scusabile**, tanto da non legittimare uno spostamento dell'originaria data di iscrizione così bilanciando l'introduzione del meccanismo di retrodatazione con il riconoscimento al pubblico ministero del necessario spazio valutativo nel compimento dell'adempimento⁶⁷. Potrebbe essere giustificato, ad esempio, il ritardo dell'iscrizione determinato dalla necessità di valutare la denuncia per calunnia da parte di un indagato proposta nei confronti dell'accusatore⁶⁸. Seguendo le indicazioni desumibili da esempi come questo, si potrebbe affermare che **il ritardo è "giustificato" se dipende dalla necessità di procedere alle valutazioni sulla determinatezza e verosimiglianza del fatto rappresentato e sulla sua riconducibilità in ipotesi ad una fattispecie incriminatrice**⁶⁹.

di reato del pubblico ministero "è censurabile col ricorso per Cassazione nei rigorosi limiti imposti al giudizio di legittimità, il quale, escluso ogni esame valutativo di merito degli atti processuali, presuppone una palese evidenza della violazione denunciata".

⁶⁵ Si allude a Sez. U, n. 40538 del 24/09/2009, Lattanzi, Rv. 244376 – 01.

⁶⁶ Cass. n. 2193/1994, cit.; Cass. n. 35209/2006, cit.

⁶⁷ A. Cabiale, *I nuovi controlli giudiziali sui tempi della fase investigativa: una riforma tanto attesa quanto indispensabile*, in *La legislazione penale*, 4/03/2022, 13.

⁶⁸ L'esempio è tratto dalla giurisprudenza disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura secondo cui non configura l'illecito disciplinare nell'esercizio delle funzioni la condotta del magistrato del pubblico ministero il quale non iscriva immediatamente nel registro degli indagati coloro che risultino destinatari di una denuncia per calunnia da parte di un indagato, fondata sulla sola circostanza che le accuse nei suoi confronti sono false, atteso che tale denuncia, per costante giurisprudenza, non può essere considerata automaticamente una notizia di reato, spettando al pubblico ministero la valutazione se qualificare l'atto in questione come una mera difesa e come tale inserirla nel fascicolo principale o se procedere all'iscrizione nel registro notizie di reato (CSM, Sez. disc., ord. n. 104 del 12 luglio 2017).

⁶⁹ Il rischio della ingiustificabilità del ritardo appare elevato caso di conversazioni intercettate. Se nel corso del mezzo di ricerca della prova viene identificato un nuovo concorrente nel reato o emergano nuove notizie di reato, è necessario che la polizia giudiziaria lo segnali immediatamente al pubblico ministero.

Secondo la dottrina, la giustificazione della ritardata iscrizione non può consistere nel riferimento al **carico di lavoro** dell'ufficio o a problematiche organizzative⁷⁰; diversamente, pare corretto escludersi una rigida ed aprioristica irrilevanza di carichi soverchianti di lavoro o di carenze organizzative purché non siano dedotte in modo generico, ma vengano provate in modo specifico⁷¹.

Pare anche corretto ritenere che, in tale ambito, non possano avere spazio valutazioni discrezionali del pubblico ministero sulla gestione del segreto⁷².

Il carattere della inequivocità e della non scusabilità, dunque, serve a delimitare i casi di ritardo di iscrizione per i quali si può procedere alla retrodatazione. Rimangono le **criticità insite nella scelta di consentire un simile sindacato**: Il pubblico ministero, in particolare, potrebbe essere ragionevolmente indotto a disporre l'iscrizione con una certa facilità, rinunciando a selezionare con adeguato rigore gli elementi emergenti a carico degli indagati, per non incorrere nei rischi di inutilizzabilità degli atti. Così facendo, però, potrebbe essere pregiudicato lo sviluppo delle indagini⁷³, ma soprattutto potrebbero essere danneggiati gli stessi soggetti coinvolti, che potrebbero trovarsi a essere indagati sulla base di meri sospetti⁷⁴. La *ratio* della riforma, cioè l'obiettivo di assicurare la tutela dei diritti individuali, sarebbe tradita.

Proprio per porre rimedio a queste criticità, riformando l'art. 335 cod. proc. pen., sono stati precisati i presupposti per l'iscrizione della notizia di reato e del nome della persona a cui è attribuito; inoltre, la consapevolezza di un controllo giurisdizionale collegato alla previsione di una sanzione processuale dovrebbero indurre il pubblico ministero ad una valutazione attenta sull'*an* e sul *quando* dell'iscrizione⁷⁵.

⁷⁰ Così, C. Valentini, *The untouchables: la fase delle indagini preliminari, l'ufficio del pubblico ministero e i loro misteri*, cit., 27, la quale precisa che, se anche il carico di lavoro scusasse il ritardo, "saremmo dinanzi ad una disposizione incostituzionale, che privilegia mere problematiche organizzative a scapito dei diritti individuali".

⁷¹ Così la Procura generale della Corte di Cassazione nei "Primi orientamenti in tema di applicazione del decreto legislativo n. 150 del 2022: iscrizione delle notizie di reato, conclusione delle indagini preliminari, a vocazione e controlli da parte del giudice", diffusi il 19 gennaio 2023, cit., nei quali si fa riferimento alla necessità di accertare oggettive carenze organizzative, l'insuperabilità con particolare diligenza dell'accessibilità del lavoro.

⁷² K. La Regina, *Riforma Cartabia: modifica e strutturali al processo penale - notizia di reato, priorità, struttura, iscrizioni e controlli*, *Giur. It.* 2023, 5, 1188.

⁷³ Si pensi alla "perdita" di persone informate sui fatti che, una volta iscritte, dovrebbero essere sentite con le forme dell'interrogatorio e che potrebbero legittimamente avvalersi della facoltà di non rispondere.

⁷⁴ Queste criticità sono state segnalate dai primi commentatori; cfr. A. Bassi, C. Parodi, *La riforma del sistema penale*, cit., 28; N. Rossi, *Iscrivere tempestivamente le notizie di reato. Il pm in bilico tra precetti virtuosi e potenti remore?*, in *Quest. Giust.* (on line) 18/06/2021; G. Amato, *Notizie di reato: no alla superficialità nelle iscrizioni come "atto dovuto"*, in *Guida dir.*, 2021, 41, 30.

⁷⁵ F. Vergine, *Il controllo sulla tempestività della iscrizione della persona sottoposta alle indagini. La convincente proposta della Commissione Lattanzi*, cit., 6. In dottrina è stato sottolineato che il controllo – sanzione sull'iscrizione avrà effetto sul versante sistematico e culturale: in maniera ragguardevole si realizzerà un "riequilibrio" delle posizioni delle due autorità pubbliche protagoniste nella fase investigativa,

È evidente, poi, che, chiedendo di accertare la tempestività dell'iscrizione, si domanda al giudice **una valutazione oggettivamente difficile**⁷⁶, che pare caratterizzata da ampi **margini di opinabilità**, in ragione della naturale fluidità dello scrutinio dei fatti acquisiti dal pubblico ministero⁷⁷. Tale giudizio, in particolare, non deve essere influenzato dalle **successive conoscenze derivanti dai successivi atti del procedimento**, che fossero noti alle parti nel momento in cui è proposta la richiesta. Il vaglio, pertanto, va compiuto ponendosi nella condizione del pubblico ministero all'epoca dell'iscrizione, procedendo ad una valutazione *ex ante* del fatto a lui pervenuto.

La complessità della valutazione sembra anche accentuata dalla possibilità che la stessa persona sottoposta ad indagine proponga più richieste, con riferimento alla possibilità di aver potuto avere cognizione in un altro momento, di **atti diversi da quelli che avevano legittimato la precedenza richiesta**. Si potrebbe anche verificare la proposizione di più domande, con esito discordante, tra più indagati nello stesso procedimento che avessero posizioni sovrapponibili.

In caso d'accoglimento della richiesta, comunque, **il giudice indica la data nella quale deve intendersi iscritta la notizia di reato e il nome della persona alla quale il reato stesso è attribuito** (art. 335-*quater*, comma 8, cod. proc. pen). È possibile anche il giudice accerti il divario temporale fra l'iscrizione oggettiva della notizia di reato e quella soggettiva, retrodatando l'annotazione del nome della persona raggiunta da indizi. Non è prevista la sanzione di inutilizzabilità per gli atti di indagine compiuti prima dell'iscrizione⁷⁸.

7. segue: Il sindacato sulla decisione.

Fermo restando la facoltà di proporre una nuova richiesta fondata su atti diversi in precedenza non conoscibili, la parte la cui richiesta di retrodatazione è stata respinta ovvero, in caso di accoglimento della richiesta, il pubblico ministero e la parte civile, infatti, possono, a pena di decadenza, chiedere che la questione sia nuovamente esaminata prima della conclusione dell'udienza preliminare o, se questa manca, entro il termine previsto dall'art. 491, comma 1, cod.

pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari (cfr. A Marandola, *Notizia di reato, tempi delle indagini e stadi procedurali nella (prossima) riforma del processo penale*, cit., 1566).

⁷⁶ E' stato sostenuto che la formulazione della norma permette la massima discrezionalità nel riconoscere il ritardo, con il rischio di un'eccessiva riduzione del numero di retrodatazioni, sicché si auspica un uso saggio e prudente degli spazi interpretativi da parte della giurisprudenza (A. Zampaglione, *La nuova disciplina della retrodatazione: un adattamento necessario frutto di condivisibili scelte valoriali*, in *Dir. Pen. Processo*, 2024, 3, 401)

⁷⁷ Anche la verifica preliminare, ai fini dell'ammissibilità dell'istanza, del rispetto del termine di venti giorni dalla conoscibilità degli atti, invero, potrebbe in concreto rivelarsi complessa. L'indagato, per esempio, potrebbe indicare taluni atti a sostegno della propria domanda, la quale però potrebbe comunque non essere tempestiva perché le ragioni dell'iscrizione si sarebbero potute desumere da atti precedenti, analogamente conoscibili per la parte perché depositati ex art. 366 cod. proc. pen.

⁷⁸ Cfr. Cass. 13 giugno 2023 – 27 luglio 2023, n. 32691, A.A.

proc. pen. Nel dibattimento preceduto da udienza preliminare, la domanda di nuovo esame della richiesta di retrodatazione è preclusa se non è stata già avanzata nell'udienza preliminare (art. 335-*quater*, comma 9, cod. proc. pen.).

L'ordinanza del giudice dibattimentale può essere impugnata nei casi e nei modi previsti dall'art. 586, comma 1 e 2, cod. proc. pen, cioè con l'impugnazione contro la sentenza, ed è giudicata congiuntamente alla stessa.

Se il sindacato sulla decisione non poteva essere escluso, è indubbio che, permettendo di mettere in discussione la valutazione sulla tempestività dell'iscrizione, è stato introdotto un meccanismo che determina un incremento del carico di lavoro degli uffici e che può incidere sulla stabilità delle decisioni.

Resta fermo, anche dopo l'introduzione del nuovo istituto, l'orientamento giurisprudenziale consolidato⁷⁹ secondo cui il pubblico ministero il quale ritarda una iscrizione inequivocabilmente dovuta, tenendo un comportamento non giustificato, deve essere chiamato a risponderne in sede penale⁸⁰ e disciplinare⁸¹.

La mancata previsione di una disciplina transitoria, infine, dà luogo a delicati dubbi interpretativi sulla applicazione nel tempo, particolarmente rilevanti in relazione alla disposizione in esame a causa delle conseguenze che derivano dall'eventuale accertamento da parte del giudice del ritardo dell'iscrizione.

L'art. 88-*bis*, comma 1, del d.lgs. n. 150 del 2022, introdotto dall'art. 5-*sexies* del d.l. n. 162 del 2022 prevede una disposizione transitoria secondo cui le disposizioni anche dell'art. 335-*quater* cod. proc. pen., oltre che quelle degli artt. 407-*bis* e 415-*ter* cod. proc. pen. non si applicano nei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto in relazione alle notizie di reato delle quali il pubblico ministero ha già disposto l'iscrizione nel registro nonché in relazione alle notizie di reato iscritte successivamente, quando ricorrono le condizioni della connessione previste dall'art. 12 cod. proc. pen. e, se si procede per taluno dei delitti indicati nell'art. 407, comma 2, cod. proc. pen., anche quando ricorrono le condizioni del collegamento probatorio previste dall'art. 371, comma 2, lett. b) e c), del medesimo codice. La norma aggiunge

⁷⁹ Sez. U, n. 40538 del 24/09/2009, Lattanzi, Rv. 244376 – 01.

⁸⁰ La possibilità di configurare l'illecito penale è stata ritenuta meramente eventuale, perché presuppone il dolo del magistrato (R. Fonti, *Strategie e virtuosismi per l'efficienza e la legalità delle indagini preliminari*, cit., 102), tanto che è stato rilevato che non risultano procedimenti penali aperti a carico di un pubblico ministero per una siffatta ipotesi di reato (F. Vergine, *Il controllo sulla tempestività della iscrizione della persona sottoposta alle indagini*, cit., 4).

⁸¹ Sul piano disciplinare, si ritiene che integri la fattispecie prevista dall'art. 2, comma 1, lett. g) del d. lgs. n. 109 del 2006, l'inadempimento da parte del pubblico ministero dell'obbligo di procedere all'iscrizione nel registro delle notizie di reato, previsto dall'art. 335 cod. proc. pen., obbligo che, tuttavia, si configura in presenza non già di un generico e personale sospetto, bensì dell'acquisizione di una notizia idonea, sotto il profilo oggettivo, a configurare un fatto come sussumibile in una determinata fattispecie di reato (Cass. civ., sez. un., 2 maggio 2019, n. 11586; Cass. civ., sez. un., 13 settembre 2018, n. 22402).

che le disposizioni dell'art. 335-*quater* cod. proc. pen. “*si applicano in ogni caso in relazione alle iscrizioni che hanno ad oggetto notizie di reati commessi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto*”⁸².

La soluzione accolta dal legislatore appare corretta perché valorizza l'iscrizione della notizia di reato, sulla base dei parametri definiti dal riformato art. 335 cod. proc. pen., come atto avente carattere strumentale e preparatorio rispetto alla successiva attività del procedimento. Tale atto segna il momento di applicazione sia delle nuove norme sui termini delle indagini e sui presupposti per la proroga, sia di quella sul controllo delle tempestività dell'iscrizione.

Trovano applicazione anche ai procedimenti già iscritti, invece, l'art. 335, comma 1-*ter*, cod. proc. pen., perché, come è stato evidenziato, la norma non ha una portata innovativa, avendo solo esplicitato una prerogativa di auto-controllo insita nel potere del pubblico ministero di procedere all'iscrizione, e l'art. 335-*ter* cod. proc. pen., in quanto l'ordine del giudice determina una nuova iscrizione nel registro, da cui decorrono i relativi termini.

PARTE SECONDA: Il controllo del giudice sull'incolpazione cautelare

8. L'incolpazione nel procedimento cautelare.

8.1. Come è noto, le indagini preliminari sono caratterizzate da una naturale dinamicità, nel senso che esse sono tendenzialmente incomplete ed inidonee sino alla relativa conclusione a formare prove in senso proprio, con la conseguenza che l'accusa in detta fase processuale, nella quale normalmente si innesta il procedimento incidentale *de libertate*, si presenta fluida. **Il provvedimento cautelare, pertanto, non si fonda su di una vera e propria “imputazione”** (che è destinata ad essere formalizzata soltanto con la richiesta di rinvio a giudizio), **ma su di una contestazione “provvisoria”** o appunto “cautelare” ovvero, volendo adoperare un termine più generico ed atecnico rispetto a quello di imputazione, su di una di **un'incolpazione**.

Soltanto all'esito delle indagini preliminari, infatti, sulla base degli elementi conoscitivi raccolti nel corso di esse, il pubblico ministero potrà formalizzare un primo “progetto” di contestazione in sede di avviso di conclusione delle indagini preliminari ai sensi dell'art. 415-*bis*, comma 2, cod. proc. pen.

L'accusa, peraltro, sarà enunciata in modo formale solo nella richiesta di rinvio a giudizio depositata nella cancelleria del giudice in vista dell'udienza preliminare, la quale, ai sensi dell'art. 417, comma 1, lett. b), cod. proc. pen., deve contenere “*l'enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto, delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza, con l'indicazione dei relativi articoli di legge*”.

⁸² Sulla disciplina transitoria, si veda Sez. 6, n. 45843 del 5/09/2024.

Si osserva normalmente, pertanto, che, nel corso dell'incidente cautelare, è fisiologico **un certo grado di fluidità** dell'addebito, essendo le indagini ancora *in itinere*, secondo una logica di progressività dell'accertamento giudiziale.

8.2. Secondo l'impostazione accolta dal codice di rito, poi, **unico legittimato all'esercizio dell'azione penale è il pubblico ministero**. Nella fase cautelare, in particolare, **spetta al pubblico ministero la formalizzazione della richiesta di applicazione della misura cautelare** ai sensi dell'art. 291 cod. proc. pen.; il giudice non può procedere d'ufficio all'adozione della misura limitativa della libertà personale; **la mancanza della richiesta cautelare integra l'ipotesi di nullità** di ordine generale del provvedimento ex art. 178, comma 1, lett. b), cod. proc. pen., insanabile e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo ai sensi dell'art. 179 cod. proc. pen.⁸³.

Sebbene il pubblico ministero, in genere, formuli una contestazione provvisoria precisa, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, non è necessario che la richiesta cautelare e la corrispondente ordinanza impositiva del giudice presentino l'indicazione delle ipotesi di reato formalmente trasfuse in autonomi e specifici capi di imputazione, potendo invece risultare, una o più di esse, (anche) dal contesto motivazionale della stessa richiesta dell'inquirente⁸⁴. L'art. 291, comma 1, cod. proc. pen. onera il pubblico ministero soltanto ad indicare *“gli elementi su cui la richiesta cautelare si fonda”*, oltre che *“tutti gli elementi a favore dell'indagato”*, purché **i termini dell'accusa siano evincibili dal contenuto complessivo del provvedimento**⁸⁵. È però indispensabile, perché sia rispettato il principio della domanda cautelare, non solo che le ipotesi di reato non esplicitamente formulate in capi di imputazioni siano contenute nel **contesto motivazionale del provvedimento del pubblico ministero**, ma anche che queste risultino **non inserite in maniera soltanto discorsiva** ovvero *obiter tantum* o, comunque, in un ambito non legato funzionalmente all'emissione dell'ordinanza applicativa della misura cautelare verso la quale la richiesta del pubblico ministero è stata diretta⁸⁶.

⁸³ Sez. 2, n. 43178 del 31/10/2024; Sez. 1, n. 36255 del 30/06/2023; Sez. 4, n. 52540 del 17/10/2017, Rv. 271251 - 01. Anche nel caso di arresto o di fermo, compete al pubblico ministero richiedere l'applicazione della misura cautelare a seguito di convalida del provvedimento pre-cautelare.

⁸⁴ Sez. 5, n. 34062 del 09/07/2013, Rv. 257090 - 01, secondo cui non è nulla per contrasto con il principio della domanda cautelare l'ordinanza emessa dal giudice per un capo di imputazione non esplicitamente indicato nella parte conclusiva della richiesta del P.M., quando dalla lettura complessiva della richiesta medesima possa chiaramente intendersi che essa si riferiva anche a quel capo di imputazione, in una fattispecie in cui il P.M. non aveva richiesto esplicitamente la misura cautelare per uno dei coimputati relativamente ad un capo di imputazione, pur essendosi diffusamente dilungato, nella parte motiva della richiesta, ad illustrare i profili di responsabilità di costui.

⁸⁵ Sez. U, n. 16 del 14/07/1999, Ruga ed altri, Rv. 214004 - 01; Sez. 6, n. 1158 del 09/10/2007, dep. 2008, Rv. 238411 - 01.

⁸⁶ Sez. 1, n. 4038 del 04/07/1995, Rv. 202206 - 01

Il pubblico ministero, nondimeno, **deve individuare il fatto per il quale richiede la misura cautelare** inteso come accadimento, come **episodio della vita umana**, nella sua dimensione storico-naturalistica; nel caso in cui il giudice adotti una misura per un fatto diverso rispetto a quello che era stato descritto nella contestazione contenuta nella richiesta di applicazione della misura cautelare si deve rilevare la nullità dell'ordinanza per violazione del principio *ne procedat iudex ex officio*⁸⁷.

Il pubblico ministero, poi, “*in ragione delle prerogative anche di matrice costituzionale di cui è titolare in ordine all'esercizio dell'azione penale, non incontra limiti nell'attribuire al fatto nell'atto di impulso della fase processuale la qualificazione giuridica che ritiene corretta, fermo restando che una volta esercitata l'azione, ai sensi dell'art. 521 c.p.p., l'unico arbitro dell'inquadramento giuridico del fatto contestato diventa (e rimane nei gradi dell'impugnazione) il giudice*”⁸⁸.

L'organo inquirente è il *dominus* esclusivo dell'imputazione con unico riguardo alla **contestazione in senso fattuale**, mentre il giudice è sempre legittimato – o, meglio, tenuto – a verificare la correttezza dell'inquadramento formale dato al fatto dal pubblico ministero ed eventualmente a discostarsene, attribuendo ad esso un *nomen iuris* diverso, ritenuto corretto, in conformità al principio di legalità⁸⁹.

Il pubblico ministero in sede cautelare, peraltro, è tenuto ad operare solo **una sintetica e sommaria enunciazione dei lineamenti essenziali della contestazione cautelare**, senza la necessità di specificare eventuali elementi di dettaglio⁹⁰.

L'inculpazione preliminare, in ogni caso, vale soltanto *rebus sic stantibus*, cioè allo stato degli accertamenti compiuti nella fase delle investigazioni.

Essa, poi, ha un'efficacia limitata all'ambito del procedimento incidentale *de libertate*, essendo priva di qualunque valenza condizionante o preclusiva nel procedimento principale di merito⁹¹.

⁸⁷ Cfr. Sez. 6, n. 40293 del 8/11/2021, secondo cui l'ordinanza di custodia cautelare è nulla per violazione del principio *ne procedat iudex ex officio* con riferimento all'iniziativa cautelare in capo al pubblico ministero al quale compete in modo esclusivo di individuare il fatto per il quale intende richiedere la misura cautelare in base al chiaro disposto di cui all'art. 291, comma 1., cod. proc. pen. secondo cui le misure cautelari sono disposte solo su richiesta del pubblico ministero che presenta al giudice competente gli elementi su cui la richiesta si fonda.

⁸⁸ Così, Sez. 5, n. 37463 del 22/09/2021, Rv. 281876 – 01.

⁸⁹ La qualificazione giuridica del fatto – che si compie mediante il confronto fra la fattispecie concreta oggetto della contestazione e la fattispecie legale – costituisce espressione del principio di legalità che sorregge la giurisdizione, essendo rimessa in ultima battuta al giudice secondo il principio del *iura novit curia*.

⁹⁰ cfr. Sez. 3, n. 25995 del 22/07/2020, Rv. 279898.

⁹¹ Sez. 2, n. 9948 del 23/01/2020, Rv. 279211 – 02; Sez. 5, n. 7468 del 28/11/2013, dep. 2014, Rv. 258983 – 01. La diversa qualificazione giuridica data al fatto in sede di riesame non è vincolante per il tribunale chiamato a decidere sull'appello cautelare, neppure nel caso di concorrente proposizione di entrambi i rimedi impugnatori avverso la medesima ordinanza cautelare, in quanto la prima decisione non produce

8.3. L'art. 292, comma 2, lett. b), cod. proc. pen. richiede al giudice per le indagini preliminari che emette una ordinanza cautelare, a pena di nullità, la “*descrizione sommaria del fatto, con l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate*”.

La norma non richiede, a differenza di quanto previsto per la formulazione dell'imputazione dall'art. 417 cod. proc. pen., “*l'enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto*”⁹², in quanto i contorni del fatto, in sede cautelare, possono anche non risultare nitidi⁹³. Il requisito della “*descrizione sommaria del fatto*”, pertanto, può essere soddisfatto dal pubblico ministero con **una enunciazione anche riassuntiva delle accuse**, purché vengano **precisati tutti gli elementi necessari per consentire all'indagato di difendersi adeguatamente** in ordine agli addebiti contestati⁹⁴, con la “*indicazione sintetica delle condotte*”⁹⁵ o la “*sintetica e sommaria enunciazione dei lineamenti essenziali della contestazione*”⁹⁶ ovvero “*un minimo di specificità quanto alle concrete modalità di realizzazione della condotta*”⁹⁷, **senza necessità la puntualizzazione di elementi di dettaglio**⁹⁸

E' ammissibile anche il richiamo *per relationem* da parte del Gip alle imputazioni provvisorie descritte nella richiesta di applicazione della misura cautelare formulata dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 291 cod. proc. pen., se allegata al provvedimento⁹⁹.

La “*descrizione sommaria del fatto*” nel titolo restrittivo assolve alla **funzione di informare l'imputato/indagato circa il tenore delle accuse** che gli vengono mosse a fini cautelari e di **rendere al medesimo possibile il compiuto esercizio del diritto di difesa nel procedimento incidentale**¹⁰⁰.

Avendo lo scopo di informare l'indagato circa il tenore delle accuse, al fine di consentirgli il pieno esercizio del diritto di difesa, pertanto, la contestazione cautelare deve presentare **un minimo di specificità** quanto alle **concrete modalità di realizzazione della condotta** rispetto

effetti oltre il procedimento incidentale nel quale è stata assunta (Sez. 6, n. 42936 del 23/09/2021, Rv. 282259 – 01).

⁹² E' innegabile che l'art. 292 cod. proc. pen. richiede contenuti descrittivi decisamente inferiori, o - se si preferisce - meno precisi, rispetto a quelli della imputazione in senso proprio. Il codice del 1988, peraltro, ha adottato una formula che certamente segna un passo in avanti, nell'ottica delle garanzie difensive, rispetto a quanto prevedeva quello del 1930 per l'allora denominato “mandato di cattura”, il quale poteva limitarsi a contenere un “cenno sommario del fatto, con l'indicazione degli articoli di legge che lo prevedono” (art. 264, comma 1, n. 2).

⁹³ Sez. 1, n. 308 del 23/09/2024, dep. 2025.

⁹⁴ Sez. 3, n. 15671 del 05/03/2014, Rv. 259432 – 01; Sez. 3, n. 23978 del 15/05/2014, Rv. 259671 - 01

⁹⁵ Sez. 3, n. 25995 del 22/07/2020, Gigliotti, Rv. 279898

⁹⁶ Sez. 3, Sentenza n. 20003 del 10/01/2020, Di Maggio, Rv. 279505.

⁹⁷ Sez. 3, n. 23978 del 15/05/2014, PM in proc. Alleva, Rv. 259671

⁹⁸ Sez. 6, n. 50953 del 19/09/2014, Rv. 261372 – 01; Sez. 3, n. 20003 del 10/01/2020, Rv. 279505 – 01.

⁹⁹ (Cass, Sez. VI, 9 ottobre 2007, P., CED 238411, cit.

¹⁰⁰ Sez. U, n. 16 del 14/07/1999, Ruga ed altri, cit.

alla **norma violata** e al suo **tempo e luogo di commissione**¹⁰¹. Tale specificazione del fatto, nondimeno, può essere ricompresa, tanto nella richiesta del pubblico ministero a cui l'ordinanza rinvia, quanto nel contesto motivazionale dell'ordinanza applicativa della misura cautelare¹⁰².

8.4. E' pacifica poi la **possibilità di emendare l'imputazione carente – sempre con riferimento alla indicazione dei fatti storici su cui si fonda - da parte del pubblico ministero**, anche oralmente, **nel corso dell'udienza camerale di riesame** (sul presupposto che al Tribunale è consentito di decidere anche in base agli elementi addotti dalle parti nel corso dell'udienza e, dunque, di integrare il capo di imputazione con riguardo ai dati di fatto mancanti, nella specie la data ed il luogo della consumazione del reato). **La modifica dell'addebito cautelare ad opera del pubblico ministero**, relativa ai profili fattuali della contestazione provvisoria, **in sede di riesame non impedisce al Tribunale di confermare la misura coercitiva in riferimento alla nuova ipotesi accusatoria**¹⁰³.

Il giudice del riesame, peraltro, pur avendo il potere di confermare il provvedimento applicativo della misura anche per ragioni diverse da quelle ivi indicate, trova un limite alla sua cognizione e conseguente decisione, nella necessaria correlazione ai **fatti posti a fondamento della misura cautelare**, che non possono essere sostituiti o integrati da ipotesi accusatorie autonomamente formulate in base a dati di fatto diversi, spettando, invece, al pubblico ministero il potere di procedere nella fase delle indagini preliminari, in qualsiasi momento ed anche nel corso dell'udienza per il riesame delle misure cautelari, alle **modificazioni fattuali della contestazione**¹⁰⁴.

8.5. I principi espressi valgono ovviamente anche in materia di sequestro, non essendo sufficiente il mero richiamo agli articoli di legge, senza descrivere i fatti.

Al riguardo, come è noto, le Sezioni unite hanno accolto l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui il **decreto di sequestro** probatorio - così come il decreto di convalida - anche qualora abbia ad oggetto cose costituenti corpo di reato, deve contenere una **motivazione** che, per quanto concisa, dia conto specificatamente della finalità perseguita per l'accertamento dei fatti¹⁰⁵.

¹⁰¹ Sez. 3, n. 23978 del 15/05/2014, Rv. 259671 - 01

¹⁰² Sez. 3, n. 23404 del 14/03/2024; Sez. 5, n.11100 del 12/12/2023, dep. 2024; Sez. 3, n. 25995 del 22/07/2020, Rv. 279898 – 01.

¹⁰³ Sez. 2, n. 6414 del 23/11/2022, dep. 2023; Sez. 2, n. 35356 del 26/05/2010, Rv. 248399 – 01 secondo cui *“il pubblico ministero può, perciò, procedere alle modificazioni fattuali che ritiene necessarie in qualsiasi momento della fase delle indagini preliminari, compresa la camera di consiglio convocata dal giudice per il riesame delle misure cautelari”*.

¹⁰⁴ Sez. 4, n. 21234 del 15/03/2012, Caste, Rv. 252737 - 01; Sez. 2, n. 29429 del 20/04/2011, Scaccia, Rv. 251015

¹⁰⁵ Sez. U, n. 36072 del 19/04/2018, PM in proc. Botticelli e altri, Rv. 273548 – 01.

Qualsiasi sia l'indirizzo giurisprudenziale che si intenda recepire sul *quantum* di motivazione sia necessaria e sufficiente in tema di verifica del *fumus delicti*, tuttavia, non vi è dubbio che **un'ipotesi astratta di reato deve essere configurata**, atteso che ciò solo consente di verificare la causa giustificatrice per la quale si sottopone a sequestro un determinato bene ed il nesso di pertinenza probatoria tra quel bene ed il reato.

In applicazione di questo principio, difatti, la Corte di cassazione ha annullato senza rinvio il decreto di sequestro probatorio relativo a beni ritenuti cose pertinenti ai reati di cui agli artt. 474 e 648 cod. pen., in cui il giudice si era limitato a citare le norme di legge, **senza fornire una descrizione fattuale**, seppur sommaria, delle fattispecie per cui si procedeva, ossia senza indicare la fattispecie concreta nei suoi estremi essenziali di luogo, tempo e azione, nonché della norma che si ritiene violata¹⁰⁶.

8.6. Per completezza, appare utile rilevare che l'inserimento nel sistema processuale del c.d. **giudizio immediato custodiale**, avvenuto con l'art. 2, comma 1, lett. g) del d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito nella legge 24 luglio 2008, n. 125, non ha comportato modifiche al tradizionale rapporto tra la incolpazione provvisoria della ordinanza cautelare e la imputazione vera e propria della *vacatio in iudicium*, **non essendovi alcuna norma che ha imposto che**, per accedere al nuovo rito, **sia necessaria una ordinanza cautelare caratterizzata da qualcosa in più della mera "descrizione sommaria del fatto con l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate" richiesta dall'art. 292 cod. proc. pen.**

La base sufficiente per accedere al rito immediato custodiale è anche una ordinanza cautelare che contiene, come è stato già illustrato, una "*descrizione sommaria del fatto*"; essa, ai fini della richiesta del giudizio immediato può essere modificata in conseguenza di quanto emerge nella indagine preliminare, perché imporne la cristallizzazione significherebbe anche ammettere che il decreto di giudizio immediato debba contenere a sua volta una "*descrizione sommaria del fatto*", laddove, invece, esso deve contenere, per espresso obbligo normativo, la "enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto, delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza".

Il "fatto" del decreto di giudizio immediato, pertanto, è naturalmente non corrispondente a quello della ordinanza cautelare: "in definitiva, l'accesso al rito di cui all'art. 453, comma 1-bis, cod. proc. pen. presuppone soltanto l'esistenza di un **titolo cautelare custodiale per il "reato" per cui si dispone il giudizio immediato**, dovendosi ritenere tale **anche quello diversamente qualificato in diritto o descritto in fatto rispetto all'ordinanza cautelare, purché tale diversità dei suoi elementi costitutivi** - condotta, nesso causale, evento - **non comporti una**

¹⁰⁶ Sez. 2, n. 46130 del 04/10/2023, Rv. 285348 – 01.

immutazione sostanziale dell'accusa formulata in sede cautelare, ma resti nei limiti dell'approfondimento dell'accaduto conseguenza delle indagini preliminari e della ricostruzione più completa del fatto conseguente alla chiusura delle stesse¹⁰⁷.

9. Il controllo giurisdizionale sulla qualificazione giuridica della contestazione cautelare.

9.1. Come è stato indicato, l'art. 292, comma 1, lett. b), cod. proc. pen. richiede che l'ordinanza cautelare contenga non soltanto la descrizione sommaria del fatto, ma anche *“l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate”*.

Al riguardo, estendendo all'incolpazione cautelare i principi formati in relazione alla imputazione di cui all'art. 417 cod. proc. pen., appare corretto ritenere che **si debba avere riguardo alla specificazione del fatto più che all'indicazione delle norme di legge violate**, nel senso che, se il fatto è stato precisato in modo puntuale, la mancata individuazione degli articoli di legge violati è irrilevante e non determina nullità¹⁰⁸: ai fini della contestazione dell'accusa, ciò che rileva è la compiuta descrizione del fatto e non anche l'indicazione degli articoli di legge che si assumono violati¹⁰⁹.

Tema diverso, invece, è quello della possibilità per il giudice della cautela — sia per il Gip investito in prima battuta della domanda cautelare, sia per il Tribunale del riesame e la Corte di cassazione, chiamati a decidere sui ricorsi ex artt. 309, 310 e 311 cod. proc. pen. — di rilevare che la qualificazione giuridica assegnata al fatto dal pubblico ministero nella richiesta ex art. 291 cod. proc. pen. non sia corretta.

9.2. Come è noto, l'**art. 521 cod. proc. pen.** consente al **giudice** di dare al fatto nella sentenza, anche **di ufficio, una definizione giuridica diversa** da quella enunciata nell'imputazione, purché il reato non ecceda la sua competenza, né risulti attribuito alla cognizione del Tribunale in composizione collegiale anziché monocratica (mentre, qualora il giudice accerti che il fatto risulta diverso da come descritto nell'imputazione originaria, ovvero frutto delle modifiche apportate ai sensi degli artt. 516, 517 e 518, comma 2, cod. proc. pen., deve disporre con ordinanza la restituzione degli atti al pubblico ministero. Questa norma, espressione del principio *iura novit curia*, non è stata modificata neppure a seguito dell'intervento riformatore

¹⁰⁷ Sez. 1, n. 43818 del 15/10/2024.

¹⁰⁸ Sez. 3, n. 5469 del 5/12/2013, dep. 2014, Russo, Rv. 258920; conf., *ex plurimis*, Sez. 1, n. 18027 del 19/03/2004, Benedetto, Rv. 227972; Sez. 6, n. 45289 del 08/11/2011, Floridia, Rv. 250991; Sez. 4, n. 39533 del 17/10/2006, Romano, Rv. 235373; Sez. 5, n. 44707 del 09/11/2005, Bombagi, Rv. 233069

¹⁰⁹ Sez. 3, n. 22434 del 19/02/2013, Nappello, Rv. 255772; conf., Sez. 6, n. 437 del 16/09/2004, dep. 2005, Verdiani, Rv. 230858

attuato con la c.d. riforma Cartabia, che pure ha apportato significative modifiche anche in punto di corretta contestazione dell'imputazione¹¹⁰.

Il giudice può assegnare al fatto un diverso *nomen iuris* quand'anche sia **peggiorativo** perché comporta più gravi conseguenze sanzionatorie (pena più elevata), sostanziali (allungamento dei termini di prescrizione), processuali (allungamento dei termini massimi di custodia cautelare) ed esecutive (trattamento penitenziario più afflittivo)¹¹¹.

Ai fini della riqualificazione giuridica del fatto in sentenza, soprattutto se *in malam partem*, è solo richiesto che sia assicurata piena esplicazione del **diritto al contraddittorio**¹¹². Si è, però, affermato che la garanzia del contraddittorio in ordine alla diversa definizione giuridica del fatto operata dal giudice è assicurata pur quando l'imputato abbia comunque avuto modo di interloquire sul tema in una delle fasi del procedimento¹¹³.

¹¹⁰ Il d. lgs. n. 150 del 2022, innanzi tutto, ha modificato l'art. 421 cod. proc. pen., sostituendo il comma 1 e inserendo il comma 1-bis, e l'art. 423 cod. proc. pen., inserendo i commi 1-bis e 1-ter, attribuendo al giudice dell'udienza preliminare il controllo sulla determinatezza e correttezza della formulazione dell'imputazione, sia in fatto, sia in diritto, da parte del pubblico ministero, sia con riguardo alla contestazione originariamente formulata, sia rispetto alle modifiche apportate nel corso della stessa udienza preliminare, recependo lo schema "virtuoso" suggerito dalle Sezioni Unite nella nota sentenza Battistella (Sez. U, n. 5307 del 20/12/2007, dep. 2008).

¹¹¹ All'esito del giudizio di impugnazione promosso dal solo imputato, secondo l'indirizzo consolidato, non viola il divieto di *reformatio in peius* la sentenza che dia al fatto una qualificazione giuridica diversa e più grave (che, ad esempio, precluda la declaratoria d'estinzione per prescrizione), in quanto tale divieto non garantisce al condannato un trattamento sotto ogni profilo più favorevole di quello riservatogli dal primo giudice, ma impedisce soltanto un trattamento sanzionatorio deteriore (Sez. 5, n. 41534 del 09/10/2024Rv. 287231 - 02).

¹¹² La necessità di assicurare il rispetto del diritto al contraddittorio, nel caso di diversa qualificazione giuridica del fatto, deriva dall'interpretazione dell'art. 521 cod. proc. pen. alla luce dell'art. 111, secondo comma, Cost., e dell'art. 6 della Convenzione EDU come interpretato dalla Corte europea (Corte EDU 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia) secondo cui è possibile procedere ad nuova definizione del reato se essa fosse **nota** o comunque **prevedibile** per l'imputato e **non determini in concreto una lesione dei diritti della difesa** derivante dai profili di novità che da quel mutamento scaturiscono (Sez. U, n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, Rv. 264438 - 01). Mentre la Corte EDU tende ad accomunare il mutamento *in iure* dell'imputazione a quello *in facto*, sotto il profilo delle garanzie difensive da riconoscere all'imputato ai sensi dell'art. 6, par. 1 e 3, lett. a) e b), CEDU e, quindi, in relazione al diritto dell'accusato ad essere informato del contenuto dell'accusa (Corte EDU, grande camera, 25.3.1999, Pellissier e Sassi c. Francia; Corte EDU, 1.3.2001, Dallos c. Ungheria; Corte EDU, 21.2.2002, Sipavicius c. Lituania; Corte EDU, 20.4.2006, I.H. c. Austria; Corte EDU, 11.12.2007, Drassich. C. Italia), la Corte costituzionale ha affermato costantemente la differenza tra i due fenomeni riguardanti rispettivamente le modifiche in fatto e in diritto dell'imputazione: una cosa è il mutamento del dato storico su cui si basa l'accusa, legato alle risultanze probatorie, mutamento che l'imputato non sarebbe tenuto ad "antivedere", per adeguare ad esso le proprie strategie; altra cosa, invece, sarebbe la sussunzione del dato storico sub specie iuris, ossia il suo inquadramento sotto l'uno o l'altro titolo di reato, tema sul quale l'imputato potrebbe invece interloquire subito, nell'esercizio del suo diritto di difesa (Corte Cost. 10-17.3.2010, n. 103 e Corte Cost. 14-31.7.2020, n. 192). Sul punto, in modo particolarmente efficace G. Biondi, *Modifica della qualificazione giuridica dell'imputazione e diritto di difesa: nuovi spunti di riflessione dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 9.11.2023 BK, C-175/22*, in *Sistema penale* 9 gennaio 2024,

¹¹³ La diversa qualificazione del fatto effettuata dal giudice di appello non determina alcuna compressione o limitazione del diritto al contraddittorio, essendo consentito all'imputato di contestarla nel merito con il ricorso per cassazione (Sez. 6, n. 422 del 19/11/2019, dep. 2020, Rv. 278093 - 01). La Corte di cassazione, al pari dei giudici di merito, dispone del potere di assegnare "ex officio" una qualificazione giuridica più grave al fatto accertato, in quanto si tratta di un intervento che, non incidendo sulla quantificazione della

9.3. In relazione alla **fase cautelare**, nel codice di rito non contiene una norma analoga a quella prevista per il giudizio di merito di cui all'art. 521 cod. proc. pen.

La dottrina è stata da sempre orientata nel senso di ritenere ammissibile la modificazione della qualificazione giuridica del fatto da parte dei giudici del procedimento incidentale *de libertate*¹¹⁴.

L'art. 291, comma 2, cod. proc. pen., del resto, consente al P.i. di dichiararsi incompetente sulla base di un differente inquadramento giuridico della fattispecie concreta.

Le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno sancito il principio di diritto secondo il quale **“al giudice per le indagini preliminari, in sede di applicazione della misura cautelare ai sensi dell'art. 292 cod. proc. pen., ed al Tribunale, in sede di riesame o di appello ai sensi degli artt. 309 e 310 cod. proc. pen., è consentito modificare la qualificazione giuridica data dal pubblico ministero al fatto per cui si procede”**¹¹⁵.

Secondo questa decisione, la facoltà di dare al fatto una diversa qualificazione giuridica, infatti, **costituisce un indefettibile corollario dello ius dicere**, fissato nell'art. 521 cod. proc. pen., dal momento che compete al giudice accertare che fatto e schema legale coincidano e, dunque, modificare, se occorre, la qualificazione giuridica prospettata dal pubblico ministero, riconducendo, così, la fattispecie concreta nella veste formale che le è propria.

Dal disposto dell'art. 521 cod. proc. pen., si evince che la **“definizione giuridica”** del fatto non coincide con il **“fatto”** e che modificare la prima non solo non significa modificare il secondo, ma non comporta neppure la modificazione dell'imputazione, se è vero che **la correlazione tra imputazione e sentenza resta in tutta la sua pienezza anche se viene data al fatto una diversa qualificazione giuridica**.

Anche l'art. 423 cod. proc. pen. – nel prevedere la modificazione dell'imputazione nell'udienza preliminare riservata al solo pubblico ministero – riguarda, a ben vedere, il **“fatto”**,

pena, non è mai inquadrabile come "reformatio in peius", vietata ai sensi dell'art. 597 cod. proc. pen., sempre che la modifica non implichi la rivalutazione delle prove - che imporrebbe l'annullamento con rinvio al giudice di merito - e che sia garantito, in coerenza con la giurisprudenza convenzionale, il contraddittorio sulla nuova ed eventuale definizione giuridica - comunicando alle parti il diverso inquadramento prospettabile con concessione di un termine a difesa (Sez. 2, n. 15585 del 23/02/2021, Rv. 281118 - 01). Secondo un orientamento giurisprudenziale, il contraddittorio sulla qualificazione giuridica del fatto è rispettato anche nell'ipotesi in cui la diversa qualificazione giuridica abbia formato oggetto di discussione nel corso del procedimento incidentale *de libertate* (Sez. 1, n. 9091 del 18/02/2010, Rv. 246494 - 01).

¹¹⁴ A. Bassi, *Il controllo giurisdizionale sulla formulazione dell'imputazione nello sviluppo del procedimento penale*, in *Cass. pen.* 2020, 11, 3982.

¹¹⁵ Sez. U, n. 16 del 19/06/1996, Di Francesco, Rv. 205617 - 01; in seguito il principio è stato ribadito costantemente, di recente, da Sez. 5, n. 36578 del 18/09/2024.

dovendosi intendere con tale concetto un dato empirico, fenomenico, un accadimento, un episodio della vita umana, cioè la fattispecie concreta e non quella astratta¹¹⁶.

Nell'attribuire la corretta qualificazione giuridica al fatto descritto nell'imputazione in applicazione del principio di legalità, il giudice non pone alcun limite all'esercizio dell'azione penale, né incide sull'autonomia dei poteri del pubblico ministero, che rileva esclusivamente sotto il diverso profilo dell'immutabilità della formulazione del fatto inteso come accadimento materiale.

Sulla scorta di tali considerazioni, quindi, **le Sezioni unite hanno concluso che l'art. 521 cod. proc. pen.** – in quanto espressione del principio di legalità sul quale si fonda il nostro ordinamento giuridico – **non può non avere una portata generale** e deve, pertanto, valere per ogni momento del processo, dunque **anche nel procedimento cautelare**.

In particolare, la necessità di rispettare il principio di legalità si pone in modo particolare nei procedimenti incidentali *de libertate*, nella maggior parte dei quali — quelli che hanno vita nella fase delle indagini preliminari — il giudice si trova dinanzi non una vera e propria imputazione, ma una richiesta contenente, spesso, addebiti provvisori e anche sommari, per il controllo dei quali è tenuto a vagliare tutti gli elementi a corredo trasmessi dal pubblico ministero.

La possibilità di dare al fatto una diversa definizione giuridica si pone non solo in sede di applicazione della misura cautelare (cioè in fase c.d. genetica), ma **anche nei giudizi d'impugnazione** (riesame, appello cautelare e ricorso per cassazione), nonché in caso di procedimenti cautelari in fasi del processo diverse da quella delle indagini preliminari, come nell'ipotesi di applicazione della misura cautelare dopo la sentenza di primo grado o d'appello, a seguito di una diversa qualificazione giuridica del fatto come delineato dalla pubblica accusa ai sensi degli artt. 521 o 597 cod. proc. pen.

9.4. L'art. 2 della legge n. 114 del 2024, come è noto, riformando l'art. 291 cod. proc. pen., ha introdotto l'istituto dell'interrogatorio preventivo della persona sottoposta alle indagini preliminari rispetto all'eventuale applicazione della misura cautelare. **Il giudice della cautela, ovviamente, deve tenere conto dell'interrogatorio dell'indagato ai fini anche dell'inquadramento giuridico del fatto.** Prima di disporre la misura cautelare, il giudice deve

¹¹⁶ L'art. 423 cod. proc. pen. — pur non escludendo che l'iniziativa di dare una diversa qualificazione giuridica al fatto possa muovere dal pubblico ministero — si interessa esclusivamente del fatto come episodio della vita umana, o perché se ne constati la diversità nel senso già precisato o perché se ne rilevi una maggiore ricchezza o perché risulti che a quell'episodio, a quel fatto, se ne debbono aggiungere altri, sicché affermare che il giudice dell'udienza preliminare non possa dare al fatto una diversa qualificazione giuridica sul presupposto che la norma in questione attribuisce soltanto al pubblico ministero anche questo potere, significa affermare cosa non rispondente al vero: la norma, infatti, conferisce al pubblico ministero, e soltanto ad esso, il potere di modificare il fatto, sicché il pubblico ministero è esclusivo dominus del fatto inteso come fattispecie concreta, ma non anche del fatto inteso come fattispecie astratta.

procedere all'interrogatorio dell'indagato con le modalità previste dagli art. 64 e 65 cod. proc. pen., salvo che ricorra una delle eccezioni prevista dalle norme. L'art. 65 cod. proc. pen. prevede che l'autorità giudiziaria contesti alla persona sottoposta alle indagini “*in forma chiara e precisa il fatto che le è attribuito*”, oltre a renderle noti gli elementi di prova esistenti. Le risposte contribuiranno al giudizio che il giudice deve compiere anche ai fini della qualificazione giuridica del fatto¹¹⁷.

9.5. Anche nel caso di provvedimento cautelare reale la riqualificazione giuridica del fatto, da parte del giudice della cautela, in termini diversi da come contestato nell'incolpazione formulata dal pubblico ministero, **non determina la mutazione dello stesso, né comporta l'illegittimità del provvedimento.**

In tema di sequestro preventivo, pertanto, non costituisce mutazione del fatto, né comporta l'inefficacia del provvedimento, la diversa qualificazione operata dal giudice per le indagini preliminari in termini di ricettazione rispetto a quella di riciclaggio di cui all'incolpazione provvisoria contenuta nella richiesta del pubblico ministero, conservando il giudice della cautela, in una fase fluida come quella delle indagini preliminari, il potere-dovere di ritenere autonomamente, pur **nei limiti degli elementi dedotti nella richiesta**, l'inquadramento giuridico che stimi più appropriato rispetto al fatto descritto¹¹⁸, né l'analoga diversa qualificazione compiuta dal Tribunale del riesame rispetto a quella formulata nell'incolpazione proposta dal pubblico ministero e recepita nel provvedimento di sequestro genetico¹¹⁹.

9.5. Il giudice delle indagini preliminari ed il Tribunale in sede di riesame o di appello cautelare, inoltre, **possono pervenire ad un inquadramento giuridico del fatto anche in pejus**¹²⁰. Si allude al caso in cui, dalla sussunzione della fattispecie concreta sotto un'incriminazione più grave, discendano **effetti pregiudizievoli** per l'imputato, come l'allungamento dei termini di custodia cautelare.

Rimane comunque ferma **l'intangibilità sotto il profilo storico-naturalistico della contestazione provvisoria elevata dal pubblico ministero**. La sola veste giuridica assegnata al fatto storico contestato può essere sempre rimessa in discussione ed essere modificata da parte

¹¹⁷ Sulla riforma, tra i primi contributi, P. Indinnimeo, *Le novità in materia di interrogatorio di garanzia*, in L. Kalb (a cura di), *Le novità del procedimento cautelare*, Milano, 2024, 161 e ss.

¹¹⁸ Sez. 2, n. 5616 del 15/01/2021, Rv. 280883 - 01

¹¹⁹ Sez. 2, n. 23954 del 23/04/2024 Rv. 286515 - 01, secondo cui, nella fase delle indagini, di per sé fluida perché aperta alla esatta configurazione del fatto, il mutamento di "rotta" operato dal Tribunale dalla qualifica di riciclaggio a quella di ricettazione comporta un mutamento non soltanto della qualificazione giudica, che non riguarda la condotta materiale.

¹²⁰ Sez. U, n. 24 del 05/07/2000, PM in proc. Monforte, Rv. 216706 - 01.

del giudice chiamato ad emettere il provvedimento applicativo della misura cautelare ovvero a deliberare le richieste di impugnazione di detto provvedimento¹²¹.

10. segue: gli effetti della diversa qualificazione del fatto operata dal giudice del procedimento cautelare.

10.1. Secondo una affermazione che ricorre in diverse sentenze, dunque, *“l’eventuale correzione del “nomen iuris” da parte del giudice della cautela non può avere peraltro effetti oltre il procedimento incidentale”*¹²² e, segnatamente nel giudizio di merito. In tale giudizio, pertanto, il pubblico ministero non è vincolato alla qualificazione giuridica del fatto data dal giudice della cautela.

Secondo l’orientamento giurisprudenziale consolidato, al fine computare i termini di durata delle misure cautelari personali nelle diverse fasi del procedimento principale, **il delitto per cui si procede indicato dall’art. 303 cod. proc. pen. è quello ritenuto all’esito della fase cautelare**, almeno sino all’emissione della sentenza di primo grado, che è invece frutto di un approfondimento processuale svolto in contraddittorio, ma che, peraltro, in ragione del principio di autonomia tra le fasi cautelari, non ha comunque efficacia retroattiva in materia cautelare.

Più precisamente:

(a) Ai fini del computo dei termini di fase, deve aversi riguardo al reato contestato nel provvedimento coercitivo, anche se l’azione penale sia stata successivamente esercitata per un reato diverso o aggravato da circostanze ad effetto speciale¹²³.

Si tratta di un principio che sviluppa l’interpretazione offerta dalle Sezioni unite secondo cui, ai fini del computo del termine massimo di custodia cautelare, nella fase del giudizio, **non può tenersi conto delle nuove contestazioni effettuate nel dibattimento dal pubblico ministero**, dovendosi fare riferimento esclusivamente all’imputazione dell’originario

¹²¹ Per aversi mutamento del fatto, occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume la ipotesi astratta prevista dalla legge, sì da pervenire ad un’incertezza sull’oggetto dell’imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa; ne consegue che l’indagine volta ad accertare la violazione del principio suddetto non va esaurita nel pedissequo e mero confronto puramente letterale fra contestazione e sentenza perché, vertendosi in materia di garanzie e di difesa, la violazione è del tutto insussistente quando l’imputato, attraverso l’iter del processo, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all’oggetto dell’imputazione (Sez. U, n. 16 del 19/06/1996, De Francesco, Rv. 205619).

¹²² Sez. 1, n. 4864 del 14/07/1997; di recente, Sez. 6, n. 13355 del 28/02/2024, secondo cui il giudice, sia in sede di applicazione della misura che in sede di riesame o di appello, può modificare la qualificazione giuridica attribuita dal pubblico ministero al fatto, fermo restando che l’eventuale modifica non produce effetti oltre il procedimento incidentale. E ciò senza che possa invocarsi, in senso contrario, la regola di giudizio fissata dall’art. 521 cod. proc. pen., in quanto la pronuncia della sentenza all’esito del giudizio e il controllo in sede incidentale sulla legittimità dell’applicazione delle misure cautelari si pongono su piani del tutto distinti.

¹²³ Sez. 6, n. 9964 del 01/03/2016, Minasi, Rv. 266507 - 01; Sez. 6, n. 7470 del 21/01/2009, Columbu, Rv. 243037 - 01; Sez. 2, n. 35195 del 05/10/2006, Licci Rv. 235143 - 01.

provvedimento coercitivo, **a meno che non sia intervenuta un'ulteriore ordinanza cautelare comprensiva della contestazione suppletiva**¹²⁴.

Ai fini del computo del termine di fase, pertanto, deve aversi riguardo al reato contestato nel provvedimento restrittivo costituito dalla **reciproca integrazione dell'ordinanza cautelare emessa dal giudice per le indagini preliminari e di quella pronunciata ex art. 309 cod. proc. pen.** nonché dalla decisione della Corte di cassazione che definisce l'incidente cautelare¹²⁵;

(b) i termini di fase, dunque, non dipendono dalle scelte unilaterali del pubblico ministero, che modifica l'imputazione nel corso del dibattimento;

(c) tali termini non dipendono neanche dalla imputazione "validata" dal giudice con il decreto che dispone il giudizio, dato che tale provvedimento esprime una valutazione processuale di tipo prognostico non idonea ad influire sul titolo cautelare¹²⁶;

(d) costituisce eccezione alla indipendenza dell'imputazione "cautelare" da quella "processuale" (ovvero quella che viene ritenuta nel corso del giudizio di merito) **la decisione di riqualificazione della condotta effettuata con la sentenza di condanna di primo o secondo grado**¹²⁷.

Si tratta, in buona sostanza, di prendere atto di decisioni favorevoli che si verificano anche quando, con la sentenza di condanna non definitiva, **venga esclusa un'aggravante ad effetto speciale** che figuri (anche) nella contestazione cautelare o quando, procedutosi per più reati oggetto di un provvedimento restrittivo, **l'assoluzione dal più grave** comporti la stessa situazione; o che il delitto così come ritenuto dal giudice non consenta la misura custodiale a norma dell'art. 280, comma 2, cod. proc. pen.¹²⁸.

¹²⁴ Sez. U, n. 24 del 05/07/2000, PM in proc. Monforte, Rv. 216706 – 01.

¹²⁵ Sez. 2, n. 30254 del 23/05/2023, Rv. 285024 - 01

¹²⁶ Sez. U, n. 39915 del 30/10/2002, Vottari, Rv. 222602 - 01; Sez. 1, n. 24123 del 19/02/2016, Trovato, Rv. 266879 - contra: Sez. 3, n. 8128 del 06/12/2002, dep.2003, Picasso, Rv. 223738 – 01.

¹²⁷ Le Sezioni unite, infatti, hanno osservato che *“Ferma in linea di massima l'applicazione delle regole dettate dall'art. 278 cit. anche dopo la sentenza di condanna non definitiva (Cass. Sez. Un. 16-11-91 Simioli), si riscontrano varie ipotesi in cui nel vigente codice di procedura penale il criterio del "reato ritenuto in sentenza" acquista vigore nell'apprezzamento di vicende processuali che sopravvengano nel giudizio di merito e siano favorevoli all'imputato in conseguenza di determinate pronunce giurisdizionali che comportino l'estinzione delle misure cautelari. Ciò accade a seguito di una valutazione di merito che incida in senso positivo sullo stato detentivo, spezzando l'autonomia del provvedimento incidentale di libertà rispetto a quello che interviene nel giudizio principale di merito. Tali decisioni l'ordinamento processuale individua nel decreto di archiviazione, nella sentenza di non luogo a procedere o di proscioglimento, nella sentenza di condanna in qualsiasi grado se la pena irrogata sia condizionalmente sospesa o sia dichiarata estinta, nella sentenza di condanna ancorché sottoposta ad impugnazione se la durata della custodia subita non sia inferiore alla pena inflitta (art. 300 co. 1, 3 e 4 c.p.p.)”* (Sez. U, n. 24 del 05/07/2000, PM in proc. Monforte, cit.).

¹²⁸ Sez. U, n. 24 del 05/07/2000, PM in proc. Monforte, cit. Nella motivazione, peraltro, è precisato che l'effetto favorevole si produce *“se non vi sia impugnazione da parte del pubblico ministero”*. In tale caso, *“la situazione si cristallizza e il reato ritenuto meno grave in sentenza costituisce decisione favorevole che si riverbera, da quel momento, sulla contestazione cautelare e può comportare l'inserimento del reato per*

Queste decisioni favorevoli all'imputato, intervenute nel processo di merito, si riverberano, dal momento della loro emissione, sulla contestazione cautelare, migliorando la posizione dell'imputato, in applicazione del principio generale del "favor rei", e imponendo al giudice l'immediata liberazione del sottoposto alla misura in conseguenza della scadenza dei termini custodiali (artt. 303 e 306 c.p.p.) per un **fatto sopravvenuto che ben può identificarsi in una delle decisioni suindicate**;

(e) le modifiche della qualificazione giuridica, in ipotesi favorevoli discendenti dalle decisioni del giudice - che definiscono il procedimento cautelare o di cognizione - **non rilevano sui termini delle fasi esaurite**. Eventuali effetti favorevoli correlati alla nuova qualificazione, pertanto, non possono retroagire¹²⁹.

Il sistema di calcolo dei termini di fase di durata della misura cautelare è caratterizzato dall'operatività del principio della "segmentazione dei termini", cioè della previsione di termini autonomi, che contribuiscono a determinare la durata massima della custodia cautelare¹³⁰. Deve pertanto ritenersi che il rapporto cautelare sia da considerare "esaurito" quando si conclude ogni singola fase, con conseguente divieto di retroattività di modifiche migliorative sia giurisprudenziali, che di fonte normativa.

La *ratio* che governa tale percorso giurisprudenziale deve essere rinvenuta nel **principio di stretta legalità cautelare**: il vincolo cautelare viene applicato sulla base della valutazione della imputazione posta alla base della richiesta e validata dal giudice della cautela. Si tratta di una imputazione che "giustifica" il provvedimento restrittivo per tutto il percorso processuale e che può esser "superata" solo dalle riqualificazioni effettuate con le sentenze di primo e secondo grado, che prevalgono sull'accertamento cautelare in quanto esprimono il **risultato di un approfondimento processuale in contraddittorio**, potenzialmente definitivo (se l'imputato non impugna), che ha una ontologica primazia sia sulle valutazioni effettuate nell'ambito dell'incidente cautelare, di regola basate su contraddittorio attenuato e cartolare, sia sulle valutazioni processuali di tipo prognostico espresse dal decreto che dispone il giudizio.

cui ormai si procede in una fascia di minor durata dei termini di custodia cautelare, con la conseguente (eventuale) scarcerazione per decorso degli stessi".

¹²⁹ Cfr., tra le altre, Sez. 6, n. 46497 del 05/11/2019, Marouane, Rv. 277410 - 01; Sez. 6, n. 35681 del 14/05/2015, Bruzzese, Rv. 264268 - 01; Sez. 5, n. 46835 del 04/12/2007, Di Lauro, Rv. 238890 - 01. La autonomia delle fasi processuali ed il divieto di retroazione degli effetti favorevoli correlati alla riqualifica *in melius* delle condotte contestate ha trovato autorevole conferma nella decisione delle Sezioni Unite secondo cui, ribadita l'autonomia dei termini di fase previsti dall'art. 303 cod. proc. pen., la *lex mitior* sopravvenuta (in quel caso derivante dalla reviviscenza del trattamento sanzionatorio più favorevole per le droghe leggere, quale effetto della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale), non produce effetti sulle fasi esaurite, ma solo su quelle in corso (Sez. U, n. 44895 del 17/07/2014, Pinna, Rv. 260926 - 01).

¹³⁰ Sez. U, n. 44895 del 17/07/2014, Pinna, Rv. 260926 - 01.

10.2. Gli atti di esercizio dell'azione penale ed il decreto che dispone il giudizio, dunque, ove modificchino l'imputazione cautelare riqualficandola, non sono idonei ad incidere sulla estensione dei termini di fase del provvedimento cautelare che dipende dalla imputazione posta a fondamento del provvedimento coercitivo; tali termini possono essere modificati, per il futuro, solo dalle decisioni del giudice dell'incidente cautelare o al termine dei vari gradi di giudizio di merito.

Sul piano pratico, ciò comporta che **il giudice della cautela deve essere preciso anche nella parte dispositiva dell'ordinanza cautelare**, indicando con chiarezza quale è il **reato** per il quale si ritiene sussistenti i presupposti per l'applicazione della misura cautelare.

10.3. A seguito di eventuale diversa qualificazione giuridica del fatto da parte del giudice, **il delitto per il quale si ravvisano gravi indizi di colpevolezza potrebbe non costituire più idoneo titolo cautelare**¹³¹.

La qualificazione giuridica assegnata dal giudice della convalida dell'arresto, inoltre, assume rilievo per l'individuazione dei presupposti della misura cautelare da applicare. All'esito dell'udienza di convalida, infatti, ai sensi dell'art. 391, comma 5, cod. proc. pen., è consentito applicare misura al di fuori dei limiti previsti dagli artt. 274, comma 1, lett. c), e 280 cod. proc. pen. **purché l'arresto sia stato convalidato per uno dei delitti previsti dall'art. 381, comma 2, cod. proc. pen. o per uno dei delitti per i quali è consentito l'arresto anche fuori dalla flagranza**¹³².

11. Il controllo giurisdizionale sulla completezza della contestazione cautelare.

Il giudice della cautela, in forza del principio di legalità, può assegnare la qualificazione giuridica che ritenga più corretta, ma **gli è precluso qualunque intervento correttivo dell'imputazione sotto il profilo storico-fattuale**, in quanto prerogativa esclusiva dell'organo dell'accusa.

¹³¹ Come è noto, fatte salve le eccezioni previste dall'art. 280, comma 3-bis, cod. proc. pen. e dall'art. 391, comma 5, secondo periodo, cod. proc. pen., le misure coercitive possono essere applicate soltanto quando si procede per delitti per i quali è prevista la pena della reclusione superiore nel massimo a 3 anni, quella degli arresti domiciliari poi solo per delitti puniti con pena massima non inferiore a 4 anni (se l'esigenza cautelare da soddisfare è quella di cui all'art. 274 co. 1 lett. c) e quella custodiale inframuraria solo per delitti puniti con pena massima non inferiore a 5 anni di reclusione.

¹³² Sez. 5, n. 23074 del 2/03/2021; Sez. 5, n. 16176 del 21/03/2017, Rv. 270133 – 01, secondo cui, in caso di arresto eseguito per un delitto punito nel massimo con pena non superiore a tre anni, l'applicazione di una misura coercitiva al di fuori dei limiti di pena previsti dall'art. 280 cod. proc. pen. è illegittima qualora l'arresto non sia stato poi convalidato, in quanto la possibilità di derogare tale limite prevista dall'art. 391, comma quinto, cod. proc. pen., è subordinata alla condizione che l'arresto sia convalidato (In applicazione di questo principio la S.C. ha annullato senza rinvio l'ordinanza impugnata relativamente all'applicazione, a seguito di arresto, della misura cautelare coercitiva per i reati di lesioni aggravate, rilevando che non vi era stata la convalida dell'arresto per carenza del requisito della flagranza o quasi flagranza).

Occorre chiedersi allora che cosa accada nel caso in cui il giudice rilevi che la contestazione provvisoria elevata dal pubblico ministero nella richiesta ex art. 291 cod. proc. pen. sia **lacunosa, incompleta** o, comunque, **inadeguata** a descrivere compiutamente il fatto.

Al riguardo, si deve rilevare che manca nel codice di rito la previsione espressa di nullità della domanda cautelare per la genericità della contestazione cautelare¹³³.

L'indeterminatezza della contestazione cautelare contenuta nell'ordinanza cautelare, invece, integra una nullità della stessa ordinanza ai sensi dell'art. 292, comma 1, lett. b), cod. proc. pen. Essa, da un lato, **incide direttamente sul diritto di difesa**, perché impedisce all'indagato di comprendere gli esatti termini del fatto-reato in relazione al quale si trova a subire la limitazione della libertà personale e, quindi, di difendersi in modo adeguato; dall'altro lato, **ostacola il potere-dovere del giudice di compiere la necessaria valutazione circa la ricorrenza dei gravi indizi di colpevolezza**, da rapportare ad un fatto-reato necessariamente circostanziato e conforme alle emergenze processuali.

Non potendo correggere direttamente le lacune della contestazione (operazione riservata — si ribadisce — al solo pubblico ministero), né emettere un provvedimento coercitivo che nascerebbe viziato ex art. 292, comma 1, cod. proc. pen., il giudice si trova allora dinanzi due alternative:

a) quella di emettere **un provvedimento formale di rigetto della richiesta di applicazione di misura cautelare** a causa della genericità della contestazione cautelare e, dunque, dell'impossibilità di emettere un atto valido e di compiere le prescritte valutazioni in ordine ai presupposti della cautela;

b) quella di emettere **un provvedimento interlocutorio di restituzione degli atti al pubblico ministero affinché provveda alla correzione/integrazione dell'incolpazione**.

Il provvedimento di rigetto da parte del G.i.p. della richiesta di applicazione di misura cautelare per indeterminatezza dell'incolpazione non darebbe luogo al formarsi del c.d. giudicato cautelare. Secondo la costante giurisprudenza, esso scatta solamente nel caso in cui vi sia stata una valutazione sul “merito” della domanda cautelare del pubblico ministero e non nel caso di reiezione per motivi solo formali¹³⁴.

La ipotesi dell'emissione di un provvedimento interlocutorio, invece, pur non prevista dal codice di rito, non dà luogo ad un atto abnorme¹³⁵. Anche di recente, difatti, è

¹³³ E' già stato osservato, però, che l'incolpazione cautelare, non dovendo necessariamente essere contenuta in un preciso capo di imputazione, può risultare una o anche più di esse (anche) dal contesto motivazionale della richiesta del pubblico ministero (Sez. 5, n. 34062 del 09/07/2013, Rv. 257090 – 01, cit.).

¹³⁴ Cfr., tra le altre, Sez. 6, n. 8695 del 9/01/2018, Rv. 272217.

¹³⁵ Si ritiene che i provvedimenti di tipo interlocutorio non si pongano al di fuori del sistema processuale in quanto costituiscono atti che appartengono alla fisiologia del rapporto di collaborazione tra uffici e non determinano stasi del procedimento, potendo il pubblico ministero confermare la propria originaria

stato affermato che non è abnorme il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari, investito della richiesta di una misura cautelare, restituisce gli atti al pubblico ministero, affinché **specifichi le condotte** a cui si riferisce la domanda di cautela, non verificandosi in tal caso alcuna stasi del procedimento e costituendo il provvedimento restitutorio un atto interlocutorio privo di qualsivoglia implicita determinazione sul merito della richiesta¹³⁶.

In particolare, non si forma il c.d. giudicato cautelare in relazione al provvedimento con il quale il giudice per le indagini preliminari, investito della richiesta di una misura cautelare, restituisce gli atti al pubblico ministero qualora l'accusa esponga in maniera più circostanziata le ragioni poste a fondamento della misura richiesta giacché tale provvedimento, da un lato, non ha valore equipollente ad una decisione di rigetto della richiesta stessa; dall'altro, non è impugnabile dall'organo dell'accusa, per il principio della tassatività dei mezzi di impugnazione¹³⁷.

Nel caso in cui, nonostante la lacunosità dell'imputazione cautelare, il giudice emetta comunque il provvedimento coercitivo, la Corte di cassazione ha ritenuto che **il pubblico ministero possa emendare l'imputazione carente, anche oralmente, nel corso dell'udienza camerale di riesame**, sul presupposto che al Tribunale è consentito di decidere anche in base agli elementi addotti dalle parti nel corso dell'udienza e di integrare il capo di imputazione con riguardo ai dati mancanti (nella specie, la data ed il luogo della consumazione del reato)¹³⁸.

Diversamente, **non è possibile per il Tribunale distrettuale**, innanzi al quale sia stata sollevata la specifica eccezione, **supplire alle carenze inerenti all'enunciazione del fatto oggetto d'imputazione, in quanto ciò comporrebbe l'assunzione da parte dell'organo giurisdizionale di poteri di esclusiva pertinenza dell'organo dell'accusa – dominus dell'azione penale e quindi dell'azione cautelare – ed un travalicamento della funzione di garanzia e controllo rispetto all'operato dell'inquirente che impedisce interventi dell'organo della impugnazione cautelare in sostituzione, integrazione o modifica dell'ipotesi accusatoria pur lacunosamente formulata dal pubblico ministero**¹³⁹.

La funzione di controllo attribuita al giudice del riesame, se pure consente di confermare il provvedimento impositivo anche per ragioni diverse da quelle indicate nel provvedimento stesso, trova un limite nella correlazione ai fatti posti a fondamento della misura cautelare, che

determinazione o accogliere la prospettazione differente proveniente eventualmente dalle indicazioni del giudice (cfr. Sez. 5, n. 17634 del 6/12/2019, dep. 2020; Sez. 4, n. 32142 del 12/4/2017, Rv. 270454; Sez. 6, n. 719 del 2/3/1998, Romano, Rv. 211947)

¹³⁶ Sez. 5, n. 12378 del 20/12/2017, Pomaro, Rv. 272307.

¹³⁷ Sez. 3, n. 42901 del 28/09/2004, n. 230183

¹³⁸ Sez. 4, n. 19890 del 19/06/2020; Sez. 2, n. 5739 del 3/10/2018; Sez. 6, n. 3569 del 29/09/2000, Rv. 217371; Sez. 2, n. 29429 del 20/04/2011, Rv. 251015. In un arresto risalente, la Corte di cassazione ha affermato che le eventuali carenze dell'imputazione non possono essere sanate mediante notificazione all'indagato della richiesta del pubblico ministero, successivamente alla notifica dell'ordinanza (Sez. 3, n. 3576 del 20/10/1995, Rv. 203115 - 01).

¹³⁹ Sez. 1, n. 1300 del 27/02/1996, Rv. 204307.

non possono essere sostituiti o integrati da ipotesi accusatorie autonomamente formulate dal tribunale, in base a dati di fatto del tutto diversi, spettando tale potere di impulso esclusivamente al pubblico ministero¹⁴⁰.

Qualora la carente enunciazione del fatto e delle norme di legge violate sia imputabile, non ad un difettoso esercizio dell'azione cautelare da parte del pubblico ministero, ma ad un'incompletezza del solo provvedimento coercitivo, il Tribunale del riesame, trovandosi nella stessa posizione del giudice *a quo*, potrà invece sanare la lacuna col provvedimento ex art. 309 c.p.p.

12. segue: Il fatto storicamente diverso da quello contestato.

Il giudice della cautela, tuttavia, può anche rilevare che, dal materiale raccolto nel corso delle indagini preliminari, allegato dal pubblico ministero a sostegno della richiesta ex art. 291 cod. proc. pen., emerge **un fatto storicamente diverso da quello contestato provvisoriamente dall'inquirente**¹⁴¹.

Un fatto può dirsi il medesimo soltanto qualora vi sia identità materiale, riferita agli elementi costitutivi della fattispecie (condotta, evento e nesso causale), oltre a identità di condizioni di tempo, luogo e persona¹⁴². E' "diverso" quel fatto che presenti eterogeneità quanto agli elementi costitutivi nonché a tempo, luogo o persona, mentre non sono tali da rendere il fatto diverso le difformità concernenti i meri *accidentalia delicti* (cioè, le circostanze).

Nel caso in cui riscontri che il fatto è diverso, **il giudice è tenuto a rigettare la richiesta di applicazione di misura cautelare** sul presupposto che le emergenze raccolte nel corso delle indagini ed allegate alla richiesta, in quanto concernenti un fatto storico appunto differente, non consentono di ritenere integrata la gravità indiziaria in relazione al fatto oggetto dell'imputazione provvisoria.

Il pubblico ministero, se ritiene, può presentare una nuova richiesta ai sensi dell'art. 291 cod. proc. pen. in relazione al diverso fatto emergente dagli atti, eventualmente tratteggiato dallo stesso G.i.p. nell'argomentare il provvedimento di diniego. In tale ipotesi, **non può ricorrere alcuna preclusione da ne bis in idem cautelare**, inoperante rispetto ad un fatto "diverso".

¹⁴⁰ Sez. 2, n. 47443 del 17/10/2014, Rv. 260829, in tema di riesame di procedimento applicativo di misura cautelare reale.

¹⁴¹ Sez. 2, n. 7315 del 10/01/2019, Rv. 276093 – 01; Sez. 6, n. 18767 del 18/02/2014, Rv. 259679 – 01; Sez. 1, n. 41948 del 14/10/2009, Rv. 245069 - 01

¹⁴² Sez. U. n. 34655 del 28/6/2005, Donati, Rv. 231799-01, cit. impostazione definitivamente consacrata dalla sentenza della Corte cost. n. 200 del 2016 recepita, poi, dalla giurisprudenza di legittimità (Sez. 1, n. 39746 del 15/03/2016, Rv. 268147 – 01; Sez. 5, n. 50496 del 19/06/2018, Rv. 274448 – 01; Sez. 7, Ord. n. 42994 del 20/10/2021, Rv. 282187 – 01; Sez. 1, n. 42630 del 27/04/2022, Rv. 283687 - 01).

Allo stesso modo, deve provvedere il Tribunale del riesame che riconosca che il fatto è diverso da quello posto a base della richiesta del pubblico ministero.

Non pare condivisibile la via, talvolta percorsa nella prassi, di restituzione da parte del G.i.p. degli atti al pubblico ministero con un provvedimento interlocutorio nel quale rilevi la discrasia fra la contestazione cautelare e le emergenze processuali, con la sollecitazione all'inquirente di emendare l'incolpazione.

Tale modalità di interlocuzione fra giudice e organo dell'accusa, forse ispirata ai principi dettati dalle Sezioni unite nella sentenza Battistella¹⁴³, riguarda, a ben vedere, una situazione assai diversa da quella presa in considerazione in tale autorevole arresto, perché non è volta a favorire la correzione nella stessa fase processuale di un vizio, ma comporta un'indebita regressione processuale, non superabile se il pubblico ministero rimanga fermo nella propria impostazione¹⁴⁴.

13. La contestazione “cd. chiusa o aperta” nei procedimenti aventi ad oggetto delitti permanenti ed abituali: effetti sulle successive contestazioni cautelari.

In tema di reati permanenti (ed in particolare, di delitti associativi), com'è noto, la giurisprudenza riconosce al pubblico ministero la possibilità di formulare l'imputazione, secondo le tecniche alternative della **contestazione “aperta”** e di quella **contestazione “chiusa”**.

Nel primo caso, il pubblico ministero si limita ad indicare nell'imputazione esclusivamente la data iniziale del reato permanente, non quella finale; ciò nonostante, la permanenza - intesa come dato della realtà - viene ritenuta comunque compresa nell'imputazione, sicché l'interessato è chiamato a difendersi nel processo in relazione ad un fatto la cui essenziale connotazione è data dalla sua persistenza nel tempo, senza alcuna necessità che il protrarsi della condotta criminosa formi oggetto di contestazioni suppletive da parte del titolare dell'azione penale e, dunque, con conseguente espansione della contestazione fino alla pronuncia della sentenza di primo grado¹⁴⁵.

La sentenza di primo grado determina la cessazione della permanenza non perché in quel momento cessa o si interrompe naturalisticamente la condotta, ma solo perché le regole del processo non ammettono che possa formare oggetto di contestazione, di accertamento giudiziale e di sanzione una realtà fenomenica successiva alla sentenza stessa, pur se legata a quella giudicata da un nesso inscindibile¹⁴⁶.

¹⁴³ Sez. U, n. 5307 del 20/12/2007, dep. 2008, PM in proc. Battistella, Rv. 238239 - 01

¹⁴⁴ A. Bassi, *Il controllo giurisdizionale sulla formulazione dell'imputazione nello sviluppo del procedimento penale*, in *Cass. pen.* 2020, 11, 3982.

¹⁴⁵ Sez. U, n. 11021 del 13/07/1998, Montanari, Rv. 211385 - 01; Sez. 2, n. 20798 del 20/04/2016, Rv. 267085 - 01.

¹⁴⁶ La pronuncia della sentenza di primo grado costituisce solo il limite temporale "invalidabile" per la "chiusura" della contestazione aperta, ma la verifica della cessazione della permanenza va effettuata in

Ai fini della verifica dei presupposti di operatività del divieto di un secondo giudizio (art. 649 cod. proc. pen.), pertanto, qualora la contestazione del fatto oggetto del primo processo rechi soltanto l'indicazione della data di inizio della consumazione, **il termine finale della condotta criminosa deve essere individuato con riferimento alla data di pronuncia della sentenza di primo grado** (prescindendo dalla circostanza che l'esito del giudizio sia stato di condanna o di assoluzione), atteso che detta decisione contiene pur sempre un accertamento fattuale il quale, per la natura del reato che ne costituisce l'oggetto, non può aver riguardo al solo momento iniziale della condotta ma deve necessariamente tenere conto della sua durata nel tempo¹⁴⁷.

Nell'ipotesi di "contestazione chiusa", invece, il pubblico ministero indica la data iniziale e finale dell'attività delittuosa contestata, sicché l'eventuale protrarsi dell'offesa al di là dei limiti temporali fissati nel capo d'imputazione impone un'ulteriore specifica incolpazione, perché essa costituisce "fatto diverso" rispetto a quello oggetto di imputazione¹⁴⁸.

Il pubblico ministero può modificare in udienza (nel diverso processo asseritamente preclusivo) l'imputazione "aperta" per mezzo della precisazione del termine finale, senza per questo arrecare un *vulnus* alle facoltà difensive dell'imputato o violare il principio di irretrattabilità dell'azione penale (atteso che per ritrattazione deve intendersi solo l'iniziativa unilaterale del pubblico ministero volta ad eliminare elementi essenziali o circostanziali dell'imputazione sottoposta al vaglio del giudice con l'esercizio dell'azione penale)¹⁴⁹.

Questi principi presentano evidenti **ricadute nel procedimento cautelare**. Nel caso di precedenti sentenze per reati associativi, ad esempio, l'ordinanza cautelare deve riguardare fatti che, sul piano temporale, eccedano i limiti temporali della precedente condanna irrevocabile,

concreto caso per caso, in quanto la contestazione (al pari della successiva sentenza) riflette un accadimento storicamente percepibile e accertabile e, dunque, non può che aver ad oggetto un fatto pregresso o tutt'al più coevo, non essendo concepibile un accertamento riferito a condotte future.

¹⁴⁷ Sez. 6, n. 12302 del 29/11/2000, Drago Ferrante ed altri, Rv. 217950.

¹⁴⁸ Nel caso di contestazione "aperta" di un reato permanente, estendendosi la cognizione giudiziale all'intero sviluppo della fattispecie criminosa temporalmente non delimitata, non è necessaria alcuna contestazione suppletiva, né all'imputato spettano le correlate facoltà processuali, in relazione al protrarsi della condotta fino alla sentenza, essendo invece la modifica dell'imputazione ex art. 516 cod. proc. pen. necessaria nell'opposto caso di contestazione "chiusa" (Sez. 6, n. 30145 del 28/04/2023, Rv. 284964 - 01). (Cass. 2008 n. 29701). Del resto, la natura permanente del reato associativo non significa affatto "meccanicità" di future contestazioni e (men che mai) di future condanne per i periodi temporalmente successivi a quelli oggetto di un giudizio, stante la possibilità di atti di recesso volontario da parte dei singoli associati e stante, altresì, la necessità in ogni caso per la pubblica accusa di dimostrare la permanenza di una simile struttura associativa e la perduranza di apporto dei singoli soggetti, non potendosi certo ricorrere a inaccettabili presunzioni di continuità.

¹⁴⁹ La delimitazione del "*tempus commissi delicti*" del delitto di associazione per delinquere di tipo mafioso inizialmente contestato in forma "aperta", operata dal pubblico ministero in udienza, quale forma anticipata di interruzione giudiziale della permanenza, non integra una ritrattazione dell'azione penale, atteso che per tale deve intendersi solo l'iniziativa unilaterale del pubblico ministero volta ad eliminare elementi essenziali o circostanziali dell'imputazione sottoposta al vaglio del giudice con l'esercizio dell'azione penale" (cfr. Sez. 1 n. 8759 del 25/10/2022, dep. 2013, Crea, Rv. 284212, Sez. 2, n. 36376 del 23/06/2021, Cimini, Rv. 282015; Sez. 5, n. 37850 del 03/04/2019, Crea, n. m.).

trattandosi, dunque, di condotte sopravvenute che, sul piano processuale, non possono ritenersi "assorbite" in quelle pregresse¹⁵⁰.

Al riguardo, è stato precisato di recente che **il giudice di un procedimento cautelare non può sindacare la decisione del giudice della cognizione**, intervenuta in un diverso procedimento di cognizione, di accogliere la richiesta del pubblico ministero di "chiudere" la contestazione del reato associativo, originariamente formulata in modo "aperto", così delimitando sul piano temporale il "*thema decidendum*"¹⁵¹. **Il giudice del procedimento cautelare**, in tale caso, **non può disapplicare in via incidentale la decisione del giudice della cognizione di un diverso giudizio per affermare che tale diverso procedimento di merito abbraccia un periodo di tempo più ampio** onde ravvisare una supposta violazione del principio di *ne bis in idem* applicato in sede cautelare, poiché compete al giudice della cognizione verificare la perimetrazione dell'imputazione, evitando abusi¹⁵².

Non esiste, peraltro, una preclusione "positiva" nel senso di divieto di duplicazione della medesima misura cautelare per il medesimo fatto (analoga a quella prevista, anche in tale direzione, per il giudizio di cognizione dall'art. 649 cod. proc. pen.), in quanto nessuna norma del vigente codice di rito prevede la preclusione o l'invalidità della misura cautelare nel caso che essa sia stata preceduta da altra misura omologa per lo stesso fatto¹⁵³. Tale eventualità, difatti, è espressamente regolata dall'art. 297, comma 3, cod. proc. pen ed è quindi nella previsione di tale norma che trovano soluzione e regolamentazione quelle situazioni di ipotetico "abuso" nella sovrapposizione di richieste e ordinanze cautelari per il medesimo fatto o per fatti connessi nonché negli ulteriori casi risultanti dagli innesti operati dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 408 del 2005 e 233 del 2011¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Sez. 2, n. 30585 del 31/05/2024.

¹⁵¹ Sez. 5, n. 20045 del 26/04/2023, Moccia, Rv. 284674 – 01.

¹⁵² Il pubblico ministero, dunque, può modificare in udienza (nel diverso processo asseritamente preclusivo) l'imputazione "aperta" per mezzo della precisazione del termine finale, senza per questo arrecare un *vulnus* alle facoltà difensive dell'imputato o violare il principio di irretrattabilità dell'azione penale (atteso che per ritrattazione deve intendersi solo l'iniziativa unilaterale del pubblico ministero volta ad eliminare elementi essenziali o circostanziali dell'imputazione sottoposta al vaglio del giudice con l'esercizio dell'azione penale).

¹⁵³ Sez. 5, n. 1156 del 28/02/1994, Catracchi, Rv. 197590; Sez. 1, n. 36679 del 20/06/2013, Borrelli, Rv. 256887; Sez. 3, n. 18031 del 18/01/2019, Basile, Rv. 275958 – 01.

¹⁵⁴ Sez. 5, n. 20045 del 26/04/2023, Moccia, Rv. 284674 – 01