



Manuale operativo per Vice Procuratori Onorari

A cura di Lorenza Calcagno, già *Componente del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura*

Contributi di: Paola Bellone, *Viceprocuratore onorario a Torino*; Siro De Flammis, *Sostituto Procuratore presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Siena*; Antonella Di Florio, *già Consigliere della Corte di cassazione*; Lorenzo Gestri, *Sostituto Procuratore presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Firenze*; Aldo Natalini, *Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario e del ruolo della Corte di cassazione*; Vincenzo Pacileo, *Procuratore Aggiunto presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Torino*; Vincenzo Paone, *già Procuratore Aggiunto presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Asti*; Alessio Scarcella, *Consigliere della Corte di cassazione*.

Contributo redazionale: Antonella Licheri, *funzionario giudiziario della Scuola superiore della magistratura*; Marta Mior, *nell'ambito del tirocinio curriculare presso la Scuola superiore della magistratura, a seguito della convenzione sottoscritta con la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli*

Scuola superiore della magistratura - Roma

2024 ISBN – 9791280600585

La Scuola, la collana dei Quaderni e i Manuali

Nella premessa alla collana dei Quaderni si ricorda che la Magna carta dei giudici, adottata dal Consiglio consultivo dei giudici europei, facendo proprio un principio condiviso nell'ambito dei diversi ordinamenti europei, riconosce nella formazione «un importante elemento di garanzia dell'indipendenza dei giudici, nonché della qualità e dell'efficacia del sistema giudiziario» (pt. 8). Operando in questa prospettiva la Scuola superiore della magistratura ha raccolto l'esperienza maturata dal Csm nell'attività di preparazione e aggiornamento professionale dei giudici e dei pubblici ministeri, proseguita fino all'entrata in funzione della Scuola, cui la riforma dell'ordinamento giudiziario ha affidato la competenza esclusiva in tema di formazione dei magistrati (d.lgs. n. 26 del 2006).

Il primo Comitato direttivo si è insediato il 24 novembre 2011. Il 15 ottobre 2012 è stato inaugurato il primo corso di formazione della Scuola dedicato ai magistrati ordinari in tirocinio e nel gennaio 2013 è stato avviato il primo programma di formazione permanente. Oggi la Scuola è impegnata in tutti i settori della formazione dei magistrati: iniziale, permanente, decentrata, dirigenti, onorari, internazionale.

Accanto all'organizzazione e alla realizzazione delle sessioni di aggiornamento professionale, la documentazione giuridica rappresenta un tema centrale nelle attività di formazione. La Scuola mette già a disposizione di tutti i magistrati italiani una ricca biblioteca telematica all'interno della sezione del sito dedicata alle banche dati. Altrettanto fondamentale è il materiale didattico elaborato nel contesto delle sessioni formative e disponibile sul sito istituzionale, nell'ambito di ciascun corso.

Nella prospettiva di un ulteriore sviluppo del materiale di studio, la collana dei Quaderni, resa possibile grazie alla collaborazione con il Poligrafico e Zecca dello Stato italiano, è nata con l'intento di consentire la più ampia fruizione dei contributi maggiormente a significativi realizzati attraverso la didattica e dei risultati dell'attività di ricerca svolta dall'istituzione.

La collana si collega idealmente a quella inaugurata negli anni '80 del secolo scorso dal Csm e dedicata agli incontri di studio per i magistrati organizzati nell'ambito della formazione iniziale e continua, all'epoca di competenza consiliare. I singoli volumi sono disponibili liberamente sul sito della Scuola e nell'ambito della biblioteca virtuale che contiene le pubblicazioni ufficiali dello Stato.

Accanto ai Quaderni, la Scuola inaugura una collana dedicata a pubblicazioni di taglio prettamente operativo, richiamando lo schema del manuale. Le pubblicazioni nascono da specifiche esigenze sorte dall'attività giudiziaria ed approfondiscono la casistica e l'analisi delle fattispecie che più frequentemente sollevano difficoltà nello svolgimento dell'attività giurisdizionale con riferimento allo specifico settore individuato.

I Manuali nascono dai contributi realizzati nell'ambito dell'attività didattica e vogliono essere uno strumento di ausilio concreto, una sorta di “cassetta degli attrezzi” da tenere a disposizione. La scelta della pubblicazione on-line permetterà l'aggiornamento dei contributi, in modo da rendere sempre attuale il taglio operativo che questa specifica pubblicazione vuole avere.

SOMMARIO

Introduzione (di Vincenzo Pacileo)	3
Lo stato giuridico del vice procuratore onorario nell'ordinamento costituzionale ed europeo (di Antonella Di Florio)	4
1. Premessa	4
2. Brevi cenni sui principali passaggi relativi allo stato giuridico della magistratura onoraria: dalla Legge 51/1998 (c.d. legge Carotti) al Dlgs 116/2017 (Riforma Orlando)	5
3. La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e delle Corti Nazionali	10
4. La stabilizzazione dei magistrati onorari di lungo corso: un doppio canale	12
5. Le procedure di infrazione: in particolare, la seconda lettera di costituzione in mora del 15.7.2022	14
6. Le procedure di valutazione: risultati ed incertezze	16
7. Conclusioni	17
L'organizzazione dei vice procuratori onorari all'interno dell'UCP in relazione alle attività delegabili: <i>de finium regundorum</i> (di Paola Bellone)	19
Le attività fuori udienza (di Lorenzo Gestri)	24
1. Debito formativo: il «perimetro» delle attività fuori udienza	24
2. Il ruolo del delegante per comprendere le finalità delle attività delegate al VPO	24
3. La necessità di adottare un metodo «a vocazione giurisdizionale» nell'attività fuori udienza del VPO	25
4. La delega di indagini: finalità e contenuti	26
5. La scelta della «non-azione»: la richiesta di archiviazione	27
6. La redazione dell'imputazione: le problematiche e gli spunti posti dal sistema processuale penale	29
7. «Suggerimenti» tecnici di redazione dell'imputazione	31
La valutazione dei fatti ai fini dell'archiviazione ovvero dell'esercizio dell'azione penale: poteri e responsabilità del pubblico ministero (di Siro De Flammis)	33
1. Premessa	33
2. La notizia di reato, l'iscrizione dell'indagato	33
3. La procedibilità a querela	35
4. I criteri di definizione delle indagini preliminari	37
4.1 La particolare tenuità del fatto	37
4.2 La ragionevole previsione di condanna	40
4.3 I criteri di priorità	43
5. Conclusioni	44
Riforma Cartabia: procedibilità a querela e modifiche alla non punibilità per tenuità del fatto (di Aldo Natalini)	46
1. Premessa	46
2. Estensione del novero dei reati procedibili a querela	46
2.1 Catalogo dei reati procedibili a querela	49
2.2 <i>Favor querelae</i> e regime transitorio	52
2.3 Remissione della querela	54

3.	Estensione della non punibilità per particolare tenuità del fatto.....	55
3.1	Nuovi limiti edittali di applicabilità dell'art. 131- <i>bis</i> c.p.....	56
3.2	Rilievo della condotta susseguente al reato	58
3.3	Ampliamento delle preclusioni oggettive	59
Relazione sull'attività svolta nel gruppo di lavoro dedicato alle tipologie specialistiche di reato (di Vincenzo Paone)		63
1.	Una riflessione sulla procedura di estinzione delle contravvenzioni	63
2.	Alcune specifiche questioni connesse alle ipotesi criminose che presidiano la salute dei cittadini e l'ambiente nel suo complesso	65
Relazione sull'attività svolta nel gruppo di lavoro dedicato a Ammissione, acquisizione e valutazione della prova (di Alessio Scarcella)		67
1.	Fase A) L'ammissione	67
2.	Fase B) L'acquisizione della prova	72
3.	Fase C) La valutazione della prova.....	83

INTRODUZIONE (di Vincenzo Pacileo)

Il presente “manuale” nasce come ideale prosecuzione del corso online organizzato dalla SSM nell’aprile 2023 sulla magistratura onoraria requirente, che ha inteso fornire una visione d’insieme del ruolo e delle attribuzioni del VPO oggi, anche alla luce della riforma Cartabia, approfondendo i temi: a) del suo stato giuridico; b) delle indagini preliminari e della loro conclusione con la conseguente scelta di procedere ovvero di richiedere l’archiviazione, anche valorizzando il nuovo criterio selettivo della non “ragionevole previsione di condanna” o gli spazi della tenuità dell’offesa ampliati dalla riforma; c) della conduzione dell’udienza, con le varie sfaccettature che essa di volta in volta può presentare; d) del complesso mondo della prova, tra ammissibilità e valutazione; e) delle ampie competenze riconosciute dalla legge al VPO nei procedimenti del giudice di pace; f) delle questioni che si agitano nell’applicazione di figure di reato a tutela di interessi collettivi.

Quale, allora, il quadro che sbalza dal compendio?

In primo luogo, deve essere rimarcato il fatto che oggi più che mai l’amministrazione della giustizia non potrebbe fare a meno dell’apporto strutturale dei VPO, che per molti di loro costituisce un impegno costante tra udienze e supporto al lavoro dei togati.

Funzione istituzionale, quella del VPO, riconosciuta dall’art. 17 D.lgs. 116/2017 con l’attribuzione di larghissime competenze; ma altrettanto travagliata e non ancora del tutto soddisfacente, compressa com’è entro il vincolo ineludibile della onorarietà. In proposito si direbbe che l’incardinamento dei VPO nell’“ufficio di collaborazione del procuratore della Repubblica” ad opera della riforma Orlando abbia voluto esplicitarne formalmente l’intranità all’organizzazione dell’Ufficio.

Peraltro, non pare che l’innovazione abbia apportato mutamenti significativi nelle modalità di lavoro, a riprova del fatto che sono le dinamiche operative concrete a contare realmente al di là delle cornici normative. È, dunque, su questo piano che la riflessione e l’azione devono concentrarsi, a cominciare dalla magistratura togata e, naturalmente, dalla nostra Scuola di formazione permanente.

È proprio in quest’ottica di impegno e di condivisione per una amministrazione della giustizia più preparata e consapevole e, quindi, potenzialmente migliore, che crediamo si possa collocare anche questo piccolo “manuale”, attrezzo del mestiere non inutile – speriamo – nei momenti di difficoltà applicativa o anche soltanto di studio.

LO STATO GIURIDICO DEL VICE PROCURATORE ONORARIO NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE ED EUROPEO (di Antonella Di Florio)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Brevi cenni sui principali passaggi relativi allo stato giuridico della magistratura onoraria: dal Dlgs 19 febbraio 1998 n. 51 (c.d. legge Carotti) al Dlgs 13 luglio 2017 n. 116 (Riforma Orlando). - 3. La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e delle Corti Nazionali - 4. La stabilizzazione dei magistrati onorari di lungo corso: un doppio canale. - 5. Le procedure di infrazione: in particolare, la seconda lettera di costituzione in mora del 15.7.2022.- 6. Le procedure di valutazione: risultati ed incertezze. - 7. Conclusioni.

1. Premessa

Lo stato giuridico del viceprocuratore onorario si inserisce nel più ampio tema della magistratura onoraria nel suo complesso, rilevante non soltanto per i magistrati onorari, direttamente interessati, ma anche per un assetto coerente dell'intera giurisdizione: la magistratura togata infatti, soprattutto nello svolgimento di incarichi direttivi e semidirettivi, si deve misurare con la insostituibile presenza di giudici che hanno un inquadramento "diverso", nonostante siano costituzionalmente riconosciuti (ex art. 106 Cost.) ed inseriti nell'ordinamento giudiziario ex art. 4 del RD 12/41, pur trattando una percentuale rilevantissima di controversie con incombenze di varia natura, sia nell'ambito della funzione giudicante che di quella requirente, tanto da rappresentare una risorsa irrinunciabile per la giustizia italiana.

Non può negarsi, infatti, che "l'onorarietà" prevista in Costituzione – fondata su un accesso senza concorso per esami, sulla saltuarietà e temporaneità dell'incarico, sulla possibilità di essere iscritti, contemporaneamente, ad albi professionali e di svolgere, dunque, altre attività lavorative (istituzionalmente precluse alla magistratura togata) – ha subito, negli anni e nei fatti, un sostanziale sconvolgimento a causa della sempre più pressante esigenza del servizio giustizia di far fronte ad un enorme carico di lavoro che, in quasi tutti gli uffici, non sarebbe governabile senza l'apporto della magistratura onoraria.

Proprio per tale ragione, la situazione dei giudici onorari italiani:

rappresenta, all'interno della UE, un caso anomalo e mostra, anche a seguito delle riforme che si sono susseguite, peculiarità tali da distinguerla nettamente da quella dei colleghi europei: ciò configura un punto di frizione fra i principi predicati dalla Corte di Giustizia in relazione alla qualificazione dell'attività da loro svolta e le norme reiteratamente emanate, nelle più recenti riforme, alla ricerca di un inquadramento compatibile con le disposizioni costituzionali e di legge, secondo le quali chi svolge l'attività magistratuale ordinaria deve avere un rapporto di servizio sistemico con la pubblica amministrazione (per il quale è precluso lo svolgimento di altre attività lavorative) e deve accedere per concorso (art. 97 u. co Cost).

non trova corrispondenza con quella dei colleghi degli altri paesi europei soprattutto in relazione alla quantità ed alla intensità delle presenze, la prima inversamente proporzionale rispetto alla seconda, ed al bagaglio culturale retrostante, visto che in molti di essi l'attività di giudice onorario non necessita neanche del possesso di un diploma di laurea, ed è compatibile anche con l'avvenuto collocamento in quiescenza.

Dai rapporti della Cepej (Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia) emerge, infatti, che:

negli altri Stati della UE, i giudici non professionali o giudici laici (*lay judges*) sono in linea generale volontari, sono compensati per le spese da loro sostenute e, solo in alcuni casi, anche per il lavoro estemporaneamente reso; assumono, comunque, decisioni vincolanti nei Tribunali e possono giudicare sia all'interno delle Corti componendo i collegi formati dai giudici professionali, sia come giudici monocratici.

la loro funzione è comunemente caratterizzata da instabilità e non prevede né un inquadramento professionale né una pregressa formazione finalizzata allo svolgimento dell'attività giudiziaria: l'onorarietà si fonda sulla volontarietà, in relazione ad una riconosciuta esperienza ed onorabilità professionale. Non è necessaria una formazione giuridica pregressa, requisito, invece, necessario per poter accedere al concorso per titoli che in Italia è necessario per accedere alla funzione di Giudice Onorario.

il rapporto fra il numero di onorari ed il numero di togati per ogni 100.000,00 abitanti è molto diversificato: nei paesi nordici, tradizionalmente vicini ai sistemi di common law, il numero degli onorari

è di gran lunga superiore a quello dei togati con il picco massimo in Norvegia, dove sono stati registrati 850 onorari su 100.000,00 abitanti. In Italia, invece, abbiamo il numero più basso di giudici onorari, e cioè, secondo gli ultimi rilevamenti, 5,5 su 100.000 abitanti.

Nel nostro paese, come è noto, si è creato un sistema anomalo perché il funzionamento della giurisdizione affidato, secondo il disegno costituzionale, a magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme dell'ordinamento giudiziario (102 Cost.), con previsione solo residuale di magistrati onorari (art. 106 Cost.) di cui viene ammessa la nomina anche elettiva – si fonda, attualmente, su una significativa presenza dei giudici onorari¹ senza la quale alcuni uffici si paralizzerebbero.

Sorvolando, in questa sede, sulla “storia” pregressa della magistratura onoraria le cui prime figure furono introdotte dopo l'Unità d'Italia dal regio decreto 6 dicembre 1865, n. 2626 sull'ordinamento giudiziario, attraverso l'istituzione del vice pretore onorario e del conciliatore², è più utile, per l'oggetto di questo incontro, partire dalla istituzione dei giudici di pace (L. 21 novembre 1991 n. 374), di qualche anno precedente a quella del giudice unico di Tribunale (L. 19 febbraio 1998 n. 51) unitamente alla quale vennero creati i giudici onorari di Tribunale ed i vice procuratori onorari.

E va precisato che lo stato giuridico dei viceprocuratori onorari, magistrati onorari requirenti, è stato assimilato a quello degli onorari giudicanti in modo specifico anche nell'ultimo intervento “critico” della Commissione Europea contenuto nella lettera di apertura della seconda procedura di infrazione, secondo il quale, “sebbene i compiti di ciascuna categoria di magistrati onorari possano essere diversi e per quanto la sentenza della Corte nella causa C-658/18 *UX* riguardi effettivamente in modo specifico i giudici di pace, senza tuttavia operare distinzioni in merito al loro status a seconda che siano assegnati all'ufficio del giudice di pace o all'ufficio per il processo, le norme di cui al decreto legislativo 13 luglio 2017 n. 116 in materia di nomina, incompatibilità, durata dell'ufficio, astensione e ricasazione, doveri, decadenza, dispensa e revoca, formazione e condizioni di lavoro, ad eccezione di quelle relative alla retribuzione, sono le stesse per i giudici onorari di pace e per i vice procuratori onorari assunti dopo la data di entrata in vigore del predetto decreto legislativo (e cioè il 15 agosto 2017). Lo stesso vale per i magistrati onorari in servizio in tale data, in quanto le specifiche disposizioni che li riguardano (capo XI: “Disposizioni relative ai magistrati onorari in servizio”) fanno riferimento ai magistrati onorari senza alcuna distinzione tra le diverse categorie.” (cfr. Commissione Europea, lettera di costituzione in mora del 15.7.2022 (INFR 2016 4081 C (2022) 3996 FINAL)

La Commissione ritiene, pertanto, che rimanga valida l'assimilazione delle tre categorie di magistrati onorari compiuta nella lettera di costituzione in mora, anche se lo Stato italiano, per ciò che si dirà, ha replicato anche in relazione alla diversità delle funzioni svolte dalla magistratura requirente rispetto a quella giudicante.

2. Brevi cenni sui principali passaggi relativi allo stato giuridico della magistratura onoraria: dalla Legge 51/1998 (c.d. legge Carotti) al Dlgs 116/2017 (Riforma Orlando)

Come detto, alla fine degli anni Novanta, il legislatore ha modificato profondamente l'assetto degli uffici giudiziari di primo grado. Il decreto legislativo 19 febbraio 1998, n. 51 (Norme in materia di istituzione del giudice unico di primo grado, c.d. Legge Carotti) ha abolito le preture e ha trasferito le relative competenze ai tribunali.

È seguita la modifica dell'art. 48 del RD 30 gennaio 1941, n. 12 sull'Ordinamento Giudiziario che,

¹ Dalla Relazione del Primo Presidente della Corte di cassazione all'Inaugurazione dell'anno giudiziario 2023 è emerso che a fronte di una pianta organica – fissata nella riforma del 2017 di 6000 unità – “desta preoccupazione l'ulteriore riduzione, seppur lieve, del numero dei magistrati onorari in servizio, trovando conferma il *trend* di decrescita di presenze già registrato in passato. Al termine del 2022 risultano presenti in servizio 1.658 vice procuratori onorari, a fronte dei 1.687 registrati al 31.12.2021, e 2.962 tra giudici di pace e giudici onorari (accomunati nell'unica figura del giudice onorario di pace a seguito della riforma della magistratura onoraria attuata con il d.lgs. 13 luglio 2017, n. 116) a fronte di 3.088 al 31.12.2021 (*fonte CSM*); dati che vanno considerati tenendo presente l'entità delle scoperture dei posti in organico (ad esempio, 23% per i giudici onorari di tribunale, giudici di pace e vice procuratori onorari; 24% per i giudici ausiliari di Corte di appello (*fonte CSM – VIII Commissione*).”

² Per una compiuta disamina della storia della magistratura onoraria si rimanda alla motivazione di Corte Cost 13/1/2021 n.41che, in relazione all'inquadramento dei giudici ausiliari di Corte d'Appello, ricostruisce in modo esemplare tutti i passaggi che hanno caratterizzato le riforme del settore.

insieme ad alcune norme inserite nel codice di procedura civile (articoli da 50-*bis* a 50-*quater*), ha introdotto la regola generale della prevalente monocraticità del giudice di tribunale di primo grado.

A ciò è ulteriormente seguita la sostituzione del vice-pretore onorario, che affiancava il pretore, con il giudice onorario di tribunale (GOT) e, negli uffici requirenti, l'introduzione del vice procuratore onorario (VPO).

L'art. 43-*bis* OG – abrogato con il successivo intervento riformatore del 2016 di cui si parlerà fra poco – stabiliva che i giudici onorari (come gli ordinari) dovevano svolgere il lavoro loro assegnato dal Presidente del Tribunale o dal Presidente di Sezione; che potevano tenere udienza soltanto nei casi di impedimento dei giudici ordinari e che sia nel settore civile che in quello penale non potevano trattare alcune materie.³

Il GOT, inoltre, poteva operare in materia sia civile che penale nei limiti delle competenze monocratiche, in ragione del limite costituzionalmente previsto dall'art. 106 co. 2 Cost.

Tuttavia, la necessità di fare fronte ad un arretrato consistente e di definire i giudizi civili in tempi ragionevoli, anche per evitare consistenti esborsi pubblici dovuti a numerose condanne per equa riparazione da irragionevole durata dei processi, ha finito con il consentire, anche in forza delle circolari del CSM sulla formazione delle tabelle per gli uffici giudiziari, sia l'assegnazione di ruoli "autonomi" ai giudici onorari di tribunale, sia la loro partecipazione in supplenza dei giudici professionali anche nei collegi (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 19 maggio 2008, n. 12644).

Inoltre, l'art. 245 del D.lgs. n. 51 del 1998 aveva originariamente fissato un termine di cinque anni per un complessivo riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria in conformità ai principi enunciati dall'art. 106, secondo comma, Cost., espressamente richiamati dalla predetta norma.

In realtà, come tutti sappiamo, tale *dead line* non è stata rispettata in quanto sono state disposte reiterate proroghe negli incarichi, caratterizzati da un trattamento retributivo diversificato fra giudici di pace e GOT e VPO ma, sostanzialmente, "a cottimo" per tutte le categorie e privo di ogni copertura previdenziale ed assistenziale.

Tale situazione, del tutto normale rispetto ai giudici laici europei la cui presenza nelle corti è saltuaria o, comunque, del tutto volontaria (con assenza, quindi, di veri compensi e con la corresponsione di meri rimborsi spese), ha mostrato incongruenze nella realtà nazionale se solo si pensi che i giudici onorari italiani, che accedono alla funzione a seguito di una selezione per titoli per la quale è necessario il requisito della laurea in giurisprudenza, gestiscono nel settore civile il 40% della giurisdizione, in alcuni casi con presenze bisettimanali, ma in molti casi giornaliere, in udienze a cui consegue la stesura dei provvedimenti assunti e quindi un tempo di lavoro ben superiore a quello della mera presenza negli uffici giudiziari.

Il legislatore, dunque, sia a seguito delle frequenti rivendicazioni sul piano retributivo e previdenziale dei magistrati onorari sia in ragione della prima procedura di infrazione avviata dalla Commissione Europea (EU Pilot 7779/15)⁴, ha operato una riforma complessiva della magistratura onoraria, contenuta, in attuazione della delega di cui alla legge 28 aprile 2016, n. 57 (Delega al Governo per la riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace), nel decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116 (Riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, nonché disciplina transitoria relativa ai magistrati onorari in servizio, a norma della legge 28 aprile 2016, n. 57).

³ Art. 43 bis Ordinamento giudiziario «I giudici ordinari ed onorari svolgono presso il tribunale ordinario il lavoro giudiziario loro assegnato dal presidente del tribunale o, se il tribunale è costituito in sezioni, dal presidente o altro magistrato che dirige la sezione. I giudici onorari di tribunale non possono tenere udienza se non nei casi di impedimento o di mancanza dei giudici ordinari.

Nell'assegnazione prevista dal primo comma, è seguito il criterio di non affidare ai giudici onorari: a) nella materia civile, la trattazione di procedimenti cautelari e possessori, fatta eccezione per le domande proposte nel corso della causa di merito o del giudizio petitorio; b) nella materia penale, le funzioni di giudice per le indagini preliminari e di giudice dell'udienza preliminare, nonché la trattazione di procedimenti diversi da quelli previsti dall'articolo 550 del codice di procedura penale».

Tale norma attribuiva, quindi, ai GOT il medesimo ruolo prima demandato ai vice-pretori onorari, confermando ed apparentemente ampliando – non essendo riprodotto l'inciso «di regola» che era nel (contestualmente abrogato) art. 34 ordin. giud. – il divieto di tenere udienza se non nei casi di impedimento o di mancanza dei giudici ordinari.

⁴ Con la procedura Eu - Pilot 7779/15/EMPL, in particolare, la Commissione europea aveva ritenuto di non rilevare nella figura del magistrato onorario italiano i caratteri tipici dell'onorarietà - ovvero, in particolare, l'assenza di un rapporto di servizio e la durata a tempo determinato dell'incarico - in quanto, nella concreta realtà, tali elementi apparivano sussistere solo su un piano formale, in ragione della realtà sostanziale finora rappresentata.

La riforma ha ridotto a due le figure dei giudici onorari, ossia i giudici onorari di pace (GOP), e, per le funzioni requirenti, i vice procuratori onorari (VPO).

Ha stabilito, inoltre, che:

devono essere reclutati dai locali consigli giudiziari in base a una selezione per titoli e la relativa graduatoria deve essere sottoposta per l'approvazione al CSM, la cui delibera sarà poi seguita dalla nomina con decreto del Ministro della giustizia;

L'incarico ha una durata di quattro anni, prorogabile per una sola volta, e non è esclusivo, nel senso che è compatibile con l'esercizio di altre attività professionali, tanto che al magistrato onorario non può essere richiesto un impegno superiore a due giorni settimanali;

i nuovi «giudici onorari di pace» saranno collocati presso l'ufficio del giudice di pace e destinati, al contempo, a confluire, in tribunale, quali componenti dell'ufficio per il processo in affiancamento al giudice professionale, con possibile attribuzione di funzioni giudiziarie delegate, sotto le direttive e il controllo dello stesso giudice professionale;

al giudice onorario vanno attribuiti compiti preparatori e strumentali (studio, ricerca di dottrina, predisposizioni di schemi di provvedimenti, assistenza anche in camera di consiglio: art. 10, comma 10, del D.lgs. n. 116 del 2017) all'esercizio della funzione giurisdizionale, che rimane riservato al magistrato professionale;

allo stesso possono essere delegati, dal magistrato professionale con riferimento a ciascun procedimento civile, poteri giurisdizionali istruttori e decisorii concernenti singoli atti (adozione di provvedimenti «che risolvono questioni semplici e ripetitive», provvedimenti anticipatori di condanna in seguito a non contestazione del credito, assunzione di testimoni, attività conciliativa delle parti, liquidazione dei compensi agli ausiliari) inerenti anche a procedimenti riservati al tribunale in composizione collegiale «purché non di particolare complessità» (art. 10, comma 11);

in alcuni casi (delimitati quanto alle materie ed al ridotto valore della causa) può allo stesso essere delegata anche la «pronuncia di provvedimenti definitivi» (art. 10, comma 12).

Per quanto riguarda i vice procuratori onorari, vengono previsti (artt. 15,16 e 17 Dlgs 116/2017) i compiti da assumere su delega, con vigilanza di sostituti procuratori professionali⁵.

In particolare, si prevede che il VPO coadiuvi il magistrato professionale e, sotto la sua direzione e il suo coordinamento:

compia tutti gli atti preparatori utili per l'esercizio della funzione giudiziaria da parte di quest'ultimo, provvedendo allo studio dei fascicoli, all'approfondimento giurisprudenziale e dottrinale ed alla predisposizione delle minute dei provvedimenti;

svolga le attività e adotta i provvedimenti a lui delegati secondo quanto previsto dall'articolo 17.

Si prevede altresì che l'assegnazione dei vice procuratori onorari alla struttura organizzativa predisposta dal Procuratore della Repubblica abbia luogo con provvedimento dello stesso, trasmesso alla sezione autonoma per i magistrati onorari del consiglio giudiziario; e che nel corso del primo anno dal conferimento dell'incarico i vice procuratori onorari possano svolgere esclusivamente i compiti e le attività previste dal comma 1, lettera a).

Si prevedono, inoltre, dettagliatamente le attività delegabili dal procuratore della repubblica nei procedimenti davanti al giudice di pace e dinanzi al Tribunale in composizione monocratica, sottolineando l'obbligo di attenersi alle direttive periodiche del magistrato professionale delegante.⁶

⁵ L'art. 15 Dlgs 116/2017 prevede che "Il procuratore della Repubblica coordina l'ufficio di collaborazione del procuratore della Repubblica e, in particolare, distribuisce il lavoro, mediante il ricorso a procedure automatiche, tra i vice procuratori onorari, vigila sulla loro attività e sorveglia l'andamento dei servizi di segreteria ed ausiliari.

Nello svolgimento dei compiti di cui al comma 1 il procuratore della Repubblica può avvalersi dell'ausilio di uno o più magistrati professionali, attribuendo loro il compito di vigilare sull'attività dei vice procuratori onorari nelle materie delegate, nonché di fissare le direttive, i criteri e le prassi applicative emerse anche a seguito delle riunioni di coordinamento periodicamente indette.

Entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il Ministero della giustizia mette a disposizione i programmi informatici necessari affinché la distribuzione del lavoro di cui al comma 1 sia compiuta mediante ricorso a procedure automatiche. I programmi informatici assicurano che l'assegnazione degli affari abbia luogo secondo criteri di trasparenza.

⁶ 1. Nei procedimenti davanti al giudice di pace, le funzioni del pubblico ministero possono essere svolte, per delega del procuratore della Repubblica, dal vice procuratore onorario:

a) nell'udienza dibattimentale;

b) per gli atti previsti dagli articoli 15, 17 e 25 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274;

In buona sostanza, l'attività del viceprocuratore onorario sembra improntata ad un rapporto costantemente vigilato dal Procuratore e tale figura, pur essendo incardinata nella struttura organizzativa della Procura della Repubblica, risulta priva di autonomia nello svolgimento dell'attività requirente: anche se tale caratteristica è dipendente dalla diversa natura della stessa funzione (decisoria soltanto per i singoli atti e non per il verdetto finale), essa non è stata ritenuta sufficiente, dalla Commissione Europea, a rappresentare un ostacolo per pretendere un trattamento uniforme rispetto a quello della magistratura onoraria giudicante, come già segnalato in premessa.

La Riforma Orlando è stato oggetto di varie critiche, riferite soprattutto alla situazione dei magistrati onorari già in servizio alla data di entrata in vigore della riforma che, per vari aspetti, era stata differita alla data del 31 ottobre 2025 (art. 32 del D.lgs. n. 116 del 2017).

Al riguardo, deve essere segnalata:

la comunicazione della Commissione europea al Parlamento italiano del 28 febbraio 2018 (richiamata nell'ordinanza di remissione alla Corte di Giustizia del giudice di pace di Bologna dalla quale è derivata la pronuncia C-658 -2018 UX contro Governo della Repubblica Italiana del 16 luglio 2020), a seguito di numerose petizioni al Parlamento europeo, con la quale si richiama il legislatore italiano a porre attenzione sul fatto che le condizioni di lavoro dei magistrati onorari italiani non devono essere meno favorevoli rispetto a quelle dei magistrati professionali in quanto i primi devono essere considerati dei "lavoratori a tempo determinato";

la lettera di costituzione in mora della Commissione europea allo Stato italiano del 15 luglio 2021 nell'ambito della nuova procedura d'infrazione con la quale è stato contestato che la legislazione nazionale sullo *status* dei magistrati onorari non sarebbe conforme al diritto dell'Unione.

Ed, in realtà, non può negarsi che, anche dopo la riforma, i magistrati onorari, a differenza dei colleghi europei, risultano inquadrati nella compagine dei vari tribunali di cui fanno parte, differenziandosi molto dal concetto di onorarietà utilizzato negli altri Stati.

Ciò in quanto:

la loro presenza è regolamentata e la loro attività è inserita nelle Tabelle che vengono redatte dai tribunali al fine di regolamentare l'attività svolta e gli impegni previsti;

essa è soggetta a valutazione ogni quattro anni al fine della conferma nell'incarico, e la procedura è molto simile a quella utilizzata per la valutazione di professionalità dei magistrati ordinari. La relazione sulla loro attività è sottoposta al vaglio del Consiglio Giudiziario ed infine inviata al Consiglio Superiore della Magistratura per la decisione definitiva;

inoltre, i giudici onorari italiani sono soggetti alle direttive dei capi degli uffici, partecipano alle riunioni periodiche di sezione e del tribunale e, a differenza della maggior parte dei colleghi europei, scrivono

c) nei procedimenti in camera di consiglio di cui all'[articolo 127 del codice di procedura penale](#) e nei procedimenti di esecuzione ai fini dell'intervento di cui all'[articolo 655, comma 2, del medesimo codice](#).

2. Nei casi indicati nel comma 1, la delega è conferita in relazione ad una determinata udienza o a un singolo procedimento.

3. Nei procedimenti nei quali il tribunale giudica in composizione monocratica, ad esclusione di quelli relativi ai delitti di cui agli [articoli 589 e 590 del codice penale](#) commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro nonché di cui all'[articolo 590-sexies del codice penale](#), il vice procuratore onorario può svolgere, per delega del procuratore della Repubblica e secondo le direttive stabilite in via generale dal magistrato professionale che ne coordina le attività, le funzioni di pubblico ministero:

a) nell'udienza dibattimentale;

b) nell'udienza di convalida dell'arresto di cui all'[articolo 558 del codice di procedura penale](#);

c) per la richiesta di emissione del decreto penale di condanna ai sensi dell'[articolo 459, comma 1, del codice di procedura penale](#);

d) nei procedimenti in camera di consiglio di cui all'[articolo 127 del codice di procedura penale](#).

4. Il vice procuratore onorario delegato può assumere le determinazioni relative all'applicazione della pena su richiesta nei procedimenti relativi ai reati per i quali l'azione penale è esercitata con decreto di citazione diretta ai sensi dell'[articolo 550, comma 1, del codice di procedura penale](#), pur quando si proceda con giudizio direttissimo ai sensi del comma 6 dell'[articolo 558 del codice di procedura penale](#), e in quelli iniziati con decreto di giudizio immediato conseguente ad opposizione a decreto penale.

5. Il vice procuratore onorario, nei procedimenti relativi ai reati indicati dall'[articolo 550, comma 1, del codice di procedura penale](#), può redigere e avanzare richiesta di archiviazione, nonché svolgere compiti e attività, anche di indagine, ivi compresa l'assunzione di informazioni dalle persone informate sui fatti e l'interrogatorio della persona sottoposta ad indagini o imputata.

6. Il vice procuratore onorario si attiene nello svolgimento delle attività a lui direttamente delegate alle direttive periodiche menzionate all'[articolo 15, comma 2](#), e può chiedere che l'attività e il provvedimento delegati siano svolti dal magistrato professionale titolare del procedimento se non ricorrono nel caso concreto le condizioni di fatto per provvedere in loro conformità.

7. Il procuratore della Repubblica, in presenza di giustificati motivi, dispone la revoca della delega conferita al vice procuratore onorario.

provvedimenti, emettendo sentenze;

infine, sono soggetti all'obbligo di formazione e debbono partecipare agli eventi formativi sia a livello nazionale presso la Scuola Superiore di Magistratura, sia a livello di formazione decentrata presso i distretti di Corte d'Appello cui appartengono, e la presenza agli eventi formativi è valutata ai fini della riconferma nell'incarico.

In buona sostanza, l'onorarietà in Italia, anche dopo la riforma del 2016, continua ad essere ben diversa da quella esistente nel resto d'Europa, posto che ci sono giudici onorari che prestano servizio presso lo stesso ufficio da più di 20 anni e che vengono stabilmente utilizzati in sostituzione dei giudici ordinari assenti od insufficienti. L'impegno loro richiesto è spesso, nei fatti, superiore a quello previsto dalla riforma e non esclude una quantità di lavoro fuori udienza tale per cui, pur essendo teoricamente consentito, lo svolgimento di qualsiasi altra attività risulta, a detta di molti, difficilmente conciliabile.

L'intento della "Riforma Orlando" era quello di creare, anche in Italia, un giudice onorario più aderente al modello di giudice laico europeo: tuttavia anch'essa, nel misurarsi con la realtà giudiziaria, ha fatto emergere profonde differenze da quel modello.

In estrema sintesi, il principale obiettivo raggiunto dalla riforma è stato quello di realizzare uno statuto unico della magistratura onoraria, introducendo, in particolare, una sola figura di giudice onorario di pace (superando la distinzione tra giudici onorari di tribunale e giudice di pace, anche per la ingiusta disparità di trattamento retributivo che si era creata), e un'unica figura di vice procuratore onorario.

La novella ha introdotto una nuova disciplina dell'accesso e della carriera con particolare riguardo alla modalità di selezione, alla durata degli incarichi, alle forme di impiego, alle incompatibilità, ai trasferimenti, alla responsabilità disciplinare, al trattamento economico e alla formazione professionale.⁷

A fronte di ciò, rimangono, tuttavia, insostenibili vuoti normativi relativi alla condizione previdenziale ed assistenziale sia dei magistrati onorari di vecchia guardia, sia di quelli di nuovo ingresso, essendo stata sancita soltanto, ex art. 24 della riforma, la spettanza di una blanda copertura economica (indennità fissa) per il periodo feriale per il quale, salvo le urgenze, gli onorari sono dispensati dal servizio; ed è stata lasciata, quanto alla previdenza ed all'assistenza, anche per il periodo di maternità, una

⁷ Al riguardo, è stato osservato che "da un lato, anche per rispondere ai rilievi provenienti dalle istituzioni europee, si è tentato di esaltare la natura onoraria di questa parte della magistratura attraverso una serie di precisazioni terminologiche all'apparenza perentorie ma in realtà piuttosto evanescenti: in particolare, viene ribadita la natura "inderogabilmente temporanea" dell'incarico, la sua compatibilità con lo svolgimento di attività lavorative o professionali, la circostanza che suddetto incarico non possa in nessun caso determinare un rapporto di pubblico impiego e infine il fatto che ciascun magistrato onorario debba essere impegnato non più di due giorni a settimana (cfr. art. 1, comma 3, d.lgs. n. 116/2017). Dall'altro lato, tuttavia, risulta evidente che l'accesso all'ufficio di magistrato onorario si realizza con un vero e proprio concorso, ancorché, a differenza di quello che contraddistingue l'accesso dei togati, per titoli e non per prove (cfr. art. 6 del d.lgs. n. 116/2017): in particolare, i posti disponibili sono individuati dal C.S.M. sulla base delle vacanze previste nell'anno successivo, viene pubblicato un "bando" con un termine di presentazione delle domande che vengono successivamente esaminate dalla sezione autonoma per i magistrati onorari del Consiglio giudiziario territorialmente competente, in applicazione di criteri prefissati e titoli di preferenza indicati all'art. 4, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 116/2017. Alla fine di questa fase viene redatta una "graduatoria" e vengono formulate motivate proposte di ammissione al tirocinio; al termine del tirocinio, della durata di sei mesi, la sezione autonoma formula un parere sull'idoneità del tirocinante e propone al C.S.M. la "graduatoria" degli idonei al conferimento dell'incarico (cfr. art. 7, comma 7, d.lgs. n. 116/2017).

Ancora, l'attività effettivamente richiesta al magistrato onorario non è affatto saltuaria, e ancor meno spontanea, essendo di fatto continuativa; la sola differenza con il magistrato togato è che l'impegno dell'onorario è quantitativamente più ridotto, trattandosi dunque di un'attività *part-time* con tutte le caratteristiche di un impiego pubblico di natura subordinata. Del resto, il legislatore ha previsto un tipo di compenso che assomiglia ormai a una vera e propria retribuzione (cfr. art. 23, d.lgs. n. 116/2017).

Se poi passiamo ad esaminare la riforma Orlando dalla prospettiva delle garanzie di autonomia e indipendenza riconosciute al magistrato onorario, possono segnalarsi ulteriori criticità laddove il complesso delle attività dallo stesso esercitate risulta sottoposto ad un controllo assai intenso dei colleghi togati.

Si pensi, a tale proposito, ai poteri attribuiti al Presidente del Tribunale territorialmente competente sull'ufficio del giudice di pace, di coordinamento, di direzione e di vigilanza sulle attività svolte (cfr. art. 8, d.lgs. n. 116), i quali appaiono difficilmente compatibili con gli artt. 101, comma 2, e 107, comma 3, Cost. Senza contare che la disciplina vigente impiega il magistrato onorario in numerose attività configurabili anche formalmente come di mero supporto all'attività dei togati, quali ad esempio la partecipazione all'ufficio del processo (cfr. art. 10, d.lgs. n. 116), che in effetti ne mettono in ombra, prima ancora che l'autonomia, la stessa natura di organo giurisdizionale.

In definitiva, la riforma si è limitata, con riguardo ai nuovi magistrati onorari, a razionalizzare ed esaltare il ruolo di questi ultimi come ausilio funzionale dei colleghi togati, inserendo di fatto gli stessi ancora più stabilmente nell'organizzazione giudiziaria, in una logica esclusivamente deflattiva poco coerente con il quadro costituzionale" Francesco Dal Canto, dai Quaderni della SSM Corso su Etica e deontologia della Magistratura onoraria, Roma 2023

sostanziale scoperta di ogni garanzia.

L'art. 25 della riforma, infatti, prevede, per la gravidanza la dispensa dall'incarico per 5 mesi complessivi (due prima e tre dopo il parto), senza diritto all'indennità; e per la tutela previdenziale, l'iscrizione alla Gestione Separata INPS per gli autonomi che esercitino professione abituale ancorché non esclusiva, salvo che l'onorario non sia iscritto all'albo forense, caso in cui egli mantiene la copertura fornita dalla relativa Cassa previdenziale.

Nulla di diverso è stato regolato per i magistrati già in servizio alla data di entrata in vigore della riforma, né le modifiche introdotte dall'art. 1 co. 629 e segg. della legge finanziaria del 2022 (di modifica dell'art. 29) ha introdotto sufficienti ed utili chiarificazioni sull'annoso tema.

Ma, soprattutto, la riforma ha distinto tra i magistrati onorari già in servizio alla data di entrata in vigore della riforma e quelli di nuovo ingresso: mentre per questi ultimi è stata prevista una durata massima di quattro anni, rinnovabile al massimo per un altro quadriennio, e la cessazione in ogni caso con il raggiungimento del sessantacinquesimo anno di età, per gli altri il legislatore aveva stabilito la cessazione dall'incarico a sessantotto anni e la possibilità di essere confermati nell'incarico per quattro mandati, ciascuno di durata quadriennale.

Proprio su questi ultimi si è appuntata la modifica dell'art. 29 Dlgs 116/2017 a mente dell'art. 1 commi 629/633 della legge finanziaria del 2022 di cui si parlerà nel par. 4.

3. La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e delle Corti Nazionali

La Corte di Giustizia ha ribadito, a partire dalla pronuncia del 16 luglio 2020 (CGUE C- 658 UX contro Governo italiano) ⁸ e sempre formalmente riferendosi alla disciplina previgente rispetto alla riforma Orlando, che i magistrati onorari italiani, svolgendo le loro funzioni nell'ambito di un rapporto giuridico di subordinazione amministrativa, sono riconducibili alla nozione di lavoratore a tempo determinato.

In particolare, la Corte di Lussemburgo ha ricordato che le caratteristiche essenziali del rapporto di lavoro subordinato riscontrabili nella figura del magistrato onorario italiano, sono:

la circostanza che una persona fornisca per un certo periodo di tempo prestazioni a fronte delle quali riceva una retribuzione;

l'essere assunti a determinate condizioni vedendosi assegnare compiti e cause;

l'essere soggetti a un'autorità superiore che può revocare l'incarico se non vengono osservati determinati doveri o che può decidere in merito al rinnovo del mandato sulla base di una verifica della perdurante idoneità a svolgere le funzioni.

Ancora, nell'aprile 2022 la Corte di Giustizia dell'Unione europea è tornata sull'argomento (CGUE 7.4.2022 C - 236/20) : infatti, su rinvio pregiudiziale promosso dal T.A.R. Emilia-Romagna, con riguardo a un soggetto che aveva svolto le funzioni di giudice di pace in modo continuativo per cinque anni e che, per tale ragione, chiedeva il riconoscimento dello *status* giuridico di dipendente pubblico, la Corte di Lussemburgo ha dichiarato che il diritto dell'Unione europea “osta a una normativa nazionale che non prevede, per il giudice di pace, alcun diritto a beneficiare di ferie annuali retribuite di 30 giorni né di un regime assistenziale e previdenziale [...] se tale giudice di pace rientra nella nozione di «lavoratore a tempo parziale» [...] e/o di «lavoratore a tempo determinato» [...] e si trova in una situazione comparabile a quella di un magistrato ordinario”.

Nella motivazione la Corte conferma la sussistenza di predette condizioni e censura apertamente la legge italiana osservando come essa sia del tutto priva di disposizioni idonee a “prevenire e, se del caso, sanzionare l'utilizzo abusivo di una successione di rapporti di lavoro a tempo determinato dei giudici onorari”.

La pronuncia, pur riferita alla precedente normativa sui giudici di pace contiene affermazioni di

⁸ CGUE 16.7.2020 C- 658 UX contro Governo Italiano, su rinvio pregiudiziale del Giudice di pace di Bologna al quale era stato presentato da altra giudice di pace un ricorso per decreto ingiuntivo volto ad ottenere la condanna del Governo della Repubblica italiana al pagamento dell'importo corrispondente alla retribuzione che spetterebbe ad un magistrato ordinario con la sua stessa anzianità di servizio, a titolo di risarcimento dei danni che essa ritiene di aver subito per la manifesta violazione, da parte dello Stato italiano, della clausola 4 dell'accordo quadro e dell'articolo 7 della direttiva 2003/88 per mancata percezione di indennità nel periodo feriale)”

principio valide anche per la novella del 2016/2017, quanto meno rispetto alla disciplina dedicata ai magistrati già in funzione al momento della sua entrata in vigore.

A ciò si aggiunge che, il 15 luglio 2021, la Commissione U.E ha inviato all'Italia un'ulteriore lettera di messa in mora (rif. C (2021)4355) con la quale ha contestato che non avesse ottemperato agli obblighi imposti.⁹

Il Ministero della Giustizia ha risposto alla lettera di costituzione in mora il 30 novembre 2021 e il 27 gennaio 2022.

Con la prima lettera, sono state analiticamente contestate le censure mosse dalla Commissione e sono state fornite alcune indicazioni circa le prospettive di ulteriore riforma della magistratura onoraria.

Con la seconda lettera, le autorità italiane hanno informato la Commissione dell'adozione di tale riforma mediante la legge 30 dicembre 2021, n. 234 ("legge di bilancio 2022") con quale, attraverso la modifica dell'art. 29 del Dlgs 116/2017, è stata data risposta ai rilievi riferiti alla magistratura onoraria già in servizio, in moltissimi casi già da molti anni, all'epoca di entrata in vigore della riforma.

Nel frattempo, deve comunque segnalarsi che la totale distanza fra gli orientamenti della Corte di Giustizia e quelli delle Corti Italiane si sta, negli ultimi anni, riducendo.

Infatti, la Corte Costituzionale:

ha mantenuto l'indirizzo tradizionale in occasione della pronuncia sui giudici ausiliari di Corte d'Appello rimarcando la differente modalità di nomina del magistrato onorario rispetto al togato, il suo costante inserimento in un organo collegiale, il carattere non esclusivo dell'attività giurisdizionale dallo stesso esercitata, l'eterogeneità dello *status*, tutti fattori che, per la Corte, davano fondamento alla qualifica "onoraria" del rapporto di servizio del magistrato, non riconducibile a quello dei colleghi togati, escludendo in particolare che lo stesso potesse essere qualificato come un rapporto di subordinazione (Corte cost. 17 marzo 2021 n. 41): con ciò ha dichiarato «*l'illegittimità costituzionale degli artt. 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71 e 72 del decreto-legge 21 giugno 2013 n. 69 (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), convertito, con modificazioni, in legge 9 agosto 2013, n. 98, nella parte in cui non prevedono che essi si applichino fino a quando non sarà completato il riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria nei tempi stabiliti dall'art. 32 del decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116 (Riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, nonché disciplina transitoria relativa ai magistrati onorari in servizio, a norma della legge 28 aprile 2016, n. 57)*».

ha quasi contestualmente affermato, tuttavia, l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 3 Cost., dell'art. 18, comma 1, del d.l. n. 67 del 1997, conv., con modif. nella legge n. 135 del 1997, nella parte in cui non prevede che il Ministero della giustizia rimborsi le spese di patrocinio legale al giudice di pace nelle ipotesi e alle condizioni stabilite dalla norma stessa. La Corte ha affermato che "attesa l'identità della funzione del giudicare, e la sua primaria importanza nel quadro costituzionale, è irragionevole che il rimborso delle spese di patrocinio sia riconosciuto al solo giudice "togato" e non anche al giudice di pace, mentre per entrambi ricorre l'esigenza di garantire un'attività serena e imparziale, non condizionata dai rischi economici connessi ad eventuali e pur infondate azioni di responsabilità. La differente modalità di nomina, radicata nell'art. 106, secondo comma, Cost., il carattere non esclusivo dell'attività giurisdizionale svolta e il livello di complessità degli affari trattati, se danno fondamento alla qualifica "onoraria" del rapporto di servizio del giudice di pace, tuttavia non incidono sull'identità funzionale dei singoli atti che egli compie nell'esercizio della funzione giurisdizionale, per quanto rileva agli effetti del rimborso di cui alla norma censurata, la cui ratio - evitare che il pubblico dipendente possa subire condizionamenti in ragione delle conseguenze economiche di un procedimento giudiziario, anche laddove esso si concluda senza l'accertamento di responsabilità - sussiste con la pari intensità del giudice professionale." (Corte Cost 9 dicembre 2020 n. 267).

La Corte di cassazione ha continuato a seguire l'impostazione originale che disconosce la sussistenza

⁹ Nella lettera si contestava la mancata ottemperanza alle clausole 4 e 5 dell'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato ("l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato"); alla clausola 4 dell'accordo quadro allegato alla direttiva 97/81/CE sul lavoro a tempo parziale ("l'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale"); agli articoli 3, 5, 6 e 7 della direttiva 2003/88/CE sull'orario di lavoro ("la direttiva sull'orario di lavoro"); ed all'articolo 8 ed 11, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 92/85/CEE sulla maternità ("la direttiva sulla maternità").

di un rapporto di lavoro subordinato in capo al magistrato onorario¹⁰.

La giurisprudenza di merito, invece, dal 2020 in poi (e cioè dopo la prima procedura di infrazione e la prima pronuncia della Corte di Giustizia sopra richiamata) ha iniziato ad adottare, in alcuni casi, soluzioni di stampo maggiormente “unionale”, condannando lo Stato italiano al risarcimento del danno per l’illegittima reiterazione di un contratto di lavoro a termine nei confronti dello stesso magistrato onorario, oppure il diritto di quest’ultimo di percepire un trattamento economico analogo a quello del magistrato professionale di prima nomina¹¹

4. La stabilizzazione dei magistrati onorari di lungo corso: un doppio canale

A seguito della seconda lettera della Commissione europea del 15.7.2021 che preannunciava la procedura di infrazione, è stata affrontata la questione relativa allo stato giuridico dei magistrati onorari già in servizio alla data di entrata in vigore della riforma del 2016, mediante un emendamento, poi approvato dal Parlamento, alla legge di bilancio del 2021 (legge 30 dicembre 2021 n. 234, art. 1, commi 629ss.) con il quale è stata introdotta una rilevante modifica dell’art. 29 del D.lgs. n. 116/2017.

Infatti, la previsione secondo cui i magistrati onorari “di lungo corso” potevano essere confermati, alla scadenza del primo quadriennio, per tre successivi incarichi di uguale durata fino ai 68 anni di età, è stata sostituita da un’apposita procedura di “conferma a tempo indeterminato” fino al compimento dei settant’anni di età per tutti i giudici di pace in servizio alla data di entrata in vigore della riforma del 2017, indipendentemente dal numero complessivo di anni di servizio svolti.

I magistrati confermati potranno godere, previa “rinuncia ad ogni ulteriore pretesa conseguente al rapporto onorario pregresso”, di un trattamento economico commisurato a quello di un funzionario amministrativo giudiziario (si badi, il trattamento di un funzionario e non di un dirigente).

Chi deciderà invece di non partecipare a tale procedura, o chi, avendovi partecipato, non dovesse risultare confermato, si vedrà riconoscere, sempre previa rinuncia ad ogni altra pretesa, un’indennità forfettaria per il periodo pregresso. La novella prevede, infine, che il magistrato confermato possa optare per il regime di “esclusività delle funzioni onorarie”, così divenendo un vero e proprio magistrato onorario di professione.

In sintesi:

A)

Ai fini della conferma, **il comma 3 dell’articolo 29** stabilisce che con delibera del CSM siano indette **tre distinte procedure valutative** da tenersi con cadenza annuale nel triennio 2022/2024, riguardanti i magistrati onorari in servizio che rispettivamente, alla data del 15 agosto 2017, abbiano maturato:

oltre 16 anni di servizio;

¹⁰ Cfr. Cass. 5 giugno 2020 n. 10774 : “È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale delle norme che disciplinano la posizione del giudice di pace, in relazione agli artt. 3, 36 e 97 Cost., non essendo quest’ultimo equiparabile ad un pubblico dipendente, né ad un lavoratore parasubordinato, in quanto la categoria dei funzionari onorari, della quale fa parte, presuppone un rapporto di servizio volontario, con attribuzione di funzioni pubbliche, ma senza la presenza degli elementi caratterizzanti l’impiego pubblico, come l’accesso alla carica mediante concorso, l’inserimento nell’apparato amministrativo della P.A., lo svolgimento del rapporto secondo lo statuto apposito per tale impiego, il carattere retributivo del compenso e la durata potenzialmente indeterminata del rapporto. Ne consegue l’impossibilità di parificare le indennità percepite dai giudici onorari (nella specie, per reggenza su due sedi), alla retribuzione e la legittimità della fissazione di un limite massimo annuo all’emolumento, di misura tale da non potersi considerare inadeguato o irrisorio, ai sensi dell’art. 11, comma 4 *ter*, della l. n. 374 del 1991”; Cass. 3 maggio 2022 n. 13973: “Ai giudici onorari di tribunale non può essere esteso il trattamento economico previsto per i magistrati togati, in quanto, quale riflesso della non omogeneità tra la figura del funzionario onorario e quella del pubblico dipendente (qual è, invece, il magistrato togato), vi ostano le differenze esistenti, non solo nelle modalità di accesso alla carica, ma anche quanto alla natura e all’esercizio delle funzioni espletate, connotate dall’esclusività solo nel caso dei magistrati ordinari di ruolo, nonché alla durata dello svolgimento dell’attività giudiziaria, tendenzialmente indeterminata solo nel rapporto di pubblico impiego.”; Cass. 2 febbraio 2023 n. 3157: “È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 13 e 50, comma 3, del Tuir nella parte in cui escludono l’applicabilità ai compensi percepiti dai giudici di pace della detrazione spettante per i redditi da lavoro dipendente, poiché la retribuzione connessa al rapporto di lavoro subordinato ha, in base alla disciplina costituzionale e ordinaria, presupposti e finalità differenti da quelli del compenso per l’esercizio di pubbliche funzioni e ciò giustifica la diversità del trattamento fiscale.”.

¹¹ Trib. di Roma, sent. 13 gennaio 2021, Trib. Napoli, sezione lavoro, sent. 7 ottobre 2020, Trib. Vicenza, sent. 16 dicembre 2020; Tribunale di Sassari 24 gennaio 2020 con specifico riferimento all’attività di un VPO.

tra i 12 e i 16 anni di servizio;
meno di 12 anni di servizio.

Le procedure valutative, precisa il **comma 4 dell'articolo 29**, consistono in un **colloquio orale, della durata massima di 30 minuti**, relativo ad un **caso pratico** vertente sul **diritto civile sostanziale e processuale ovvero sul diritto penale sostanziale e processuale**, in base al settore in cui i candidati hanno esercitato, in via esclusiva o comunque prevalente, le funzioni giurisdizionali onorarie. Le procedure valutative devono svolgersi su base circondariale. Sempre il comma 4 disciplina la **composizione della commissione di valutazione**.

B)

Il **comma 2 dell'articolo 29** riconosce ai magistrati onorari che decidano di non partecipare al concorso per la conferma o che per qualsivoglia ragione non lo superino, ferma la facoltà di rifiuto, una **indennità determinata in misura forfettaria a titolo di ristoro integrale delle perdite subite per la illegittima reiterazione del rapporto onorario**.

Detta indennità è parametrata alla durata e quantità del servizio prestato (2.500 euro lorde per ciascun anno di servizio nel corso del quale il magistrato sia stato impegnato in udienza per almeno ottanta giornate e a euro 1.500 lorde per ciascun anno di servizio prestato nel corso del quale il magistrato sia stato impegnato in udienza per meno di ottanta giornate. È previsto comunque un **limite complessivo pro capite di 50.000 euro** lorde), e la percezione della medesima comporta rinuncia ad ogni ulteriore pretesa di qualsivoglia natura conseguente al rapporto onorario cessato.

C)

Il **comma 6 dell'articolo 29** dispone che i **magistrati onorari confermati**, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione dell'esito della procedura valutativa, possono **optare per il regime di esclusività delle funzioni onorarie**.

In tale ipotesi, ad essi è corrisposto un **compenso parametrato allo stipendio e alla tredicesima mensilità**, spettante alla data del 31 dicembre 2021 al **personale amministrativo giudiziario di Area III**, posizione economica F3, F2 e F1, in funzione, rispettivamente, del numero di anni di servizio maturati di cui al comma 2, dal CCNL relativo al comparto funzioni centrali, con esclusione degli incrementi previsti per tali voci dai contratti collettivi nazionali di lavoro successivi al triennio 2019-2021.

È inoltre corrisposta un'**indennità giudiziaria in misura pari al doppio dell'indennità di amministrazione spettante al personale amministrativo giudiziario sopra richiamato**, e non sono dovute le voci retributive accessorie connesse al lavoro straordinario e quelle alimentate dalle risorse che confluiscono nel fondo risorse decentrate. Viene infine precisato che il trattamento economico sopra descritto **non è cumulabile** con gli eventuali redditi di pensione o da lavoro autonomo e dipendente.

La stabilizzazione ha natura risarcitoria in relazione alle reiterate pregresse proroghe e comporta la rinuncia ad ogni altra pretesa per lo stesso titolo.

D)

Per i magistrati onorari confermati che **non optino per il regime di esclusività delle funzioni onorarie**, il **comma 7 dell'articolo 29** prevede la corresponsione di un **compenso parametrato allo stipendio e alla tredicesima mensilità, spettante alla data del 31 dicembre 2021 personale amministrativo giudiziario di Area III**, posizione economica F3, F2 e F1, in funzione, rispettivamente, del numero di anni di servizio maturati, dal CCNL relativo al comparto funzioni centrali con esclusione degli incrementi previsti per tali voci dai contratti collettivi nazionali di lavoro successivi al triennio 2019-2021. È inoltre corrisposta un'**indennità giudiziaria** in misura pari all'indennità di amministrazione spettante al citato personale amministrativo giudiziario e non sono dovute le voci retributive accessorie connesse al lavoro straordinario e quelle alimentate dalle risorse che confluiscono nel fondo risorse decentrate.

Inoltre, ai magistrati onorari che optino per la non esclusività trova applicazione, in quanto compatibile, l'articolo 1, comma 3 del decreto legislativo n. 116/2017, nella parte in cui prevede che l'incarico onorario si svolga in modo da assicurare la compatibilità con lo svolgimento di attività lavorative o professionali, e che, dunque, all'onorario non possa essere richiesto un impegno complessivamente superiore a due giorni a settimana.

E)

Il **comma 9 dell'articolo 29**, poi, prevede che i magistrati onorari che non presentino domanda di partecipazione al concorso per la conferma **cessino dal servizio**; ciò in ragione della **illegittimità di ulteriori proroghe** del regime attuale, affermato a chiare lettere dalla Commissione europea nella lettera di costituzione in mora.

F)

Il **comma 8 dell'articolo 29**, infine, riconosce ai magistrati onorari il **buono pasto** nella misura spettante al personale dell'amministrazione giudiziaria, per ogni udienza che si protragga per un numero di ore superiori a sei, come risultante da specifica attestazione del dirigente dell'ufficio giudiziario.

Siamo, dunque, di fronte a una vera e propria sanatoria che, tuttavia, non fornisce alcun contributo per una definitiva sistemazione dello stato giuridico della magistratura onoraria nel suo complesso, mostrando, attraverso la stabilizzazione, un aspetto prevalentemente risarcitorio.

Infatti, la disciplina introdotta dalla legge finanziaria, rispetto ai magistrati onorari della vecchia guardia che saranno confermati *sine die*, si discosta non poco dal modello costituzionale previsto dall'art. 106, comma 2, Cost., ed, inoltre, crea un trattamento altamente divaricato rispetto a quei giudici onorari che hanno fatto ingresso nella giurisdizione dopo il 2017.

Per i primi (vecchia guardia) – pur trattandosi di una categoria “ad esaurimento” - poco rimane, infatti, di quell'eterogeneità strutturale rispetto ai togati che, da sempre, costituisce il fondamento e giustifica l'esistenza nell'ordinamento della magistratura onoraria.

Appare chiaro che il magistrato confermato a tempo indeterminato ricoprirà una posizione anomala perché non potrà più dirsi effettivamente onorario, non possedendo ormai più nessuno dei connotati che giustificano l'appartenenza a tale categoria, e non sarà divenuto certamente un togato in mancanza del superamento del concorso per esami ed in ragione dell'inquadramento economico parametrato allo stipendio del personale amministrativo giudiziario di Area III: ragione per cui il suo stato giuridico risulta una figura ibrida non prevista in Costituzione.

5. Le procedure di infrazione: in particolare, la seconda lettera di costituzione in mora del 15.7.2022

La Commissione Europea, dopo aver esaminato analiticamente tutti i profili dell'intervento correttivo portato dalla L. 234/2021, ha ritenuto che essi non fossero sufficienti a sanare i molteplici aspetti contestati con la lettera di apertura della procedura di infrazione dell'anno precedente.

Ha ribadito espressamente che, nonostante la sentenza della Corte di giustizia C 658/2018 UX Gov. It. sia riferita ai giudici di pace, la figura dei VPO e dei GOP devono essere pienamente assimilate quanto alle tutele da ricevere.

Ha aggiunto che “dalla giurisprudenza costante della CGUE discende che la nozione di lavoratore ai sensi del diritto dell'Unione non può essere interpretata in modo da variare a seconda degli ordinamenti nazionali, ma ha una portata autonoma, propria del diritto dell'Unione (sentenza della Corte di giustizia nella causa C-658/18, op. cit., punto 88). Deve essere qualificata come "lavoratore" ogni persona che svolga attività reali ed effettive, restando escluse quelle attività talmente ridotte da poter essere definite puramente marginali ed accessorie. La caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è data dalla circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in cambio delle quali percepisca una retribuzione (CGUE C-658/18, punti 93 e 94).”

Ha precisato che gli otto punti sui quali si erano appuntate le contestazioni delle autorità italiane sulla mancanza di comparabilità fra onorari e togati devono ritenersi superati dalla identica natura del lavoro svolto (ossia attività del giudicare) sia nelle funzioni giudicanti che in quelle requirenti.

Ha richiamato, a sostegno di tale convinzione, anche Corte Cost 267/2020 (sopra citata) sulla non rimborsabilità delle spese legali nei giudizi di responsabilità degli onorari, (considerata illegittima), nella quale si afferma la sostanziale identità del lavoro svolto.

La Commissione conclude che i giudici togati e quelli onorari sono comparabili in relazione

all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato e tempo parziale.¹²

In conclusione, con la comunicazione del 15.7.2022, la Commissione ritiene violate tutte le clausole oggetto di contestazione degli accordi quadro indicati; ed invita il Governo a trasmettere osservazioni entro due mesi, superati i quali esprimerà il parere motivato per l'apertura della procedura di infrazione: ciò in quanto le modifiche introdotte dall'Italia con la legge finanziaria del 2022 non pongono pienamente rimedio alle violazioni del diritto dell'Unione individuate inizialmente e determinano, anzi, nuove criticità.

Pochi giorni dopo la comunicazione della seconda lettera di preavviso dell'apertura della procedura di infrazione è stata aperta la crisi di Governo e, rispetto alle rinnovate istanze della Commissione Europea, è stata chiesta una proroga per formulare un riscontro alle contestazioni avanzate.

Non è nota né la risposta resa dal Governo italiano né lo stato in cui si trovi la procedura di infrazione preannunciata.

Tuttavia, emerge un grande fermento nel dibattito fra le istituzioni.

Infatti, in data 27.1.2023 è stata proposta un'interrogazione parlamentare della Camera dei deputati in relazione allo stato giuridico e, soprattutto, alla condizione previdenziale dei giudici onorari confermati, interrogazione alla quale, lo scorso 17.3.2023, è stata data risposta dal Ministro della giustizia che, in sintesi, ha difeso il contenuto della modifica dell'art. 29 attraverso una interpretazione di alcuni passaggi delle varie pronunce della Corte di giustizia e della Commissione europea: è stato affermato, infatti, che “dalla illustrazione sopra svolta emerge come la giurisprudenza interna e sovranazionale, ben lungi dall'aver equiparato lo stato giuridico del magistrato professionale a quello del magistrato onorario, hanno sostenuto la possibilità di valorizzare, ai fini di una giustificata diversa disciplina, l'eterogeneità delle due figure, in ragione delle differenti modalità di nomina, radicate nella previsione dell'articolo 106 secondo comma della Costituzione, del carattere non esclusivo dell'attività giurisdizionale svolta dal giudice onorario e del diverso livello di complessità degli affari; tali elementi, quindi, possono essere ritenuti idonei a giustificare la qualifica onoraria del rapporto di servizio, affermata dal legislatore fin dall'istituzione della figura e ribadita in occasione della riforma di cui al decreto legislativo n. 116 del 2017.” (cfr. n. 4/00338 nella seduta numero 44/2023)

E' stata inoltre avanzata dalla Camera dei Deputati un'interpellanza urgente in data 7.3.2023 con la quale in è stato chiesto “se sia vero che la situazione con riguardo alla posizione previdenziale ed economica dei magistrati onorati stabilizzati, circa 1600, presenti i profili di criticità evidenziati e quali iniziative e con quali tempistiche il Ministro interrogato intenda adottare per sanare la situazione relativa ai soggetti confermati, in modo da garantire una riforma della magistratura onoraria in servizio in linea con la normativa unionale e nazionale, garantendo certezza e diritti agli interessati”: la risposta all'interpellanza è stata resa lo scorso 17.3.2023 dal vice ministro della Giustizia che ha difeso il contenuto

12. ^Nella lettera di apertura della procedura di infrazione si afferma che “Inoltre, poiché le autorità italiane non hanno affrontato la questione della cadenza e della composizione della retribuzione nella loro risposta, la Commissione conferma la valutazione effettuata nella lettera di costituzione in mora secondo cui i magistrati onorari di nuova nomina sono penalizzati rispetto ai magistrati togati in quanto sono retribuiti con cadenza trimestrale e non mensile e la loro retribuzione è costituita da una parte fissa e da una parte variabile di risultato, mentre la retribuzione spettante ai magistrati togati si compone unicamente di una parte fissa ed è più elevata, anche tenendo conto del principio pro rata.

Per quelli di vecchia nomina l'equiparazione al personale amministrativo giudiziario è discriminante sia rispetto al livello retributivo, sia rispetto all'assenza degli altri emolumenti che gli amministrativi percepiscono, tenuto conto che la natura delle funzioni svolte è del tutto diversa.

La conferma della discriminazione viene anche riferita al regime fiscale, lavoratori autonomi con partita IVA, nonché per le incerte tutele previdenziali e per il regime delle ferie, non retribuite durante l'interruzione della loro attività.

La Commissione conclude che l'assenza di sanzioni per gli abusi pregressi subiti dai magistrati onorari che superano la procedura di stabilizzazione non è conforme alla clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

La Commissione fa riferimento alla valutazione effettuata nella lettera di costituzione in mora e conclude che la mancanza di un sistema che consenta di misurare la durata dell'orario di lavoro giornaliero, sia per i magistrati onorari assunti dopo il 15 agosto 2017 che per quelli assunti prima di tale data, rende difficile, se non impossibile in pratica, garantire il rispetto effettivo della durata massima settimanale del lavoro e del diritto al riposo giornaliero e settimanale.

La Commissione ritiene pertanto che il fatto di non riconoscere la retribuzione piena a tali magistrati onorari durante il periodo transitorio fino alla loro conferma nell'incarico costituisca una violazione dell'articolo 7 della direttiva 2003/88/CE.

Anche sul congedo per maternità, la Commissione formula alcuni rilievi, precisando che, secondo le pertinenti disposizioni della direttiva sulla maternità, la retribuzione o l'indennità percepita dalle lavoratrici durante il congedo di maternità deve essere almeno equivalente alla prestazione per malattia e rilevando che in base alle informazioni fornite non era possibile stabilire se l'importo indicato dalle autorità italiane fosse almeno equivalente alla prestazione per malattia. Invita pertanto il governo italiano a chiarire tali questioni.

della riforma contestando i vari punti degli interventi delle istituzioni europee, e rimarcando il significato risarcitorio della stabilizzazione, al quale nessun altro ristoro potrebbe essere aggiunto.

Nella stessa risposta, per contro, sono state manifestate perplessità rispetto ai dubbi sollevati dalla Commissione Europea nella lettera del 15.7.2022 luglio con la quale era stata preannunciata la procedura di infrazione; è stato ribadito che la possibilità di accedere alla procedura di conferma valutativa era stata data a tutte le categorie onorarie attraverso una scelta normativa idonea a consentire, per ciascuna di esse, la continuità nelle funzioni esercitate: ciò è stato offerto come argomento di supporto all'avvenuto adeguamento dell'Italia all'orientamento pregresso della Corte di Giustizia ed ai rilievi della Commissione, secondo i quali il trattamento da riservare alla magistratura onoraria non potesse essere diversificato fra le diverse categorie (giudicante e requirente): in sostanza, il Governo italiano ha difeso la posizione assunta attraverso le modifiche normative introdotte.

6. Le procedure di valutazione: risultati ed incertezze

Nel frattempo, sono state indette le prime procedure di valutazione dei magistrati di lungo corso, riguardo alle quali sono stati sollevati anche rilievi sui criteri di composizione delle relative Commissioni¹³

All'esito di esse, risultano stabilizzati circa 1600 giudici onorari il cui stato giuridico ed economico continua ad essere fonte di incertezze e confusione.

Al riguardo, infatti, la circolare del Ministero della giustizia del 31.3.2023 (DAG prot.72653) si è pronunciata in ordine al trattamento economico dei magistrati onorari che hanno superato la procedura di conferma: pur preannunciando che l'assetto definitivo è ancora in corso d'opera, vengono tuttavia fissati i parametri economici e le differenze fra "esclusivisti" e "non esclusivisti" in quanto i primi non potranno svolgere altre attività lavorative, possibili invece per i secondi che, tuttavia, vedranno dimezzata l'indennità giudiziaria. È stato, al riguardo, affermato che l'oggetto dell'opzione prevista nell'art. 29 Dlgs 116/2017 riformato è "l'esclusività" della funzione, ragione per cui il regime ordinario colloca il magistrato onorario nell'attività "non esclusiva" che esprime un indice rilevante di effettiva "onorarietà".

È stata indicata, altresì, la decorrenza del pagamento degli emolumenti, riconosciuta dalla data del decreto ministeriale con il quale viene recepita la delibera del CSM di superamento della prova valutativa.

È stato, inoltre, chiarito che l'opzione sullo svolgimento in via esclusiva dell'attività (esclusivista o non esclusivista) è sempre revocabile; che la cadenza dei pagamenti (in precedenza trimestrali) dovrà

¹³ Cfr. Luciano Ciafardini "Commissioni di valutazione per la conferma a tempo indeterminato dei magistrati onorari di lungo corso: quando il diavolo si nasconde nei dettagli" in Giustizia Insieme 4 agosto 2022: "La Corte costituzionale (con la già citata sentenza n. 267 del 2020) ha affermato che la differente modalità di nomina, il carattere non esclusivo dell'attività giurisdizionale svolta e il livello di complessità degli affari trattati «non incidono sull'identità funzionale [rispetto a quelli compiuti dal magistrato professionale] dei singoli atti che il giudice di pace compie nell'esercizio della funzione giurisdizionale».

Si spiega, dunque, come anche al magistrato onorario debba essere garantita, per necessità costituzionale, l'indipendenza nell'esercizio delle funzioni.

Si tratta di un principio costantemente affermato dalla giurisprudenza costituzionale, secondo cui il giudice di pace è «organo giurisdizionale, in posizione di indipendenza costituzionalmente garantita» (ordinanza n. 151 del 2013), e sul quale converge, del resto, la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea (punto 56 della più volte citata sentenza del 16 luglio 2020, UX).

L'indipendenza di un soggetto o di un organo «presuppone che nell'ordinamento siano presenti regole, le quali appunto attribuiscono al soggetto o all'organo la facoltà di decidere liberamente, impedendo altresì che le sue libere determinazioni possano essere causa di reazioni, o di sanzioni, a suo carico». Si tratta di concetto che assume importanza e significato peculiari per i singoli magistrati, perché, ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost., il singolo giudice è soggetto soltanto alla legge, ciò che sottolinea la sua indipendenza da organi e poteri esterni alla magistratura (come pure dagli altri giudici).

C'è da chiedersi se le disposizioni che si stanno scrutinando, e in particolare quelle che disciplinano la nomina e la composizione delle commissioni di esame, rispettino l'esigenza inderogabile di garantire l'indipendenza anche del magistrato onorario.

Una parziale risposta al quesito è stata fornita dal Consiglio superiore della magistratura, il quale, nel parere adottato con delibera del 22 dicembre 2021 e reso su richiesta del Ministro della giustizia, ha ritenuto che la procedura di conferma configurata dal legislatore sia in contrasto con i principi di autonomia e indipendenza che presidiano anche l'esercizio delle funzioni giurisdizionali onorarie.

Nel suddetto parere si è evidenziato che «la Commissione di concorso non è [...] nominata dall'Organo di governo autonomo, ma è composta da un membro predeterminato dalla legge (il Presidente del Tribunale nel quale il magistrato ha prestato servizio), da un magistrato designato dal Consiglio giudiziario e da un avvocato nominato dal Consiglio dell'ordine, laddove la commissione del concorso per l'accesso alla magistratura ordinaria, ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 160 del 2006, "è nominata (...) con decreto del Ministro della giustizia, adottato a seguito di conforme delibera del Consiglio superiore della magistratura"».

essere rivisitata e che, allo stato, si prevede la corresponsione di un acconto, di cui vengono indicati i parametri, salvo successivo conguaglio.

Sono state anche precisate le regole per la corresponsione dei buoni pasto ai magistrati onorari confermati e la loro natura assistenziale e, dunque, non monetizzabile: ma, soprattutto, in relazione al tema di questo incontro, è stato sottolineato “che il nuovo quadro normativo non contiene indicazioni neanche attraverso il rinvio ad altre disposizioni riguardo alla natura del reddito nonché al regime fiscale e previdenziale da applicare quali aspetti riconducibili alla natura del rapporto di lavoro del magistrato onorario confermato”.

In buona sostanza, lo stato giuridico dei magistrati onorari confermati risulta ancora molto incerto e disomogeneo.

A tale considerazione si aggiunge anche la perplessità relativa alla condizione dei magistrati onorari nominati dopo l'entrata in vigore della riforma, visto che “l'onorarietà”, nell'accezione a loro riservata, oltre a presentare una anomala difformità rispetto a quelli di lungo corso non in procinto di essere pensionati (e dunque con una prospettiva temporale superiore a due rinnovi quadriennali), si scontra con una realtà giudiziaria che, difficilmente, potrà fare a meno del loro apporto e che, quindi, incorrerà molto probabilmente, allo scadere del secondo quadriennio, negli stessi problemi che si sono da sempre verificati.

7. Conclusioni

E' indispensabile giungere ad un assetto unitario della magistratura onoraria che, tenuto conto delle peculiarità del nostro sistema giustizia (e cioè del gravoso carico, derivante dal tasso di litigiosità di gran lunga superiore che negli altri paesi europei), si fondi su un punto di equilibrio fra il carattere onorario della funzione (cioè accesso senza concorso e con la possibilità di svolgere altre attività professionali) ed il carico di lavoro, con conseguente obbligo di presenza assimilabile a quello dei magistrati ordinari.

Le difficoltà sinora rinvenute nella “quadratura del cerchio” inducono a pensare che sia più coerente intervenire con una ulteriore modifica dell'O.G. che, prendendo le mosse dall'art. 106 Cost e cioè dal riconoscimento istituzionale dei giudici onorari (nel senso tecnico della funzione così come concepito fino alla legge Carotti) allineati alla “onorarietà di stampo europeo” (per alcune residuali funzioni di minore rilievo), crei un giudice di prossimità (rispetto ad alcune materie) che acceda alla funzione per concorso per titoli (e non per esami); che abbia una stabilizzazione in termini di stipendio (allineato alla prima valutazione di professionalità dei magistrati professionali) previdenza, assistenza e ferie, con impossibilità a transitare nella magistratura ordinaria (ed a tutti i vantaggi economici e di progressione in carriera che la caratterizzano) se non attraverso il superamento dell'ordinario concorso per esami, per il quale il periodo di lavoro svolto come giudice di prossimità possa valere come titolo: soluzione, quest'ultima, già adottata da tempo, ma che potrebbe essere introdotta nel sistema attraverso la specifica previsione di un concorso apposito che, in ragione della destinazione alla trattazione di controversie e di incarichi meno complessi, giustifichi la possibilità che siano presenti nell'ordinamento giudiziario magistrati che non vogliono aspirare a valutazioni di professionalità ulteriori rispetto alla prima.

Ciò, forse, consentirebbe di trovare un punto di equilibrio fra la realtà eurounitaria alla quale si riferiscono i rilievi della Commissione e della Corte di Giustizia e quella, anche normativa, del nostro paese che ha subito, nell'organizzazione della giustizia, una inimmaginabile evoluzione dall'entrata in vigore della Carta Costituzionale sino ad oggi, avendo dovuto far fronte, ormai da numerosi decenni, ad un carico di lavoro non sostenibile con le risorse a disposizione, inadeguatezza alla quale le reiterate riforme hanno tentato, spesso invano, di porre rimedio.

Si tratta comunque di una ipotesi di complessa realizzazione, anche perché dovrebbe aprirsi un ennesimo cantiere di riforme.

Risulta difficile, quindi, fornire risposte certe ed immediate per l'intera categoria della magistratura onoraria.

Concludendo, ad oggi, parlare di “stato giuridico della magistratura onoraria” conduce su sentieri ancora intricati e da asfaltare: la situazione è molto confusa sia per la apparente incomunicabilità fra le istituzioni europee e quelle nazionali, sia per la divaricazione fra gli enunciati normativi (interni) e la realtà

giudiziaria in divenire.

Si impone, comunque, la necessità di un forte impegno istituzionale per fornire soluzioni celeri perché la condizione attuale determina una grave situazione di incertezza per i magistrati onorari e per i dirigenti degli uffici, nonché gravi ricadute sul raggiungimento degli obiettivi del PNRR, tenendo conto che la procedura di infrazione, finora solo preannunciata, non risulta affatto scongiurata.

L'ORGANIZZAZIONE DEI VICE PROCURATORI ONORARI ALL'INTERNO DELL'UCP IN RELAZIONE ALLE ATTIVITÀ DELEGABILI: *DE FINIUM REGUNDORUM* (di Paola Bellone)

L'art. 2 del decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116 (che completa l'attuazione della legge 28 aprile 2016, n. 57/2016, contenente delega al Governo per la riforma della magistratura onoraria) ha previsto la costituzione nelle procure della Repubblica presso i tribunali ordinari, di strutture organizzative denominate "ufficio di collaborazione del procuratore della Repubblica", che, secondo le determinazioni organizzative del procuratore della Repubblica, si avvalgono, tra gli altri, dei vice procuratori onorari.

Prima dell'entrata in vigore della riforma citata l'attività assegnata al VPO era disciplinata da diverse fonti normative (R.D. 30 gennaio 1941, n. 12 – Ordinamento Giudiziario - e decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274).

Il D.lgs. 116/2017, invece, disciplina in modo esaustivo l'attività del VPO (salvo richiamare anche il D.lgs 274/2000), distinguendo i "compiti" di supporto al magistrato di carriera - art. 16 lettera a) – dalle funzioni *stricto sensu* giudiziarie – art. 16 lett. b).

L'oggetto del presente contributo è costituito dalle attività delegabili di cui all'art. 16 lett. b), disciplinate compiutamente dall'art. 17, che ha introdotto delle novità e, come vedremo, ha posto questioni interpretative che i procuratori della Repubblica per primi, sono stati chiamati a risolvere nel programmare l'organizzazione dei vice procuratori onorari all'interno dell'UCP anche in relazione alle attività delegabili.

Per determinare i confini delle attività indicate nell'art. 17 è imprescindibile approfondire l'istituto della "delega", utilizzando la chiave di interpretazione logica già trovata dalla giurisprudenza di legittimità, in relazione alle funzioni del VPO in udienza e alle funzioni del VPO nell'ambito dei procedimenti per i reati di competenza del giudice di pace.

La delega è anzitutto individuata, in relazione ai VPO, come fonte di legittimazione¹⁴. Rilevano, *ex multis*, Cass. 26 ottobre 2022, n. 47882 e Cass. 23 gennaio 2013, n. 14264 (in entrambi i processi oggetto di censura era il decreto di citazione a giudizio davanti al giudice di pace sottoscritto dal VPO).

La sentenza n. 47782/22 cita la Corte Costituzionale: «[...] la Corte cost., con la sentenza n. 333 del 1990 ha chiarito che, nel caso delle persone chiamate, di volta in volta, a rappresentare il pubblico ministero in udienza e non inquadrato nella organizzazione giurisdizionale né annoverate nell'ordine giudiziario, **proprio la delega determina l'instaurazione di quel nesso di immedesimazione organica** che, per i magistrati ordinari, si rinviene nell'inserimento dell'ordinamento giudiziario»¹⁵.

Analogamente, secondo la sentenza n. 14264/13, **«il magistrato onorario ripete la propria legittimazione esclusivamente dal provvedimento di delega, deliberato con le forme prescritte dall'art. 162 disp. att. c.p.p., comma 1»**.

La sentenza, insuperata, che più di tutte ha chiarito la natura della delega, è stata pronunciata dalle Sezioni Unite (Cass., S.U., 24 febbraio 2011, n. 13716). In giudizio il ricorrente riteneva l'illegittimità della misura coercitiva per mancanza del potere di esercitare la domanda cautelare da parte del vice procuratore

¹⁴ Non sussistono dubbi giurisprudenziali sulle conseguenze in caso di invalidità o mancanza della delega. Si tratta di nullità di ordine generale ex art. 178 lett. B), assoluta se riguardi l'iniziativa del PM nell'esercizio dell'azione penale (art. 179 c.p.p.), o a regime intermedio se riguardi la partecipazione al procedimento (art. 180 c.p.p.). Cfr., *ex multis*: Cass., 14 ottobre 2020, n. 37524; Cass., 24 novembre 2015, n. 6216; Cass., 18 marzo 2014, n. 24004; Cass., 23 gennaio 2013, n. 14264.

¹⁵ Oggetto del giudizio di legittimità costituzionale, per quel che qui più rileva, era l'allora vigente art. 72 del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12 nella parte in cui consentiva al Procuratore della Repubblica presso la Pretura di delegare l'esercizio delle funzioni di P.M. in udienza dibattimentale ad ufficiali di polizia giudiziaria. Si richiama integralmente la sentenza, ma giova citare, al fine di individuare i confini dell'attività delegabile, il seguente passaggio: «Peraltro, la delega del P.M. non crea alcun rapporto di dipendenza né col delegante, in quanto anche il P.M. delegato agisce con piena autonomia, secondo il disposto dell'art. 53 c.p.p., attuativo della direttiva n. 68, tanto più che la delega non è revocabile se non in casi determinati, così come è per il P.M. magistrato. Inoltre, la qualità di ufficiale di polizia giudiziaria non rende il P.M. delegato dipendente dal potere esecutivo cui egli appartiene in quanto il rapporto con i superiori riguarda l'attività di ufficiale di polizia giudiziaria e non quella di P.M., sicché nessuna minaccia alla indipendenza può venire dalle autorità gerarchicamente sovraordinate».

onorario intervenuto all'udienza di convalida e successivo giudizio direttissimo, essendo egli munito di delega non specifica per chiedere l'applicazione di una misura cautelare personale. Le Sezioni Unite, nel ritenere infondato il motivo di ricorso, hanno così chiarito la natura specifica della delega delle funzioni al VPO:

«Questo orientamento, secondo cui il delegato non può esercitare poteri che esorbitano dall'ambito dello specifico incarico ricevuto, considera l'istituto in oggetto alla stregua della delega disciplinata dal diritto privato o amministrativo. In tale settore, chi è legittimato a provvedere in ordine a determinati interessi, può conferire ad altri l'incarico di provvedervi in concreto mediante il compimento di un singolo o più atti o, in genere, per l'attività richiesta al fine indicato entro i limiti e secondo le direttive stabilite nell'atto di delegazione; pertanto, la discrezionalità del delegato può essere limitata dalle direttive, anche vincolanti, imposte nella delega o successivamente.

Una tale configurazione della delega non può però essere riferibile all'istituto in esame. La legittimazione derivata del magistrato onorario **trae il suo fondamento giuridico non dalla volontà delle parti, ma dalle norme dell'ordinamento giudiziario e del codice di procedura penale alle quali l'interprete deve fare riferimento.**

Infatti, pur partendo dalla considerazione della estraneità del pubblico ministero onorario all'ordine giudiziario, nessuna disposizione giustifica la conclusione di una sua subordinazione gerarchica rispetto al procuratore della Repubblica; anzi, l'art. 162, comma 3, disp. att. cod. proc. pen. contraddice una simile ipotesi ricostruttiva dell'istituto.

Detta norma prevede solo la facoltà (non l'obbligo) che il delegato si consulti con il procuratore della Repubblica prima di prestare il consenso alla applicazione di pena su richiesta o se deve procedere a nuove contestazioni.

Questa facoltà ha peraltro una limitata rilevanza processuale dal momento che la sospensione della udienza a tale fine è lasciata alla discrezionalità del giudice (art.162, comma 4, disp. att. cod. proc. pen).

Dall'art. 162 si ricava di conseguenza il principio che il pubblico ministero onorario, anche quando deve prendere posizioni di particolare rilevanza, non ha il dovere di confrontarsi con il procuratore della Repubblica, e che l'avviso del delegante, ove sollecitato dal delegato, non è vincolante.

La normativa, che non introduce un dovere di interpello per situazioni imprevedibili ed eccedenti la delega, non è compatibile con la pretesa subordinazione del magistrato onorario a particolari direttive del procuratore della Repubblica».

La sentenza rileva non solo e non tanto al fine di affermare in sé e per sé l'autonomia del VPO¹⁶, ma più di tutto al fine di individuare la *ratio* di tale autonomia, da un punto di vista ordinamentale, quasi ontologico, e da un punto di vista processuale, in funzione della stessa efficienza dell'amministrazione della giustizia, come si evince dal prosieguo della motivazione:

«In altri termini, una circoscritta facoltà di autodeterminazione del magistrato onorario implicherebbe l'introduzione di una sospensione necessaria della udienza in corso per permettergli di prendere istruzioni dal delegante e per una eventuale integrazione della delega.

È previsto invece che il procuratore della Repubblica possa dare direttive di carattere generale alle quali devono attenersi tutti i rappresentanti del pubblico ministero dell'ufficio, di carriera od onorari. È quindi ben possibile che il procuratore della Repubblica dia indicazioni di massima al magistrato onorario delegato, al quale, tuttavia, compete la prerogativa di esercitare le sue funzioni in udienza con la piena autonomia garantita dall'art. 70, comma quarto, ord. giud. e dall'art. 53, comma 1, cod. proc. pen., che non include eccezioni per gli onorari.

L'ultima norma (di attuazione dell'art. 68 della legge-delega n. 81 del 1987) sancisce infatti la piena autonomia del magistrato del pubblico ministero designato nelle udienze penali; questi non riceve e non è tenuto ad eseguire eventuali particolari istruzioni del capo dell'ufficio, fermo restando il suo dovere deontologico di recepire le direttive sulle modalità operative dell'ufficio impartite in via generale.

¹⁶ Naturalmente l'autonomia in questione deve inscrivarsi all'interno di un ufficio che è connotato da una natura gerarchica (funzionale). Rilevano in proposito il d.lgs. 106/2006 e la delibera del CSM 16 novembre 2017.

La *ratio* della previsione è ordinamentale e processuale: il rappresentante del pubblico ministero deve essere indipendente non solo verso l'esterno, ma anche verso l'interno dell'ufficio, e deve potersi determinare liberamente sulla base degli sviluppi e delle risultanze acquisite nel corso della udienza.

Tale autonomia, non essendo riscontrabile alcuna previsione di segno contrario, deve dunque trovare applicazione anche rispetto al magistrato onorario; e la circostanza che l'atto di delega non crei un rapporto di dipendenza tra delegato e delegante e che anche il primo **agisca in piena autonomia in udienza secondo il disposto dell'art. 53, comma 1, cod. proc. pen., è stata evidenziata dalla Corte cost. con la citata sentenza n.333 del 1990.** Da quanto rilevato, si deve concludere che la funzione del pubblico ministero, sia esso magistrato di carriera od onorario, implica un medesimo status di tale organo in udienza.

Conseguono i seguenti principi.

Il contenuto della delega è circoscritto per materia dall'ordinamento giudiziario e non dalle disposizioni del procuratore della Repubblica (il quale, ad esempio, non potrebbe conferire al vice procuratore onorario il potere di proporre appello, in quanto non normativamente previsto); la delega costituisce il fondamento per il legittimo esercizio delle funzioni requirenti, ma non segna il confine entro il quale l'onorario può determinarsi in modo autonomo in udienza; le condizioni o restrizioni eventualmente inserite nella delega devono considerarsi come non apposte, per cui il giudice non deve tenerne alcun conto, spettandogli solo di controllare se la delega sia conferita con il rispetto degli artt. 72 ord. giud. e 162 disp. att. cod. proc. pen.».

La *ratio* individuata dalle Sezioni Unite è valsa successivamente a risolvere ulteriori questioni interpretative, inerenti comunque sempre ai limiti delle funzioni delegate al VPO

Rileva Cass., 20 settembre 2012, n. 7046, che, in tema di procedimento dinanzi al giudice di pace, ha sancito la non abnormità, bensì la legittimità e validità, del decreto di archiviazione pronunciato su richiesta sottoscritta dal vice procuratore onorario, trattandosi di attività delegabile al magistrato onorario, «Soluzione – si legge in motivazione - che appare in linea con **la lettura estensiva delle norme in tema di attività delegabili al magistrato onorario, o da ritenere implicitamente contenute nella delega ricevuta, ragionevolmente compiuta nella recente giurisprudenza di legittimità**». Secondo la Cassazione la soluzione «appare doverosa alla luce della stessa formulazione del più volte citato art. 15, letta nella sua interezza ed in combinato disposto con il successivo art. 50 dello stesso D.lgs. [274/2000]»: «La norma, infatti, non si limita a contemplare che il P.M., se non richiede l'archiviazione, formula l'imputazione (comma 1); ma, al comma 2, prevede altresì che l'ufficio inquirente, se ritiene necessarie ulteriori indagini, vi dia corso o attraverso un'attività personalmente compiuta dal magistrato o da questi delegata - per specifici atti, o attraverso direttive appositamente impartite - alla polizia giudiziaria. L'art. 50, a proposito di attività delegabili dal Procuratore della Repubblica al VPO, richiama l'art. 15 senza distinguere fra i due commi: ed anche nel caso di specie era in effetti intervenuta una delega (a firma del Procuratore aggiunto) “all'espletamento degli atti previsti dal D.lgs. n. 274 del 2000, artt. 15 e 25”, il che vale peraltro a confutare l'argomento del ricorrente secondo cui una delega non vi era stata affatto.

Ergo, una volta ricevuto il fascicolo in relazione al quale abbia ricevuto delega, il magistrato onorario ben potrebbe porsi il problema del compimento di eventuali indagini ulteriori rispetto ai dati istruttori ricavabili dalla mera acquisizione della *notitia criminis*, problema che non potrebbe leggersi se non immanente ed anzi presupposto alla stessa adozione delle determinazioni conclusive, vale a dire se esercitare l'azione penale o, appunto, richiedere l'archiviazione.

Se dunque al vice procuratore onorario fosse precluso avanzare richiesta di archiviazione, egli - ricevuta in ipotesi una nuova relazione curata dalla polizia giudiziaria sui fatti per cui vi era stata l'iscrizione del procedimento penale, ed acquisiti elementi idonei ad escludere la fondatezza dell'ipotesi accusatoria iniziale - non potrebbe che restituire il fascicolo al delegante: soluzione *ictu oculi* irragionevole e contrastante quanto meno con l'esigenza della definizione

del procedimento in tempi brevi, sicuramente meritevole di particolare tutela quanto ai reati di competenza del Giudice di pace».

La *ratio* processuale dell'interpretazione della Cassazione emerge con grande chiarezza anche nella sentenza, che si è occupata del caso del vice procuratore onorario delegato che, all'udienza di convalida, aveva contestato l'aggravante non previamente indicata, senza consultazione del magistrato togato (Cass., 7 aprile 2011, n. 16170). Anche in questo caso, infatti, la Cassazione, nel respingere le censure del ricorrente, ha cura, in concreto, di verificare la funzionalità processuale:

«Si deve ritenere che il vice procuratore onorario, munito di rituale delega per l'udienza di convalida ed il successivo giudizio direttissimo sia sicuramente legittimato a svolgere tutte le attività che possono prevedersi nel corso dell'udienza in forza dell'art. 162 disp. att. c.p.p., posto che la disposizione richiamata **prevede come mera eventualità l'ipotesi che egli consulti il delegante in specifiche situazioni, prevedendo correlativamente all'esercizio di tale facoltà la possibilità, e non l'obbligo, del giudicante di rinviare il procedimento.** Dalla previsione di tali consultazioni in termini meramente potenziali deve evincersi che di norma la delega conferita **autorizza il vice procuratore a configurare l'accusa in termini più congeniali alla fattispecie, per come questa si prospetta, anche sulla base dei chiarimenti forniti dagli agenti e dall'interrogato in sede di convalida.** L'interpretazione richiamata risulta pacifica sulla base del tenore letterale della disposizione; del resto, nel senso della ampiezza del potere di delega, si sono espresse con recentissima pronuncia le sezioni unite di questa Corte (Sez. U. n. [13716](#) ud 24/02/2011 dep 06/04/2011, imp. Fatih) che hanno individuato l'oggetto della delega come chiaramente riferita alla più ampia previsione sui poteri conferiti al vice procuratore, in particolare indicando nell'atto, in relazione al processo, la specifica legittimazione che ai magistrati ordinari deriva dall'immissione nell'ordinamento giudiziario. Si è osservato che il contenuto della delega è circoscritto dall'ordinamento giudiziario e non può essere determinato dalle specifiche disposizioni del procuratore della Repubblica, e costituisce il fondamento del potere conferito, non potendone delimitare l'ambito, tanto che, ove siano apposti limiti o condizioni all'esercizio di tale potere questi debbano considerarsi come non apposti».

Gli approdi della giurisprudenza di legittimità sopra illustrati consentono, così, una **lettura estensiva** dell'art. 17 del D.lgs. 116/2017, soprattutto dove la lettera della norma pone questioni interpretative.

Rimanendo alla lettera, per esempio, sarebbe fonte di dubbi interpretativi l'art. 17 co. 5, che prevede:

«Il vice procuratore onorario, nei procedimenti relativi ai reati indicati dall'articolo 550, comma 1, del codice di procedura penale, può [...] svolgere compiti e attività, anche di indagine, ivi compresa l'assunzione di informazioni dalle persone informate sui fatti e l'interrogatorio della persona sottoposta ad indagini o imputata».

Posto che la qualità di imputato viene assunta a seguito del rinvio a giudizio, dovrebbe ritenersi che la norma legittimi la delega del VPO a svolgere l'interrogatorio dell'imputato esclusivamente nei procedimenti relativi ai reati indicati dall'articolo 550 c.p.p., e che, nell'ambito dei predetti procedimenti, il VPO sia legittimato a svolgere le attività tipiche dell'udienza non indicate nell'art. 17, comma 5. Tuttavia, si tratta di interpretazione letterale che confligge con la *ratio* ribadita in tutte le sentenze citate della Corte di cassazione.

Un altro dubbio interpretativo è stato posto dall'art. 17, comma 4, che così prevede:

«Il vice procuratore onorario delegato può assumere le determinazioni relative all'applicazione della pena su richiesta nei procedimenti relativi ai reati per i quali l'azione penale è esercitata con decreto di citazione diretta ai sensi dell'articolo 550, comma 1, del codice di procedura penale, pur quando si proceda con giudizio direttissimo ai sensi del comma 6 dell'articolo 558 del codice di procedura penale, e in quelli iniziati con decreto di giudizio immediato conseguente ad opposizione a decreto penale».

La lettera della norma vieterebbe che il VPO, in udienza, presti il consenso alla richiesta di applicazione della pena per i reati da udienza preliminare. Soccorrerebbero anche altri argomenti di carattere logico-sistematico per escludere l'interpretazione letterale della norma; tuttavia, *l'excursus*

giurisprudenziale sull'istituto della delega impone in radice di non assecondare la lettera, in quanto pregiudicherebbe la regolarità dell'udienza. La questione si porrebbe soprattutto con riferimento ai giudizi direttissimi, ma anche in caso di rinnovo della richiesta di applicazione della pena, ai sensi dell'art 448 co. 1 ultima parte c.p.p. o di istanza formulata in sede dibattimentale all'esito di contestazione suppletiva.

Analogamente l'interpretazione estensiva così come motivata dalla Corte di cassazione può agevolmente consentire di superare i dubbi interpretativi in relazione alla delegabilità del VPO all'udienza predibattimentale introdotta dalla c.d. "riforma Cartabia".

LE ATTIVITÀ FUORI UDIENZA (di Lorenzo Gestri)

SOMMARIO: 1. Debito formativo: il «perimetro» delle attività fuori udienza – 2. Il ruolo del delegante per comprendere le finalità delle attività delegate al VPO – 3. La necessità di adottare un metodo «a vocazione giurisdizionale» nell'attività fuori udienza del VPO – 4. La delega di indagini: finalità e contenuti – 5. La scelta della «non-azione»: la richiesta di archiviazione – 6. La redazione dell'imputazione: le problematiche e gli spunti posti dal sistema processuale penale – 7. «Suggerimenti» tecnici di redazione dell'imputazione

1. Debito formativo: il «perimetro» delle attività fuori udienza

Il debito formativo che si assume con la redazione del presente scritto ha ad oggetto l'analisi delle principali «attività fuori udienza» svolte dal Vice Procuratore Onorario (d'ora in poi VPO).

A tal fine appare necessario in via preliminare definire quale sia il perimetro contenutistico di tali attività, avuto riguardo al disposto normativo vigente, ed in tal senso, rilevano i riferimenti di cui agli artt. 16 e 17 del decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116, norme che individuano, da un lato, le attività che il VPO svolge a supporto del Pubblico Ministero e, dall'altro, le attività svolte su delega del Pubblico Ministero.

Fra le prime rileva il comma 1 lett. a) dell'art. 16, in forza del quale si prevede che il VPO svolga un'attività di supporto del magistrato professionale, coadiuvandolo sotto la sua direzione a compiere atti preparatori utili all'esercizio della funzione giudiziaria. Si tratta delle attività di studio dei fascicoli, di approfondimenti degli orientamenti giurisprudenziali, e di predisposizione delle minute di provvedimenti.

Le attività invece delegabili al VPO possono avere ad oggetto sia l'attività d'udienza - che fuoriesce dall'oggetto del presente approfondimento -, che l'attività funzionale all'adozione di provvedimenti (art. 16 co. 1 lett. b) e art. 17).

È poi l'art. 17 del decreto legislativo citato che definisce nel dettaglio quali siano i compiti delegabili al VPO per l'adozione di provvedimenti, nonché la tipologia dei provvedimenti adottabili, distinguendo fra quelli relativi ai procedimenti trattati dal Giudice di Pace (art. 17 co. 1 lett. b), e i procedimenti di competenza del Giudice monocratico per reati a citazione diretta (art. 17 comma 5 d. lgs. n. 116/2017).

La lettura dei citati disposti normativi consente di definire il perimetro delle attività delegabili al VPO per l'adozione di provvedimenti, i quali comprendono: la delega di indagini, la formulazione di imputazioni; la richiesta di archiviazione motivata; la redazione di liste testi oltre al compimento di attività di indagine quali l'assunzione di informazioni testimoniali e l'interrogatorio dell'indagato.

È in relazione alle predette attività, e alle tecniche di redazione dei predetti atti, che nei paragrafi seguenti si svolgerà l'approfondimento del presente lavoro, con l'obiettivo di assolvere al debito formativo fissato dal titolo del presente lavoro.

2. Il ruolo del delegante per comprendere le finalità delle attività delegate al VPO

Al fine di comprendere i contenuti essenziali degli atti e delle attività rientranti fra i compiti del «VPO fuori udienza», nonché le modalità con cui svolgere correttamente la funzione delegata dal magistrato professionale, pare opportuno premettere alcune brevi note in merito al ruolo assegnato al magistrato professionale «delegante» dal vigente ordinamento.

Il regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12 nell'individuare le autorità alle quali è affidata l'amministrazione della giustizia, all'art. 2 descrive l'ufficio del Pubblico Ministero come ufficio «presso» il giudice. Tale espressione non può essere intesa come sinonimo di ufficio minore, e ciò proprio tenuto conto delle attribuzioni assegnate al Pubblico Ministero dalla medesima normativa primaria vigente. Sempre muovendo dal R.D. n. 12/1941, infatti, si legge che il Pubblico Ministero veglia sull'osservanza delle leggi, promuove la repressione dei reati e fa eseguire i giudicati. Le attribuzioni del Pubblico Ministero a livello ordinamentale sono oggetto di riorganizzazione prima con il decreto legislativo 20 febbraio 2006, n. 106, e poi con normativa secondaria con le recenti circolari del Consiglio Superiore

della Magistratura (d'ora in poi CSM) sull'organizzazione delle procure del 16.11.2017 e successive modifiche.

Il ruolo che complessivamente emerge dalla normativa ordinamentale e dalla disciplina codicistica, in particolare il codice di procedura penale vigente anche alla luce delle ultime modifiche intervenute con il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 c.d. riforma Cartabia, concorre nel definire un ruolo "onnipresente" del Pubblico Ministero nelle varie fasi del procedimento penale. Il Pubblico Ministero, infatti, provvede: a gestire l'iscrizione del procedimento; a deciderne la definizione con l'esercizio o meno dell'azione penale; a rappresentare l'accusa in giudizio, per l'ipotesi di esercizio dell'azione penale; a far eseguire le sentenze definitive che abbiano accertato la responsabilità penale.

Poiché il VPO sempre secondo la normativa vigente è un magistrato onorario «adetto all'ufficio» di collaborazione del Procuratore della Repubblica, che svolge i compiti e le funzioni da questi assegnategli nel rispetto della normativa vigente, ancor prima di analizzare nel contenuto i tratti delle attività delegabili al VPO diviene essenziale per quest'ultimo avere piena consapevolezza del ruolo svolto dal magistrato professionale che opera la delega.

Essenziale è in primo luogo che il magistrato onorario dell'Ufficio del Pubblico Ministero assuma consapevolezza del fatto che il Pubblico Ministero è una parte processuale pubblica nel procedimento penale, che si deve fare portatore di interessi generali di giustizia e legalità, evitando di trasformare il processo in una contrapposizione fra parti fine a sé stessa.

Manifestazione paradigmatica dei doveri che debbono ispirare l'esercizio della pubblica funzione assegnata al Pubblico Ministero togato, e per l'effetto al VPO, con riferimento alle funzioni a lui delegate, risultano le norme di cui agli articoli 324 c.p.p. e 358 c.p.p.

La prima norma stabilisce che i magistrati, tutti, "...sono tenuti ad osservare le norme di questo codice anche quando l'osservanza non importa nullità o altra sanzione processuale", mentre la seconda norma, collocata nell'ambito delle attività di indagine preliminare, impone al Pubblico Ministero di compiere ogni attività necessaria ad assumere le determinazioni in ordine all'esercizio o meno dell'azione penale svolgendo anche "...accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini".

È da tali norme che deve muovere l'analisi di dettaglio dei contenuti degli atti e delle attività delegabili, oltre che delle modalità di esercizio di tali compiti da parte del VPO, per evitare che l'esercizio del potere delegato risulti avulso dalle finalità per cui il potere è stato assegnato ab origine al delegante, ossia al magistrato professionale del Pubblico Ministero.

3. La necessità di adottare un metodo «a vocazione giurisdizionale» nell'attività fuori udienza del VPO

Il Pubblico Ministero ha visto di recente mutate le condizioni a cui ancorare il parametro di giudizio al fine di assumere decisioni in ordine all'esercizio o meno dell'azione penale. Tali modifiche, introdotte come si dirà a breve dalla Riforma Cartabia, impongono di ripensare alla stessa funzione del Pubblico Ministero. È necessario, infatti, che il Pubblico Ministero adotti sempre più una «vocazione giurisdizionale» nell'esercizio dell'attività fuori udienza, soprattutto allorquando nel corso del procedimento penale si approssima alla fase della scelta da assumere in riferimento al materiale investigativo raccolto, al fine di valutare l'idoneità o meno dello stesso, per il corretto esercizio dell'azione penale.

In tale prospettiva, infatti, le scelte che il Pubblico Ministero è chiamato a compiere all'esito delle indagini preliminari - che senza dubbio continuano a vederlo protagonista insieme alla polizia giudiziaria -, ossia quelle che attengono alle decisioni sulle "...determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale", ai sensi dell'art. 326 c.p.p., non è dissimile da quello che è chiamato a svolgere il Giudice dell'udienza preliminare, laddove deve determinarsi in ordine all'adozione del decreto che dispone il giudizio, o in alternativa della sentenza di non luogo a procedere, oppure ancora il Giudice del dibattimento, chiamato a sciogliere la decisione sulla responsabilità o meno dell'imputato in esito all'istruzione dibattimentale.

L'esigenza di "giurisdizionalizzare" il ruolo del Pubblico Ministero nel momento in cui ai sensi dell'art. 405 c.p.p. è chiamato ad esercitare l'azione penale, in alternativa alle ipotesi in cui non abbia richiesto l'archiviazione, impone di adottare un approccio metodologico nuovo, che trae spunto dalle finalità del

procedimento penale, in cui l'organo della pubblica accusa è chiamato ad operare da un lato, una ricostruzione del fatto storico attraverso prove e, dall'altro, una qualificazione giuridica del fatto storico ricostruito.

Il metodo di lavoro sotteso a tali scelte è quello noto come del sillogismo giudiziario, che si anima del confronto fra una premessa minore ed una premessa maggiore, e dalla conclusione in termini di giudizio di conformità o meno della prima rispetto alla seconda. La premessa minore è rappresentata dal fatto storico ricostruito attraverso prove; la premessa maggiore è rappresentata dal fatto tipico, ossia la norma astratta che individua la fattispecie di reato, da interpretare secondo gli orientamenti giurisprudenziali; la conclusione è appunto il giudizio di conformità. Laddove la premessa minore risulti correttamente sussumibile nella premessa maggiore, la conclusione conduce a un giudizio di conformità che si risolve nell'esito del processo, ossia l'accertamento della responsabilità penale dell'imputato. Laddove, invece, tale giudizio di conformità non ricorre, o perché il fatto storico ricostruito attraverso prove, la premessa minore, non è sussumibile nel fatto tipico, ossia la fattispecie di reato astratta contestata, premessa maggiore, o in alternativa, quando quest'ultima non sia stata ritenuta idonea a costituire qualificazione giuridica corretta del fatto storico ricostruito attraverso le prove, la conseguenza sarà quella di una decisione di proscioglimento dell'imputato, per effetto del mancato accertamento di responsabilità penale.

A ben vedere, tale metodo di giudizio è proprio quello che contraddistingue l'operato del Giudice. Ecco perché avvicinare il ragionamento valutativo del Pubblico Ministero al Giudice, in corrispondenza della fase procedimentale in cui quest'ultimo deve decidere fra l'opzione o meno di esercitare l'azione penale, consente di ritenere che il metodo a «vocazione giurisdizionale» sia quello a cui deve tendere il Pubblico Ministero, onde evitare che l'ufficio cui egli appartiene si risolva in mera sede di "imputificio", facendo sì che, all'opposto, proprio l'imputazione, una volta elevata, svolga un compito essenziale nella corretta e compiuta perimetrazione dell'oggetto del giudizio, in funzione di una ragionevole previsione di condanna del destinatario dell'addebito.

Ebbene, le riflessioni sin qui svolte non possono che ricadere sull'approccio che deve assumere nell'esercizio delle sue funzioni «fuori udienza» anche il VPO, il quale, come anticipato, fra le funzioni delegate è chiamato a compiere quelle relative alla scelta essenziale fra l'azione, ossia l'esercizio dell'azione penale, e la non azione, ossia la richiesta di archiviazione.

Prima ancora di passare nel dettaglio a esporre i tratti essenziali a cui deve essere ispirata la modalità di esercizio dell'azione penale - anche suggerendo spunti di tecnica redazionale - o, in alternativa, la domanda di archiviazione, rileva però riflettere in termini essenziali sulla funzione della delega di indagine, altro atto tipico a cui è chiamato il VPO nell'esercizio delle attività fuori udienza.

4. La delega di indagini: finalità e contenuti

Per comprendere il ruolo della delega è necessario riflettere ancora una volta sulle finalità del procedimento penale, ed in particolare rileva il disposto di cui all'art. 326 c.p.p., secondo cui Pubblico Ministero e polizia giudiziaria svolgono nell'ambito delle rispettive attribuzioni le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale.

La delega di indagine si colloca dunque per sua natura all'interno del perimetro delle indagini preliminari, ed in particolare nel momento che decorre dalla notizia di reato e dalla conseguente iscrizione del procedimento, sino alla conclusione delle attività di indagine, ossia il momento della valutazione del materiale probatorio raccolto, in funzione della scelta fra azione e non azione.

La delega di indagine rappresenta lo strumento attraverso cui il Pubblico Ministero colma eventuali lacune in ordine alla acquisizione degli elementi essenziali a ricostruire il fatto storico per cui procede.

Per definire i contenuti della delega è dunque essenziale tener conto della finalità a cui essa risponde. Il fine, si ribadisce, è quello di riempire l'incompletezza della notizia di reato, acquisendo elementi che possano consentire di fornire una ricostruzione compiuta del fatto storico notiziato, così da assolvere a una completa perimetrazione della "premissa minore" del citato sillogismo giudiziario, oltre che dei contenuti della stessa.

Ebbene, dato il predetto fine della delega di indagine, ne discende che il contenuto della stessa non

può essere in via generale aprioristicamente determinato, ma si dovrà riempire di contenuti di volta in volta diversi in relazione alle lacune da colmare.

Il suggerimento pratico che ne consegue per la redazione della delega di indagine è quello pertanto in primo luogo di procedere attraverso atti mirati, non ridondanti, richiedendo solo gli accertamenti utili, evitando di richiedere approfondimenti su circostanze superflue, che inevitabilmente comporterebbero un rallentamento nella risposta dell'organo di polizia delegato, e pertanto sui tempi di definizione del procedimento.

In secondo luogo, rileva sottolineare che il delegato dovrà essere individuato almeno tendenzialmente nel soggetto di polizia giudiziaria che ha confezionato la notizia di reato, come tale già a conoscenza degli elementi acquisiti fin dalla prima formulazione della notizia *ex art. 347 c.p.p.*, e quindi più direttamente in grado di comprendere i passaggi meritevoli di completamento secondo la prospettiva del Pubblico Ministero.

L'obiettivo perseguito con la delega potrà essere anche ragionevolmente esplicitato dal Pubblico Ministero delegante, onde evitare incomprensioni nell'assolvimento dell'incarico che proprio con la delega viene richiesto.

Ed ancora, sempre sotto il profilo dei contenuti, se è vero che l'obiettivo è quello di fornire una fotografia completa di tutti gli elementi in fatto idonei a rappresentare prova degli elementi costitutivi della fattispecie di reato per cui si procede, con la delega si potranno alternativamente o cumulativamente, a seconda dei casi, richiedere accertamenti volti: 1) all'identificazione certa del soggetto nei cui confronti si procede; 2) alla riferibilità soggettiva certa all'autore nei cui confronti si procede della condotta illecita ipotizzata; 3) alla data e al luogo di verifica del fatto storico per cui si procede; 4) alle modalità specifiche di realizzazione della condotta, in particolare proprio nei reati di condotta o, dell'evento, nei reati appunto che richiedono per la loro consumazione un evento tipico; 5) a circostanze fattuali da cui poter inferire il giudizio di colpevolezza, di volta in volta da declinare sia in punto di dolo, eventualmente diversamente qualificato, che di colpa; 6) ad acquisire qualsiasi altro elemento in fatto da cui desumere la personalità del soggetto indagato, la sua condotta anteatta rispetto al fatto, concomitante o successiva, oltre agli ulteriori indizi da cui poter trarre spunto in ordine al giudizio di responsabilità per il caso di accertamento penale della stessa.

Altrettanto rilevante è ricordare che rappresenta un contenuto importante della delega l'individuazione di un tempo certo da assegnare alla p.g. per la sua evasione. Tale accorgimento risponde all'esigenza di assicurare all'ufficio del Pubblico Ministero di dotarsi di un'organizzazione certa sui tempi di lavoro connessi al singolo fascicolo procedimentale. È noto, infatti, che i tempi delle indagini corrono rapidamente, e pertanto ne discende la necessità di assicurare una risposta tempestiva agli accertamenti richiesti con la delega di indagine, affinché il Pubblico Ministero possa, in esito alla delega stessa, accingersi a compiere il momento valutativo di cui all'art. 405 c.p.p., al fine di assumere le necessarie determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale laddove non debba richiedere l'archiviazione. Soltanto il tempo certo di evasione della delega consentirà all'ufficio del Pubblico Ministero, e pertanto - si ribadisce ancora una volta - al VPO delegato al compimento di tale attività, di compiere tali valutazioni nel rispetto rigoroso del termine delle indagini, o in alternativa di richiedere una proroga, evitando di incorrere nella patologia dell'inutilizzabilità degli atti compiuti dopo i termini massimi delle indagini preliminari.

5. La scelta della «non-azione»: la richiesta di archiviazione

Dalla lettura del combinato disposto degli articoli 50, 326 e 405 c.p.p. sembra emergere l'idea secondo la quale il sistema ha pensato alla formulazione dell'imputazione come sbocco residuale rispetto alla richiesta di archiviazione (così, in particolare, ai sensi dell'art. 405 c.p.p. abrogato con art. 98 D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 secondo il quale il Pubblico Ministero "...quando non deve richiedere l'archiviazione, esercita l'azione penale, formulando l'imputazione...").

Al fine di individuare un criterio metodologico cui ancorare la scelta della «non-azione», rileva in primo luogo verificare quali siano, alla luce del sistema normativo vigente, le finalità dell'archiviazione nonché i motivi cui ancorare la decisione della stessa.

Sotto il profilo delle finalità dell'archiviazione si osserva che il sistema vigente consente di individuare plurime prospettive, in ragione della parte processuale che partecipa alla fase dell'indagine preliminare.

Per il Pubblico Ministero, infatti, l'archiviazione assolve alla funzione di selezionare i procedimenti inutili, sottraendoli alle fasi procedurali ulteriori rispetto a quella dell'indagine preliminare, ossia all'udienza preliminare (per i delitti che la prevedono) e al dibattimento (per tutti i restanti reati).

Per il Giudice, viceversa, l'archiviazione assolve alla funzione di controllo sul corretto adempimento dell'obbligo di esercizio dell'azione penale da parte del Pubblico Ministero.

Per la persona offesa, infine, l'archiviazione afferma il diritto al controllo del Giudice per le indagini preliminari su eventuali inerzie o omissioni del Pubblico Ministero.

Sul versante invece dei motivi dell'archiviazione, il sistema prevede che il provvedimento di definizione del procedimento possa essere ancorato alla verifica della sussistenza o meno di presupposti di fatto, o di diritto, in ordine alla sussistenza e alla procedibilità dell'azione.

L'archiviazione può essere infatti motivata in esito a una verifica dell'infondatezza della notizia di reato o perché il fatto non sussiste, o perché l'indagato non lo ha commesso, o perché il fatto non costituisce reato, o ancora perché il fatto non è punibile (art. 408 c.p.p.).

In alternativa, i motivi dell'archiviazione possono attenersi alla verifica o meno dei presupposti di diritto quali la mancanza di una condizione di procedibilità, l'estinzione del reato, l'originaria o sopravvenuta non previsione del fatto dalla legge come reato o la particolare tenuità del fatto (artt. 411, 411.1 *bis* c.p.p.).

La c.d. Riforma Cartabia ha lasciato inalterati i motivi dell'archiviazione in ordine alla verifica dei predetti presupposti di fatto o di diritto, ed ha invece mutato i contenuti dell'ulteriore criterio di valutazione, ossia il criterio fissato dalla regola probatoria del previgente art. 125 disp. att. c.p.p., secondo il quale il Pubblico Ministero doveva avanzare al Giudice per le indagini preliminari la richiesta di archiviazione in tutti i casi nei quali avesse ritenuto l'infondatezza della notizia di reato “...*perché gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio*”. In sostanza, il criterio fissato dalla predetta regola probatoria era quello di una valutazione prognostica in punto di “idoneità”, un criterio non dissimile da quello utilizzato dal Giudice per l'udienza preliminare ai sensi dell'art. 425 comma 3 c.p.p., e del Giudice del dibattimento ai sensi dell'art. 530 comma 2 c.p.p.

Una norma, quella del previgente art. 125 disp. att. c.p.p., che dunque evidenziava in concreto come all'esito delle indagini il Pubblico Ministero fosse chiamato ad operare le sue valutazioni adottando un metodo a «vocazione giurisdizionale», utilizzando un criterio non dissimile da quello dell'organo giurisdizionale, seppur operando il suo giudizio su elementi di prova - quelli acquisiti in fase di indagine -, anziché su prove, quelle che vengono acquisite nella fase del giudizio.

La c.d. Riforma Cartabia introdotta con d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 ha accentuato il processo di «giurisdizionalizzazione» del Pubblico Ministero dinanzi alla scelta fra azione e «non-azione», all'esito delle indagini preliminari.

È stato, da un lato, eliminato l'art. 125 disp. att. c.p.p., ed è stato dall'altro formulato un nuovo primo comma dell'art. 408 c.p.p., fissando una nuova regola di giudizio che impone al Pubblico Ministero - e pertanto al VPO delegato - di richiedere l'archiviazione in tutti quei casi in cui gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari “...*non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna*...”. Si è passati dunque dal criterio della valutazione della idoneità generica di sostenibilità dell'accusa in giudizio, a quello molto più stringente della ragionevole previsione di condanna, i cui contenuti seppur non siano stati ancora definiti dalla prassi nel dettaglio, ragionevolmente sin d'ora consentono di prevedere che in tutti i casi in cui residui uno scenario probatorio dubbio, sia con riferimento alla ricostruzione del fatto, che alla colpevolezza dell'autore, che alla riferibilità soggettiva della condotta, condurranno il Pubblico Ministero a determinarsi per la scelta della richiesta di archiviazione.

La scelta della riforma appare rispondere a una esigenza di sistema quale quella di assicurare un più rigoroso filtro in punto di valutazione degli elementi di prova raccolti nel corso delle indagini preliminari, con la prospettiva di evitare processi mal istruiti, o poco istruiti, passando attraverso una maggiore responsabilizzazione dell'ufficio di Procura, mediante l'esaltazione dell' “*appartenenza del Pubblico Ministero alla cultura della giurisdizione*” (così la relazione del Massimario della Cassazione del 5 gennaio del 2023), facendo del Pubblico Ministero stesso il “*primo giudice del materiale investigativo raccolto*” (così parere del CSM

del 29 luglio 2021).

6. La redazione dell'imputazione: le problematiche e gli spunti posti dal sistema processuale penale

Se è vero che lo spazio assegnato nella scelta della «azione» al Pubblico Ministero appare ispirato ad una logica di residualità rispetto alla richiesta di archiviazione, soprattutto alla luce dell'introduzione della nuova regola di giudizio rappresentata dalla «ragionevole previsione di condanna», altrettanto certo appare il fatto che il nostro ordinamento non fissi per il Pubblico Ministero un criterio vincolato su come esercitare in concreto il potere di redazione dell'imputazione. Non esiste, infatti, una norma che disciplini in via diretta le modalità di redazione dell'imputazione, ma possono comunque essere ricavati dal sistema degli indici per orientare il magistrato inquirente nella formulazione dell'imputazione, al fine di prevenire i rischi connessi a una redazione “non corretta”, ossia gli effetti della patologia dell'atto medesimo.

Rileva in primo luogo evidenziare come sino al momento della chiusura delle indagini nessuna norma indichi i contenuti redazionali ai quali il Pubblico Ministero deve ispirarsi nella formulazione del fatto e nell'individuazione delle norme violate.

Nell'articolo 415 *bis* c.p.p. si legge infatti che “...l'avviso contiene la sommaria enunciazione del fatto per il quale si procede, delle norme di legge che si assumono violate, della data e del luogo del fatto...”. Per la prima volta il codice consegna al Pubblico Ministero un'indicazione di tecnica redazionale, con riferimento peraltro ad un atto di incolpazione non definitiva. Tali indici sono, da un lato, rappresentati dalla necessità che il Pubblico Ministero assicuri almeno una “*sommaria enunciazione del fatto*” e, dall'altro, che non dimentichi l'indicazione delle norme violate, a cui infine aggiunge la necessaria previsione della “*data e del luogo del fatto*”, elementi questi ultimi essenziali per radicare la competenza a procedere, nonché per verificare la procedibilità del fatto reato in relazione all'ipotizzata consumazione dello stesso.

Prima di tale momento tutte le norme contenute nel Libro delle indagini preliminari non forniscono indici concreti al Pubblico Ministero per redigere l'imputazione.

Si pensi all'art. 335 c.p.p., norma che disciplina l'iscrizione della notizia di reato, che di fatto qualifica solo cosa deve intendersi per «notizia di reato», ossia la “...*rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice...*”.

Analogamente avviene per le norme che disciplinano i mezzi di ricerca della prova, che non fanno mai riferimento a una descrizione della formulazione dell'addebito, o indicando esclusivamente la necessità di un rapporto di pertinenzialità delle cose rispetto al reato, come nelle ipotesi delle perquisizioni e del sequestro, o genericamente al «delitto», indicato quale parametro di riferimento per l'ammissibilità delle intercettazioni. La prassi giurisprudenziale, d'altra parte, appare in linea con tale assenza di indici, tanto è vero che non ha mai richiesto che il Pubblico Ministero assolva a specifici oneri di redazione in forma esplicita dell'addebito provvisorio, né per il compimento di atti che attengono all'attività di intercettazione telefonica¹⁷, né per provvedimenti che attengono alla ricerca della prova come avviene nel decreto di perquisizione, o in quelli di convalida del decreto di sequestro di p.g., seppur è vero che in tali ultime due ipotesi è comunque auspicata la formulazione seppur in forma generica dell'addebito, utile a meglio motivare la natura pertinenziale del bene che si intende assoggettare a vincolo¹⁸, o in relazione al quale viene adottata decisione di convalida del vincolo disposto di iniziativa dalla p.g.

Nel corso delle indagini preliminari laddove il Pubblico Ministero prima ancora di aver notificato

¹⁷ V. Cass. Sez. 4, 12 novembre 2013, n. 8076 (dep. 20/02/2014): “I gravi indizi di reato, presupposto per il ricorso alle intercettazioni di conversazioni o di comunicazioni, attengono all'esistenza dell'illecito penale e non alla colpevolezza di un determinato soggetto, sicché per procedere legittimamente ad intercettazione non è necessario che tali indizi siano a carico di persona individuata o del soggetto le cui comunicazioni debbano essere captate a fine di indagine”; e ancora Cass. Sez. 6, 26 febbraio 2010, n. 10902 (dep. 19/03/2010): “In tema di intercettazione di conversazioni o comunicazioni, il presupposto dei gravi indizi di reato va inteso non in senso probatorio, ossia come valutazione del fondamento dell'accusa, ma come vaglio di particolare serietà delle ipotesi delittuose configurate, le quali non devono risultare meramente ipotetiche, essendo al contrario richiesta una sommaria ricognizione degli elementi dai quali sia dato desumere la seria probabilità dell'avvenuta consumazione di un reato”.

¹⁸ V. Cass. S.U., 19 aprile 2018, n. 36072: “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 fatti”.

L'avviso *ex art. 415 bis c.p.p.* decida di invitare l'indagato a rendere interrogatorio, è tenuto a elevare allo stesso un addebito provvisorio, ma ancora una volta la norma di riferimento, l'art. 375 c.p.p., non fornisce un criterio vincolante per la redazione dell'atto, limitandosi a stabilire che l'invito debba contenere "...*la sommaria enunciazione del fatto quale risulta dalle indagini fino a quel momento compiute...*".

Un discorso parzialmente diverso può essere fatto per la redazione di richieste di misure cautelari, personali e reali, che peraltro come è noto prescindono dalla fase dell'indagine preliminare. Nel caso dei provvedimenti cautelari, infatti, la redazione di un addebito provvisorio diviene necessaria, da un lato nel suo riferimento soggettivo al destinatario della domanda cautelare e, dall'altro, per la individuazione del fatto storico e delle norme che si assumono essere violate. L'art. 292 comma 2 lett. b) c.p.p., infatti, richiede come requisito a pena di nullità dell'ordinanza cautelare - e correlativamente ciò implica che il requisito debba caratterizzare anche la domanda cautelare del Pubblico Ministero - "...*la descrizione sommaria del fatto con l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate...*". Secondo l'orientamento invalso nella giurisprudenza di legittimità tali requisiti possono essere soddisfatti da un'enunciazione dell'accusa anche in forma riassuntiva, ma che deve presentare un minimo di specificità quanto alle concrete modalità di realizzazione della condotta rispetto alla norma violata e al suo tempo di commissione, così da porre l'interessato in condizione di difendersi¹⁹.

Oggi, peraltro, il sistema procedurale delle modalità di esercizio dell'azione penale che prevede, fra le altre, la possibilità per il Pubblico Ministero di avanzare una richiesta di emissione di decreto di giudizio immediato ai sensi dell'art. 453 comma 1 *bis* c.p.p., il cosiddetto «immediato cautelare», impone ancor più al Pubblico Ministero di adottare massimo rigore nella redazione dell'addebito cautelare versato nella richiesta di misura cautelare personale, tenuto conto che per l'ipotesi in cui questa venga effettivamente accolta, sarà proprio tale addebito a costituire il perimetro sostanzialmente definitivo dell'imputazione, ossia del fatto reato descritto nell'atto di esercizio dell'azione penale, appunto la richiesta di emissione di un giudizio immediato *ex art. 453 comma 1 bis c.p.p.*

In sintesi, nessuna norma, fatta eccezione per quella sopra citata relativa alla formulazione di un addebito cautelare, offre al Pubblico Ministero nel corso delle indagini preliminari indici specifici cui ancorare la redazione dell'addebito seppur provvisorio.

L'avviso di conclusione indagini per la prima volta fissa il criterio della sommaria enunciazione del fatto storico come parametro di descrizione del comportamento asseritamente illecito, nonché la necessaria correlazione con la norma che si assume essere violata, completata dall'indicazione della data e del luogo di consumazione della condotta. È il primo passaggio verso una tendenziale cristallizzazione dell'imputazione sino alla norma, l'unica, che invece offre un criterio di indirizzo nella tecnica redazionale dell'imputazione, ossia l'art. 417 c.p.p., a mente della quale il Pubblico Ministero, a pena di nullità dell'atto - quello con cui esercita l'azione penale nella forma della richiesta di rinvio a giudizio - è tenuto a redigere l'imputazione con "...*enunciazione in forma chiara e precisa del fatto, delle circostanze aggravanti, di quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza, con indicazione dei relativi articoli di legge*".

Si tratta della norma che consente di offrire al Pubblico Ministero un criterio per meglio definire e perimetrare l'oggetto del giudizio, una disposizione che vale in concreto a fissare le modalità di esercizio dell'azione penale, con forme idonee ad escludere che l'atto possa incorrere in future censure che possono risolversi in vizi patologici, con inevitabili conseguenze procedurali²⁰.

¹⁹ V. Cass. Sez. 3, 15 maggio 2014, n. 23978 (dep. 09/06/2014): "In tema di misure cautelari, il requisito della 'descrizione sommaria del fatto con l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate', previsto a pena di nullità dall'art. 293, comma secondo, lett. b), cod. pen., può essere soddisfatto con una enunciazione dell'accusa anche riassuntiva, ma che deve presentare un minimo di specificità quanto alle concrete modalità di realizzazione della condotta, così da porre l'interessato in condizione di difendersi". (Fattispecie in cui è stato ritenuto corretto l'annullamento dell'ordinanza custodiale riguardante il traffico di un quantitativo imprecisato di sostanze stupefacenti del tipo eroina e cocaina mediante plurime condotte collocate genericamente in un ampio arco temporale).

²⁰ Si rappresenta in via di sintesi che l'art. 417 comma 1 lett. b) c.p.p. nel fissare il criterio di redazione dell'imputazione con riferimento alla richiesta di rinvio a giudizio costituisce un parametro cui fanno rinvio anche le altre modalità di esercizio dell'azione penale, quali la citazione diretta a giudizio (vds. art. 552 co. 1 lett. c) c.p.p.), la richiesta di emissione del decreto di giudizio immediato (artt. 453, 456, in relazione all'art. 429 c.p.p.), la richiesta di rito direttissimo (art. 450 co. 3 c.p.p. con rinvio sempre all'art. 429 c.p.p.), nonché la richiesta di emissione di decreto penale di condanna (artt. 459 e ss. c.p.p.).

7. «Suggerimenti» tecnici di redazione dell'imputazione

Traendo spunto dagli indici offerti dal sistema normativo di cui si è detto nel paragrafo precedente, è possibile individuare una serie di criteri guida cui conformare l'attività del Pubblico Ministero di fronte alla redazione dell'imputazione.

Se è vero che l'obiettivo dell'imputazione è quello di fotografare il fatto storico ricostruito attraverso gli elementi di prova acquisiti nel corso delle indagini, catalogandolo in relazione a una fattispecie astratta di reato, possono innanzitutto individuarsi quali criteri orientativi della redazione dell'imputazione le seguenti direttrici: 1) il rispetto del tenore letterale della fattispecie astratta di reato individuata come violata nel caso concreto; 2) l'aderenza al fatto storico ricostruito attraverso le indagini; 3) l'esposizione in forma chiara e precisa dell'addebito.

Da tali criteri discendono anche una serie di suggerimenti metodologici che concorrono ad indirizzare l'attività di redazione dell'imputazione, rendendola completa e rispettosa delle finalità ad essa assegnate dall'ordinamento processuale vigente.

Il Pubblico Ministero, e pertanto il VPO delegato, di fronte al materiale raccolto all'esito delle indagini dovrebbe procedere alla formalizzazione dell'addebito muovendo secondo il seguente ipotetico percorso.

In primo luogo, rileva procedere alla corretta individuazione della fattispecie astratta di reato che, come noto, normalmente sarà quella che è stata ipotizzata sin dalla prima iscrizione nel registro delle notizie di reato o quella eventualmente successivamente modificata e/o integrata in tale registro. La fattispecie deve essere fatta oggetto di una attenta analisi volta ad individuarne sia la natura giuridica, che a selezionarne gli elementi costitutivi. Sotto il primo profilo vi possono infatti essere riflessi importanti sulla corretta redazione dell'imputazione, perché per i reati propri, a differenza delle fattispecie comuni, si dovrà tenere conto della esplicitazione della qualità o della qualifica dell'autore dell'ipotizzato reato. Sotto il secondo profilo, invece, quello attinente agli elementi costitutivi della fattispecie, in quanto da tale analisi potranno discendere effetti in ordine alla individuazione della condotta, dell'evento, del nesso causale, oltre che delle eventuali circostanze aggravanti, o ancora sotto il profilo della colpevolezza, delle forme del dolo e della natura della colpa.

In secondo luogo, altrettanto essenziale è che nella redazione dell'imputazione il Pubblico Ministero indichi in forma completa le norme violate, onde evitare la necessità di ricorrere ad "aggiustamenti" in corso di procedimento che, seppur consentiti sia nella fase dell'udienza preliminare che, per ciò che più rileva per le funzioni svolte dai VPO, in corso di dibattimento, possono determinare una serie di effetti capaci di impattare in termini pregiudizievole sul normale andamento del procedimento, allungandone i tempi di definizione.

In terzo luogo, una volta individuata e analizzata in modo completo la fattispecie tipica nei termini appena esposti, la redazione dell'imputazione si dovrà alimentare della fase di "traduzione" del fatto storico ricostruito attraverso gli elementi di prova, nella fattispecie astratta, secondo un'operazione di vera e propria parafrasi della norma. Il tutto, cercando di assicurare una descrizione sintetica del fatto, scevra da qualsiasi riferimento a elementi connotati da valenza probatoria, in sostanza in modo da assicurare che l'addebito descriva solo il *thema decidendum* senza sfociare nel *thema probandum*, e senza dimenticare la corretta indicazione della data di consumazione dell'ipotizzato reato oggetto di contestazione e il luogo della consumazione medesima, da cui discendono effetti sulla procedibilità dell'azione e sulla competenza a decidere.

Ma vi è di più. Una volta fissati i predetti criteri generali e le direttrici metodologiche cui ispirare l'attività di redazione dell'imputazione, possono aggiungersi suggerimenti metodologici tratti dalla prassi giudiziaria, in ragione della diversa tipologia di fattispecie e della natura giuridica delle stesse.

A titolo meramente esemplificativo, e senza pretesa di completezza, si può osservare come: 1) per i "reati a condotta libera", sarà necessario specificare sempre la descrizione del comportamento che si assume essere rilevante ai fini della consumazione del reato, e ciò a prescindere dal fatto che la condotta si traduca o meno in un evento giuridicamente apprezzabile; 2) per le ipotesi di "concorso di reati", appare preferibile redigere tante imputazioni quanti sono i reati in astratto ipotizzati, evitando la redazione di un capo di imputazione unico, che dovrà viceversa essere riservato soltanto alle ipotesi o di concorso formale o di più condotte violative della medesima fattispecie criminosa (ad esempio così spesso accade per le violazioni del Testo Unico sugli stupefacenti); 3) nelle fattispecie "a concorso di persone necessario e/o

eventuale”, si dovrà avere cura di cercare di distinguere le qualità, i ruoli e i compiti riferibili distintamente ad ogni concorrente nel reato, per evitare una generica attribuzione di condotte materiali non sempre idonea a fotografare l’azione del singolo in riferimento al fatto storico ricostruito attraverso prove; 4) nel “reato abituale o permanente”, appare preferibile individuare la data ultima di reiterazione della condotta; 5) nei “reati colposi”, deve essere curata con particolare attenzione la distinzione dei profili di colpa che, sia nel caso di colpa generica che di colpa specifica, debbono essere oggetto di puntuale descrizione il comportamento che si assume violativo della regola cautelare, nella prospettiva di consentire poi – nel processo - di dimostrare la rilevanza della condotta antigiuridica, e la sua capacità di produrre l’effetto di concretizzazione del rischio rispetto all’evento giuridico oggetto di addebito; 6) nei reati “specialistici”, ad esempio le violazioni in materia di diritto del lavoro, di diritto societario, tributario, ambientale, appare essenziale curare con dovizia di particolari la descrizione del fatto storico, tanto più se si tratta di fattispecie contravvenzionali; 7) in “reati a dolo specifico”, si dovrà avere cura di utilizzare locuzioni che esplicitino la finalità dell’azione (ad esempio, nei reati contro il patrimonio, il fine di profitto) e più in generale curare la descrizione del fatto storico che costituisce poi, in sede di giudizio, la base da cui il Giudice potrà inferire argomenti logico-giuridici sulla sussistenza del dolo; 8) nel reato “circostanziato”, si dovrà avere cura di specificare in fatto le singole aggravanti, ponendo attenzione a una puntuale contestazione anche della recidiva da cui discendono importanti effetti nel trattamento sanzionatorio.

Una volta poi completata la redazione dell’imputazione, è auspicabile che il Pubblico Ministero, e il VPO delegato a tale compito, procedano, prima di licenziare l’atto, ad un’attenta verifica di controllo in ordine alla completezza del provvedimento. Rileggere quanto si è scritto può sembrare un suggerimento scontato, ma in realtà rappresenta un’occasione per evitare di incorrere in errori, ed improprietà, talvolta anche grossolani.

La verifica dovrà avere ad oggetto innanzitutto la complessità lessicale dell’atto. In secondo luogo, essa dovrà mirare a verificare la tenuta logico-giuridica dell’addebito formulato nel suo complesso. In terzo luogo, dovrà mirare a verificare che l’atto di imputazione sia capace di definire con precisione il *thema decidendum*.

Superati questi tre livelli di controllo, appare ancora utile un ulteriore passaggio. Il magistrato inquirente dovrà verificare la capacità degli elementi probatori acquisiti, e delle fonti di prova da cui tali elementi discendono, a costituire base probatoria adeguata per dimostrare in sede di giudizio quanto oggetto di accusa. Insomma, si tratta di stabilire se quell’atto, anche laddove tecnicamente redatto in modo ineccepibile, possa veramente costituire il perimetro completo per il futuro giudizio dibattimentale, rispetto al quale le prove che verranno introdotte dalla pubblica accusa siano in grado di condurre a una ragionevole prognosi di condanna dell’imputato.

Un esercizio, quest’ultimo, che ancora una volta riporta il Pubblico Ministero in una logica di tipo “giurisdizionale”, facendo della corretta redazione dell’imputazione lo strumento di discriminare per selezionare fra i fatti storici ricostruiti soltanto quelli meritevoli di un processo necessario e giusto.

Insomma, fare di una buona tecnica di esercizio dell’azione penale, capace di tradursi in una corretta formulazione dell’imputazione, una condizione essenziale affinché quest’ultima assolvà alle funzioni assegnatele dal vigente ordinamento, ossia: di delimitare l’oggetto dell’accusa e i poteri Giudice (principio della domande e correlazione fra accusa e decisione, *ex art. 521 c.p.p.*); di informazione per il soggetto passivo della decisione o dell’atto per consentirgli un’adeguata difesa (principio del contraddittorio, *ex art. 111 Cost.*); di impedire l’adozione di una nuova decisione o di un nuovo atto sullo stesso tema (*ne bis in idem, ex art. 649 c.p.p.*).

LA VALUTAZIONE DEI FATTI AI FINI DELL'ARCHIVIAZIONE OVVERO DELL'ESERCIZIO DELL'AZIONE PENALE: POTERI E RESPONSABILITÀ DEL PUBBLICO MINISTERO (di Siro De Flammineis)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La notizia di reato, l'iscrizione dell'indagato – 3. La procedibilità a querela. – 4. I criteri di definizione delle indagini preliminari. – 4.1. La particolare tenuità del fatto. - 4.2. La ragionevole previsione di condanna. – 4.3. I criteri di priorità. – 5. Conclusioni

1. Premessa

Per una completa analisi di tutti gli aspetti che devono essere oggetto di valutazione da parte del pubblico ministero ai fini della scelta relativa all'esercizio dell'azione penale piuttosto che dell'archiviazione di un procedimento, alla luce dei diversi interventi di modifica operati dalla c.d. riforma Cartabia (D.lgs. n. 150 del 10 ottobre 2022), occorre tracciare un filo rosso che parte dal momento della costruzione e dell'arrivo della notizia di reato negli uffici di procura, attraversa le indagini preliminari e giunge fino al momento delle considerazioni finali. In altri termini, per cogliere appieno ed in modo adeguato lo spirito della riforma si deve procedere ad un'analisi non frammentaria ed isolata dei singoli interventi normativi nel settore delle indagini preliminari ma cercare di estrarre da essi il senso di fondo che effettivamente lega ogni tassello. La lettura congiunta di tutti gli aspetti della novella lumeggia l'analisi e ne garantisce il valore ermeneutico.

Questo approfondimento, avendo ad oggetto la fase delle indagini preliminari, interessa principalmente il pubblico ministero, anche onorario, che è chiamato al coordinamento di tale fase ed a prendere una posizione circa l'esercizio o meno dell'azione penale. Non tutti gli uffici di Procura prevedono nella propria organizzazione (*id est* nel documento organizzativo) l'affidamento ad un gruppo di viceprocuratori onorari della gestione e definizione delle indagini relative a singoli procedimenti penali; negli uffici di medie e grandi dimensioni ciò accade al fine di affidare al gruppo così costituito la cura di vicende relative ad alcune categorie di reati, quelle di competenza del Giudice di pace e non solo²¹. Dunque, in tali casi i viceprocuratori onorari sono chiamati alla conduzione delle indagini e ad effettuare ogni valutazione necessaria sul quadro probatorio che matura al termine di esse, oggi anche alla luce delle innovazioni introdotte dalla riforma.

In verità, l'analisi che si propone appare interessare anche la fase della gestione e partecipazione alle udienze e, dunque, potersi rivolgere anche al pubblico ministero ed al viceprocuratore onorario che curano tale fase. Effettivamente, come meglio si potrà descrivere in seguito, le valutazioni che il pubblico ministero effettua nel corso delle indagini sin dal momento dell'arrivo della notizia di reato (o comunque di fatti che richiedono una valutazione in termini di fattispecie di reato o meno) e fino alla conclusione delle stesse, si riverberano sulla fase prettamente processuale posto che l'esito delle indagini costituisce il *thema* del processo. Ed allora, le scelte operate dal p.m. per la definizione del procedimento indirizzano inevitabilmente le considerazioni dell'organo di accusa che interviene nel processo, non soltanto, per certo, quanto alla valutazione positiva dell'apparato probatorio raggiunto effettuata ai fini di una prognosi favorevole di condanna ma anche, per esempio, in ordine alle scelte adottate sul momento di iscrizione della notizia di reato, del nominativo degli indagati, sull'esito delle perquisizioni effettuate ed in generale su tutte le decisioni prese nel corso delle investigazioni.

2. La notizia di reato, l'iscrizione dell'indagato

Ebbene, il "nuovo" ruolo disegnato per il p.m. dal D.lgs. n. 150 del 2022 si definisce sin dal momento della formazione della notizia di reato, del suo arrivo presso gli uffici di Procura e, dunque, della sua

²¹ Solitamente si tratta dei reati in materia di guida in stato di ebbrezza ed in generale dei reati che solitamente si definiscono mediante decreto penale di condanna.

iscrizione.

Così, per vero, già la Polizia giudiziaria nella raccolta della notizia di reato deve tener conto del nuovo dettato dell'art. 335 c.p.p., secondo cui la notizia deve consistere in una rappresentazione di un fatto determinato e non inverosimile; non potrà più essere sufficiente dunque, al fine di integrare una notizia di reato suscettibile di essere iscritta in un procedimento penale a carico di ignoti o di persone note, la raccolta di un insieme di argomenti logici o logico-tecnici privi di un supporto oggettivo fattuale (anche in previsione del criterio di giudizio finale per cui la ragionevolezza esclude la rilevanza di mere congetture o ipotesi).

La precisione e determinatezza dei fatti suscettibili di iscrizione, che quindi devono essere delimitati nello spazio e nel tempo (vds. anche artt. 332 e 347 c.p.p.) dovrebbe allora indurre il p.m. ad evitare iscrizioni di mera garanzia, ovvero, ad esempio, iscrizioni di lamentele sull'esito di giudizi e altri procedimenti prive di qualsivoglia riscontro o appiglio nella realtà²².

La precisa definizione della notizia di reato contenuti nell'art. 335, co.1, c.p.p. ed i richiami all'esigenza di un fatto, ai requisiti di determinatezza e non inverosimiglianza ed il riferimento ad una fattispecie incriminatrice, evidenzia un chiaro aggancio normativo al principio costituzionale di legalità (con i corollari di determinatezza, precisione e tassatività) che, quindi, non si riferisce esclusivamente alla parte sostanziale del diritto penale ma entra pienamente all'interno del procedimento per rimarcare le esigenze di garanzia che devono essere protette anche dalle norme processuali. Tali esigenze vengono salvaguardate, infatti, se sin dall'origine il procedimento ha ad oggetto fatti verificabili empiricamente, poiché agganciati a fattispecie che potrebbero poi sfociare nei capi d'imputazione²³.

La qualità della notizia di reato diventa un tassello fondamentale nella trama del procedimento penale nell'ottica dell'efficienza e della selezione dei fatti penalmente rilevanti, per i quali è giusto e corretto il dispendio delle risorse investigative ed economiche. A tal fine diventa importante che la Polizia giudiziaria sia adeguatamente indirizzata in modo che la stessa, salvi i casi di particolare urgenza ed emergenza, sia portata a formare una notizia di reato il più completa ed esaustiva possibile, valorizzando così il criterio temporale previsto dal codice di rito per cui la stessa va trasmessa "senza ritardo" in Procura (art. 347 c.p.p.), ovvero nei tempi che possono consentire di completarne al meglio la formazione, senza inutili dilazioni ma anche senza un termine certo e predeterminato. Tali considerazioni appaiono a maggior ragione oggi valide attesa la nuova disciplina sui tempi dell'indagine e sui relativi controlli: il deposito di una notizia di reato sufficientemente completa nelle acquisizioni probatorie può rimediare allo spreco relativo ai tempi morti che intercorrono tra lo stesso deposito e l'iscrizione del fascicolo (che possono essere anche di diversi giorni specie negli uffici di maggiori dimensioni)²⁴ se il p.m., una volta assunto il coordinamento investigativo, non è chiamato a richiedere atti d'indagine per completare ulteriormente il quadro probatorio che poteva già essere integrato dall'origine.

Ed ancora, la nuova norma ribadisce il *potere* tecnico-valutativo del p.m. di selezionare i fatti determinati e non inverosimili che meritano di essere iscritti nell'ambito di un procedimento penale rimettendo, invece, alle iscrizioni nell'alveo dei procedimenti amministrativi (cc.dd. modelli 45 o K) i fatti che ancora non hanno quelle caratteristiche di consistenza. Tale norma dunque dando un potere *ex lege* al p.m. di verifica preliminare dei fatti che giungono in Procura automaticamente gli riversa una *responsabilità* di scelta, che influirà poi su tutto l'andamento delle indagini e soprattutto su tempi di esse, posto che, valutato il fatto come determinato e non inverosimile e, dunque, iscritta la notizia, verrà aperto un procedimento penale con tutte le sue conseguenze.

Medesime considerazioni devono farsi con riferimento al secondo tassello di questo percorso argomentativo: l'iscrizione del nome di una o più persone nel registro degli indagati. Anche in questo

²² Sul tema dell'iscrizione delle notizie di reato e dei nominativi degli indagati, che rappresenta un'attività di discrezionalità tecnica del p.m., si veda, in giurisprudenza, Cass. Pen., SS.UU., sent. n. 40538 del 24 settembre 2009, Rv. 244378.

²³ Sull'argomento, di recente, C. CONTI, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 142 ss.; D. CURTOTTI, *L'iscrizione della notizia di reato e il controllo del giudice*, in *AA.VV., La riforma Cartabia*, a cura di G. SPANGHER, Pisa, 2022, 35 ss.; A. Marandola, *Notizia di reato, tempi delle indagini e stadi procedurali nella (prossima) riforma del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 1570 ss. Inoltre, sull'argomento, R. APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli, 2010; A. ZAPPULLA, *La formazione della notizia di reato. Condizioni, poteri, effetti*, Torino, 2012.

²⁴ Anche in questo caso la locuzione "immediatamente" prevista dall'art. 335 c.p. non contiene dei riferimenti temporali certi.

settore la riforma ha innovato prevedendo all'art. 335, co. 1 *bis*, c.p.p. la necessità che vi siano indizi a carico di tale persona; tali vanno intesi, per giurisprudenza costante, quali tracce indicative di un percorso logico-argomentativo suscettibile di diversi scenari che non possono essere qualificate in termini di certezza rispetto al fatto da provare, ma che si distinguono dai sospetti e dalle mere ipotesi sganciate da elementi fattuali ed insuscettibili di verifica empirica²⁵. La riforma ha dunque inteso precisare l'ambito giuridico entro il quale procedere con l'iscrizione di una persona nel registro degli indagati, in modo da scongiurare anche in questo caso iscrizioni di garanzia in presenza di meri sospetti e congetture a carico di alcuno. Benché il p.m. dovrà comunque valutare caso per caso la presenza di tracce indiziarie a carico di qualcuno, in ogni caso con la norma indicata anche in questo caso si è attribuito alla Procura un esplicito potere di vaglio, di scelta, di selezione dei casi in cui riferire un fatto ad un soggetto durante le indagini preliminari. Un maggior potere cui, come già detto con riferimento alla notizia di reato, corrisponde una maggiore responsabilità, quella di ponderare le iscrizioni prendendosi anche il giusto tempo a ciò necessario.

In effetti, la scelta del momento in cui iscrivere il nome di una persona nell'apposito registro risulta complesso nei casi investigativi più intricati, quali quelli usualmente in tema di responsabilità sanitaria²⁶, ovvero in materia di stupefacenti ovvero in tutti i casi vi siano attività investigative che richiedono l'utilizzo di più mezzi di ricerca della prova, anche di tipo tecnico, come le intercettazioni. In tutti questi casi dal legislatore proviene una chiara richiesta alla Procura di ponderazione nelle scelte di iscrizione, di utilizzo di un giusto spazio valutativo che consenta di enucleare tracce indiziarie.

Contemporaneamente però, sempre nel solco della responsabilità sopra descritta, la previsione normativa in esame, letta unitamente alla nuova procedura di controllo delle iscrizioni in cui è previsto l'intervento del Giudice per le indagini preliminari (il nuovo art. 335 *quater* c.p.p.), comporta che in presenza di chiari indizi di colpevolezza il p.m. non può optare per una iscrizione procrastinata nel tempo delle persone indiziate, ad esempio al momento in cui la Polizia giudiziaria conclude le indagini con informative riepilogative, ma deve agganciare tali iscrizioni al momento esatto della presenza, emersione e rappresentazione da parte della stessa P.g. degli elementi indiziari a carico del soggetto individuato (eventualmente anche attraverso iscrizioni retroattive). Pertanto, accanto ad un onere di ponderazione la novella individua anche un onere di tempestività, a garanzia del corretto rispetto dei termini delle indagini e, dunque, a tutela del cittadino indagato. Come detto, però, nei casi concreti tale onere di tempestività confligge con la conduzione di indagini complesse, che coinvolgono numerosi indagati, con attività tecniche in corso e dove, cioè, la tempestività della risposta investigativa, necessaria per le acquisizioni probatorie rispetto ai reati per cui si procede potrebbe confliggere con l'opposta esigenza di adeguata ponderazione nella scelta dell'iscrizione del nominativo della persona. A questo proposito, in ogni caso, il potere di iscrizione retroattiva potrebbe essere in grado di scongiurare eventuali discrasie temporali nell'iscrizione, suscettibili di essere fatte valere in giudizio da parte dell'indagato.

Una volta avviate le indagini con l'iscrizione della notizia di reato ed eventualmente del nominativo di un soggetto, si possono segnalare gli ulteriori tasselli di questa trattazione sinottica.

3. La procedibilità a querela

In effetti, un ulteriore elemento di analisi che arricchisce la riflessione circa il nuovo spazio di responsabilità del p.m. nella conduzione delle indagini riguarda la trasformazione della procedibilità di diverse fattispecie di reato da quella di ufficio alla necessità della querela del privato. Senza incedere sui diversi profili di critica che sono stati mossi in sede di commento sulle scelte operate dal legislatore delle

²⁵ In giurisprudenza in tal senso si vedano, tra le altre, Cass. sez. 2, sent. n. 14704 del 22/04/2020, Rv. 279408; secondo Cass., sez. 5, sent. n. 5209 del 11/12/2020, Rv. 280408 gli "indizi", suscettibili di valutazione ai sensi dell'art. 192, comma 2, cod. proc. pen., "sono elementi di fatto noti dai quali desumere, in via inferenziale, il fatto ignoto da provare sulla base di regole scientifiche ovvero di massime di esperienza".

²⁶ Sul punto si veda P. PIRAS, La riforma Cartabia per prevenire la "sindrome clinico-giudiziaria". A proposito d'indizi e d'iscrizione nel registro degli indagati, in Sist. Pen., 8 febbraio 2023.

fattispecie di reato oggetto di modifica²⁷, senz'altro il segnale inviato è stato chiaro. Con questo cambiamento, infatti, si è voluta valorizzare una doppia responsabilizzazione, da un lato quella del p.m. e dall'altro quella del privato.

Quanto al primo aspetto pare delinearsi un richiamo di attenzione nei confronti degli uffici di Procura che si indirizza verso un duplice fronte: per un verso appare richiamarsi l'attenzione del p.m. sull'importanza di stimolare, acquisendo le relative dichiarazioni, i privati a proporre la necessaria querela quanto meno per i fatti più gravi e delicati. Laddove cioè il disvalore del fatto pare non limitarsi all'esclusiva lesione di un interesse privatistico ma riguardare interessi di più ampia portata: si pensi alle ipotesi di sequestro di persona o ancora ai casi di violazione di domicilio, dove la violenza sulle cose riguarda edifici condominiali o comunque beni di proprietà comune a più persone. Per altro verso, la novella sensibilizza il p.m. a porre le adeguate attenzioni nel corso del procedimento penale qualora un privato abbia con la querela manifestato il proprio interesse al perseguimento del fatto. Tale sensibilità può esprimersi, ad esempio, al momento della scelta di definizione del procedimento con un accordo sull'applicazione della pena con l'indagato ex art. 444 c.p.p. In tale contesto pertanto diventa centrale valutare (o richiedere che vengano adottate) le condotte riparatorie poste in essere dall'indagato nei confronti della parte offesa querelante e l'eventuale soddisfazione o meno di quest'ultima.

Preme tuttavia evidenziare sotto quest'ultimo profilo che l'esclusione, tra gli elementi che trasformano la procedibilità di alcuni reati da quella mediante querela a quella d'ufficio, dell'aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità di cui all'art. 61 n.7 c.p. (come invece in senso diametralmente opposto era prima previsto nell'art. 649**bis** c.p. dopo la modifica recentissima del 2019), provoca alcune perplessità in ordine al possibile soddisfacimento delle pretese privatistiche in presenza, per l'appunto, di danni patrimoniali rilevanti. In altri termini, potrebbe rivelarsi particolarmente difficile richiedere ed ottenere dall'indagato riparazioni idonee a soddisfare le richieste della parte querelante qualora il danno patrimoniale provocato sia rilevante.

Venendo al secondo profilo di responsabilizzazione sopra indicato, quello rivolto al privato, la novella senza dubbio induce la parte privata querelante a curare più fattivamente l'interesse manifestato con l'atto di procedibilità per tutto il corso delle indagini preliminari. Questo aspetto, che meglio si potrà approfondire al momento dell'analisi sui criteri di scelta rimessi al p.m. per la definizione del procedimento penale, pare davvero assumere oggi un rilievo centrale.

In effetti, aldilà dell'aumento degli oneri a carico del querelante strettamente legati alla sua presenza nel procedimento, quali quelli relativi all'elezione del domicilio ovvero all'aumento delle ipotesi di remissione tacita della querela, la novella relativa alla procedibilità di diversi reati deve essere letta congiuntamente al nuovo criterio di definizione previsto dall'art. 408 c.p.p., che si incentra nella formula "ragionevole previsione di condanna". Si può quindi sin da subito dire che tale valutazione di ragionevolezza che deve operare il p.m. matura anche grazie al supporto che il soggetto portatore di un interesse privato oggi è tenuto a portare al quadro probatorio in fase d'indagine. Traendo un senso comune dalla lettura congiunta delle previsioni normative richiamate, infatti, si impone di ritenere oggi l'esistenza di un maggiore potere/dovere del privato querelante di partecipazione attiva al procedimento penale, per scongiurare per quanto possibile l'indebolimento del quadro probatorio e quindi la gemmazione di elementi di dubbio tali da far sfiorire eventuali giudizi positivi sulla ragionevolezza della prognosi di condanna. Come meglio si dirà a breve, non può che corrispondere ad una forte discrezionalità tecnica del p.m. nel giudizio prognostico che esclude, allo stato degli atti, profili di dubbio circa una prognosi di condanna fondata sulle evidenze raccolte, un preciso onere per il querelante che ha dato avvio al procedimento di disinnescare con propri apporti probatori l'emergere di tali profili di incertezza o, meglio, di irragionevolezza.

Quanto detto, peraltro, fa anche il pari con un corrispondente maggior potere da parte dell'indagato di innescare, alimentare dubbi sulla consistenza del quadro probatorio raccolto o in fase di raccolta nel corso delle indagini. Si pensi alle ipotesi di vicende investigative che involgono fatti di natura tecnica e che, quindi, spesso richiedono l'ausilio di esperti professionisti della singola materia. Ebbene, in queste

²⁷ Si veda G.L. GATTA, L'estensione del regime di procedibilità a querela nella riforma Cartabia e la disciplina transitoria dopo la l.n. 199/2022, in *Sist. Pen.*, 2 gennaio 2023; G. DODARO, Le modifiche alla disciplina della querela, in *Dir. pen. proc.*, 1/2023, p. 63 s.; sul tema anche F. PALAZZO, Querela e strategie deflative, in *Giust. it.*, 2021, 984.

ipotesi, ad esempio, pare essere accresciuto l'onere per la parte offesa e per l'indagato di partecipare attivamente all'accertamento tecnico previsto, con propri apporti di parte, in modo da arricchire l'ambito valutativo dell'esperto chiamato ad intervenire, il quale possa, quindi, determinarsi in maniera più chiara possibile esprimendosi in termini di esito dubitativo dell'analisi ovvero di esito certo o pressoché certo.

Più in generale, e venendo conseguentemente al passaggio successivo del ragionamento condotto fin qui, a seguito della riforma, oggi parte offesa ed indagato sono maggiormente chiamati rispettivamente a districare ovvero a provocare eventuali profili di contraddittorietà tra gli elementi di prova raccolti nelle indagini, quali ad esempio, tra tutti, le dichiarazioni tra i testi ovvero le considerazioni tecniche di esperti.

In questa ottica, allora, anche le modifiche intervenute con la riforma Cartabia sulla disciplina delle indagini difensive paiono uniformarsi al significato da attribuire all'intero impianto di novella: tale attività difensiva pare assumere oggi un ruolo maggiormente determinante nella prospettiva di sciogliere il maggior numero di nodi probatori ed interpretativi possibili sin dalla fase delle indagini, aiutando il p.m. a considerare ogni possibile alternativa al giudizio, per evitare inutili e dannosi dibattimenti.

4. I criteri di definizione delle indagini preliminari

4.1 La particolare tenuità del fatto

Oltre ai binari finora tracciati circa l'effetto di responsabilizzazione generato dalla riforma per il ruolo di tutte le parti processuali, l'immaginario filo rosso che si intende tracciare si compone in chiusura con gli ultimi tasselli del ragionamento, quelli relativi ai criteri di scelta per la definizione del procedimento penale, che possono dividersi in interni o esterni a seconda che si riferiscano a strumenti tecnici di tipo strettamente processuale ovvero a fattori estrinseci alle regole processuali²⁸.

I criteri interni al giudizio sono individuabili principalmente nell'istituto della particolare tenuità del fatto, disciplinato dall'art. 131 *bis* c.p., oggi novellato dalla riforma, e nella formula della ragionevole previsione di condanna di cui all'art. 408 c.p.p., come oggi modificato. Si tratta per entrambi di criteri interni perché afferiscono propriamente alle valutazioni del merito della vicenda procedimentale, ovvero si attagliano all'insieme di fatti ed elementi emersi nel corso delle indagini che compongono l'apparato probatorio che il p.m. deve infine giudicare per determinarsi.

Con riguardo al criterio della tenuità la novella ha sensibilmente esteso la portata della norma, prevedendo una soglia di applicabilità che non riguarda più il massimo edittale ma il minimo edittale delle fattispecie di reato, individuato nella pena detentiva non superiore nel minimo a due anni²⁹. La norma poi oggi contiene ai commi 2 e 3 delle previsioni *ex lege* di esclusione dell'applicabilità che riguardano, nella prima disposizione, casi di modalità dell'azione particolarmente offensivi, e la seconda un elenco tassativo di reati ostativi³⁰.

Ciò che più preme sottolineare in questa sede ai fini del discorso fin qui avanzato, riguarda però un'importante modifica contenuta nel primo comma dell'art. 131 *bis* c.p., in grado di incidere profondamente sui ragionamenti circa la stessa qualificazione giuridica dell'istituto.

In effetti, fino ad oggi il contesto applicativo della norma ha scarsamente considerato l'evidente discrasia esistente tra il riferimento alla particolare tenuità del "*fatto*" contenuto nella rubrica e la particolare tenuità dell'"*offesa*" indicata nel contenuto del primo comma della norma in questione. Guardando principalmente a quest'ultimo riferimento, infatti, il richiamo all'istituto nelle motivazioni dei provvedimenti giurisdizionali ha finora per lo più invocato la dimensione offensiva della vicenda, evidenziandone appunto la scarsa offensività ed il basso disvalore. L'attenzione prevalente sul tipo di

²⁸ In tal senso vds. F. DI VIZIO, L'obbligatorietà dell'azione penale efficiente ai tempi del P.N.R.R. la procura tra prospettive organizzative, temi istituzionali e scelte comportamentali, in www.questionegiustizia.it, 13/10/2021.

²⁹ Che potrebbe consentire l'applicazione dell'istituto a fattispecie di delitti tentati che hanno una pena minima fino ai sei anni, sul punto Cass., sez. 5, sent. n. 17348 del 19/4/2019, rv. 276629.

³⁰ Su quest'ultima previsione e sulle osservazioni critiche mosse dalla dottrina (si pensi al caso dell'esclusione nell'elenco tassativo dei reati ostativi dell'autoriciclaggio), D. BRUNELLI, *Le modifiche alla non punibilità per tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2023, 54 e ss. Inoltre, non è stato inserito nell'elenco dei reati ostativi l'art. 640bis c.p. che, unitamente alle fattispecie di cui agli artt. 316bis e 316ter c.p. costituiscono l'apparato difensivo e sanzionatorio che maggiormente dovrebbe essere messo in campo nei casi di acquisizione e gestione illecita dei fondi P.N.R.R.

offesa generata dalla fattispecie ha portato correttamente a considerare la norma come contraltare del principio costituzionale di offensività e sussidiarietà, concentrando l'analisi svolta attraverso la lente dell'art. 131 *bis* c.p. sul carattere sostanziale del fatto. Dunque, guardando la natura sostanziale della norma (vista anche la sua collocazione all'interno del codice penale e non del codice di rito) si è inteso qualificare l'istituto come causa di non punibilità derivante dalla scarsa offensività della fattispecie consumata (o tentata)³¹: la soglia di analisi della vicenda si arresta così al momento della produzione del disvalore (sia per i reati consumati che per quelli tentati), senza considerare eventualmente qualsivoglia elemento emerso dopo la realizzazione dell'offesa.

Ebbene, come si diceva, la novella ha introdotto nel comma primo dell'art. 131 *bis* c.p. il riferimento alla considerazione “*della condotta susseguente al reato*”, indicando al valutatore di porre la propria attenzione non solo a tutto ciò che è accaduto prima dell'offesa e con l'offesa del bene giuridico ma anche ad ogni fattore emerso dopo l'offesa³². Invero, nella relazione illustrativa al decreto legislativo che ha introdotto la riforma si afferma che la condotta susseguente al reato, richiamata nella novella dell'art. 131 *bis* c.p., “non viene in considerazione come indice della capacità a delinquere dell'agente, bensì, secondo l'intenzione della legge delega, quale criterio che, nell'ambito di una valutazione complessiva, può incidere sulla misurazione del grado dell'offesa al bene giuridico tutelato, concorrendo a delineare un'offesa di particolare tenuità”³³. Nelle intenzioni del legislatore, dunque, sembrerebbe comunque che il riferimento ai comportamenti successivi al reato vengano agganciati all'offesa ovvero ad una valutazione sostanziale sul grado di offensività del fatto. Tuttavia, a ben vedere e calando in concreto gli effetti e le conseguenze di tale riforma dovrebbero farsi delle considerazioni interpretative ulteriori. Sì perché quando si allarga lo spettro valutativo per l'interprete del singolo caso giuridico anche a fattori esterni rispetto alla consumazione del reato ed a ciò che attiene l'offesa in sé del bene giuridico per come già realizzata, si inseriscono parametri più propriamente di tipo procedimentale. Dunque, delle due l'una: o si estende la portata dell'offensività anche ad elementi esterni all'offesa processualizzando tale principio ovvero si ritiene che nella valutazione richiesta *ex art.* 131 *bis* c.p.p. il riferimento ad elementi estrinseci all'offesa in senso stretto hanno a che vedere con il fatto inteso in senso ampio, in cui si inseriscono parametri tipicamente attinenti alle scelte sul bisogno punitivo, cioè sulla pena, alla stregua di quanto ad esempio avviene nell'ambito dell'art. 62, n.6, c.p.³⁴

In altri termini, sembra che la novella conduca ad inclinare il pendolo dell'accertamento sul fatto in senso ampio anziché su quello dell'offesa consumata (o tentata), mettendo in risalto tale aspetto per come sin dall'origine inserito nella rubrica della norma. Un fatto, cioè, che ha a che fare non solo con i momenti antecedenti e coevi alla realizzazione dell'aggressione al bene giuridico ma anche alle eventuali condotte susseguenti ad essa poste in essere dall'indagato. Dunque, la riforma pone l'accento su un concetto di fatto ampio, comprensivo di più fattori, che supera una dimensione strettamente sostanziale legata all'offesa provocata dalla fattispecie e acquista probabilmente una dimensione più processuale ovvero che include componenti esterni alla stretta consumazione del reato e che vengono in realtà di solito considerati in sede processuale, specie al momento dell'applicazione della pena.

Potrebbe, dunque, parlarsi di una maggiore processualizzazione dell'istituto della particolare tenuità,

³¹ Si veda in tal senso, per una qualificazione della clausola come causa di non punibilità prettamente soggettiva (dunque, ad esempio, non estendibile all'eventuale concorrente nel reato) G. AMARELLI, *La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità*, in www.discrimen.it, 14 dicembre 2018, p. 6 e ss.; ID., *Particolare tenuità del fatto ed offensività: similitudini apparenti e differenze sostanziali*, in AA.VV., *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. CAVALIERE, C. LONGOBARDO, V. MASARONE, F. SCHIAFFO, A. SESSA, Napoli, 2017, 393 ss.; ID., *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: inquadramento dottrinario, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo art. 131bis c.p.*, in *St. iur.*, 2015, 968 ss. Per la natura oggettiva C. SANTORIELLO, *La clausola di particolare tenuità del fatto. Dimensione sostanziale e prospettive processuali*. Roma, 2015. Sul tema, ancora, R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 660; R. RAMPIONI, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2016, 459 ss. G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Torino, 2020; ID., *L'esiguità dell'illecito penale: profili generali introduttivi*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 889 ss.; A. GULLO, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p.*, in S. QUATTROCOLO (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2015, 36 ss.

³² Su tale elemento, per un ampio studio dottrinale, G. CONTENUTO, *La condotta susseguente al reato*, Bari, 1965.

³³ Cfr. Relazione illustrativa al d.lgs. n. 150/2022, n G.U., Serie generale, n.245, 19 ottobre 2022, 517.

³⁴ Sulla distinzione tra elementi costitutivi del fatto e circostanze del reato quali elementi accessori ed accidentali del fatto che investono la pena da applicare al caso concreto F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2021, 416 ss.; R. GUERRINI, *Elementi costitutivi e circostanze del reato*, Milano, 1988.

che ne colora l'identità, da sempre ritenuta ibrida tra il sostanziale ed il processuale, oggi aperta in modo maggiore verso considerazioni propriamente processuali. Ed infatti, la norma richiama espressamente come parametri di valutazione della tenuità del fatto i criteri previsti dall'art. 133 c.p.; tuttavia, mentre prima della novella il richiamo era fermo ai criteri previsti dal primo comma dell'art. 133 c.p., strettamente legati alla gravità del reato, guardando ai singoli elementi costitutivi di esso (condotta ed elemento soggettivo) ed al danno o pericolo provocato, il riferimento espresso alla condotta susseguente al reato estende, seppur parzialmente, lo strumentario valutativo anche ai parametri elencati al secondo comma dello stesso art. 133 c.p., che sono propri dell'attrezzatura posta nelle mani del Giudice al momento della scelta della pena da applicare³⁵.

Ebbene, fino a prima della riforma tali previsioni non riguardavano per nulla l'operato del pubblico ministero, che si doveva limitare a considerare il fatto per come perimetrato dall'ambito dell'offesa; eventuali valutazioni sulle condotte susseguenti all'offesa potevano semmai inserirsi, ad esempio, nel contesto degli accordi con l'indagato sull'applicazione della pena ex art. 444 c.p.p., anche per l'eventuale riconoscimento dell'attenuante generica ex art. 62bis c.p.

Si direbbe, tuttavia, che nell'ordinamento penale vi sono altre previsioni normative che attribuiscono valore di causa di non punibilità a condotte successive all'offesa; basti pensare per tutte a quanto previsto dall'art. 13 del D.lgs. 74/2000 in materia di reati tributari. In questo caso viene attribuita dal legislatore una valenza di esenzione dalla punibilità in presenza di condotte riparatorie successive alla consumazione del reato, che, appunto, riparano il danno con il pagamento di quanto dovuto³⁶.

Con la novella in esame, dunque, è stata istituita una norma di portata generale, non limitata a specifici settori di disciplina specialistica nell'ambito del diritto penale, che attribuisce valore ai fini della esclusione dalla punibilità a tutte le condotte riparatorie susseguenti al reato che comportano una restituzione o un risarcimento dell'offesa provocata. Se fosse solo ciò si potrebbe ritenere che con tale novella il legislatore apparrebbe confermare la natura dell'art. 131bis c.p. come causa di non punibilità del fatto di natura sostanziale, oggi con portata ancora più ampia.

Si potrebbe aggiungere però, per ritenere tale norma come oggi maggiormente colorata di connotazioni processuali, che il criterio della condotta susseguente al reato è di per sé più ampio rispetto al solo contenuto riparatorio-risarcitorio di un comportamento. Condotte susseguenti al reato che potrebbero essere prese in considerazione, cioè, possono uscire dal perimetro riparatorio e riguardare comportamenti con connotati strettamente processuali, quali ad esempio dichiarazioni di ammissione di responsabilità ovvero aiuti concreti per il ritrovamento di beni ovvero ancora offerte o manifestazioni positive di riparazione del danno, che però ancora non assurgono ad essere pienamente risarcitorie. Basti pensare che l'art. 376 c.p. prevede una speciale causa di non punibilità relativa ad una condotta susseguente al reato che si manifesta in un contesto propriamente processuale. Dunque, anche comportamenti che manifestano concretamente una positiva presa di coscienza dell'illecito commesso ma che non avrebbero altrimenti valore come cause autonome di non punibilità potrebbero esser ricompresi nella valutazione sulla particolare tenuità del fatto, da giudicarsi come non bisognoso di pena per l'autore.

È questo proprio il punto che pare doversi cogliere. A seguito della novella in esame l'analisi del pubblico ministero per la determinazione conclusiva sull'esercizio dell'azione penale oggi deve rivolgersi non solo ad un eventuale bisogno di processo della vicenda e, cioè, all'esigenza di un vaglio processuale dell'apparato di prove raccolte, ma anche ad un bisogno definitivo di pena per l'indagato in caso di condanna³⁷. Se, quindi, il Giudice che ritiene un fatto meritevole di pena deve poi scegliere la pena

³⁵ Certa dottrina ritiene che la riforma, infatti, abbia avvicinato la clausola di cui all'art. 131bis c.p. ai criteri di commisurazione della pena di cui all'art. 133 c.p., dando un "volto commisurativo" alla clausola, così D. BRUNELLI, *op. ult. cit.*, 58; *amplius* ID., *Dall'equità commisurativa all'equità nella esenzione da pena per fatto tenue*, in *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. PALIERO – F. VIGANÒ – F. BASILE – G.L. GATTA, Milano, 2018, 251 ss.

³⁶ In giurisprudenza, per la valutazione della causa di non punibilità di cui all'art. 13 del d.lgs. 74/2000 come attinente al fatto, quindi di natura sostanziale, benché differente da una circostanza scriminante, si veda Cass., sez. 3, sent. n. 16472 del 28/02/2020, Rv. 279012. In dottrina, S. CAVALLINI, *La non punibilità nel prisma del diritto penale tributario: coerenza o lassismo di sistema?*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 3, 2020, pp. 256 ss.

³⁷ Sul senso dell'art. 131bis c.p. come incentrato sulla meritevolezza della pena per l'autore piuttosto che come valutazione sulla sola gravità oggettiva del fatto criminoso e dell'offesa, F. PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *Sist. Pen.*, 19 dicembre 2019.

commisurata al fatto misurando la quantità di essa anche sulla base dell'ampio spettro di condotte poste in essere dall'imputato *post factum*, il pubblico ministero è chiamato ad una scelta preliminare ma che si muove sullo stesso terreno.

Il p.m. viene così responsabilizzato da un nuovo compito: lo spazio valutativo oggi deve riguardare non solo la meritevolezza di processo per la fattispecie sottoposta al suo esame ma anche la meritevolezza di punizione per l'autore delle condotte illecite; si tratta di un'estensione del perimetro del fatto in concreto, con tutti gli aspetti, anche soggettivi e comportamentali dell'autore, cui corrisponde un aumento di potere di valutazione discrezionale dell'organo di accusa³⁸.

Anche in questo caso, come per i tasselli argomentativi trattati in precedenza, può ritenersi introdotto un nuovo ambito di potere del p.m. con una conseguente maggiore carica di responsabilità nelle scelte da compiersi in sede di indagini e propriamente nella fase delle sue conclusioni.

Non può in questa sede sottacersi il dato per cui gli artt. 34 e 35 del D.lgs. n. 274 del 2000 relativo al procedimento innanzi al Giudice di pace, contengono una disciplina non dissimile da quella descritta in relazione alla tenuità. Anche nella disciplina di cui all'art. 34, peraltro, può notarsi la discrasia tra definizione dell'istituto contenuta nella rubrica ove si fa riferimento al "fatto" e contenuto della norma dove si fa riferimento all'esiguità "del danno o del pericolo".

In tale norma, tuttavia, non si fa espresso riferimento alla valutazione delle condotte successive al reato poste in essere dall'indagato ma si fa riferimento al "grado della colpevolezza", concetto che pare richiamare più l'elencazione prevista al comma primo dell'art. 133 c.p. che al comma secondo ove si indica, come parametro di valutazione della capacità a delinquere del colpevole, la condotta conseguente al reato. Le condotte riparatorie, risarcitorie o restitutorie sono espressamente indicate come criterio di valutazione nell'ambito dell'art. 35 della stessa normativa; le stesse infatti possono essere considerate al fine della declaratoria di estinzione del reato.

In ogni caso, in questa disciplina incide in modo pregnante l'eventuale assenso ovvero non contrarietà della persona offesa alla declaratoria di particolare tenuità del fatto. In effetti, a differenza di quanto accade nell'art. 131*bis* c.p., l'art. 34 del D.lgs. n. 274 del 2000 prevede la possibilità per il Giudice di definire il procedimento con archiviazione per particolare tenuità del fatto solo se non risulta un interesse alla prosecuzione del procedimento da parte della persona offesa. Negli stessi termini in caso di avvenuto esercizio dell'azione penale *ex art. 34, co.3*.

Un altro aspetto in questo contesto può essere infine considerato. L'avviso *ex art. 415bis* c.p.p. previsto per la fase di conclusione delle indagini preliminari relative ai reati ordinari non è previsto con riferimento ai reati in materia di Giudice di pace; ciò comporta in quest'ultimo caso un minore spazio temporale di valutazione per il pubblico ministero degli elementi di prova raccolti anche in ordine al grado di offesa e di colpevolezza dell'indagato. Dunque, nel contesto dei reati in materia di Giudice di pace lo spazio di manovra nel giudizio sull'eventuale tenuità del fatto per il p.m. è ulteriormente ristretto dall'assenza di un momento di riflessione quale quello relativo alla formulazione dell'avviso *ex art. 415bis* c.p.p. È anche vero comunque che non sempre accade che il momento della formulazione e notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari diventi prolifico per effettuare nuove considerazioni; anzi, spesso tale momento diventa solo un passaggio processuale cui non corrisponde poi una effettiva interlocuzione ed una partecipazione attiva delle parti; ed allora, a quadro inalterato, l'esercizio dell'azione penale diventa automatico.

4.2 La ragionevole previsione di condanna

Il secondo criterio interno di giudizio rende ancora più evidente la linea finora tracciata di una riforma

³⁸ Per fare un esempio concreto di tale aspetto, si deve pensare al tema dell'applicabilità dell'art. 131*bis* c.p. nel caso di realizzazione di reati che prevedono soglie di punibilità, ormai riconosciuta in giurisprudenza ma anche, e questa sarebbe una novità, all'eventuale possibilità, grazie ai poteri valutativi concessi dalla stessa norma, di superare lo stretto perimetro delle cause di non punibilità speciali quale quella prevista dall'art. 13 del d.lgs. n. 74/2000. Sul primo aspetto, DE SANTIS, *Il rapporto tra l'art. 131 bis c.p. e i reati con soglie di punibilità: luci e ombre della soluzione adottata dalle Sezioni Unite*, in *St. iur.*, 2016, 1417 ss.; G. AMARELLI, *Le Sezioni Unite estendono l'ambito di operatività dell'art. 131 bis c.p. ai reati con soglie di punibilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 894 ss.; sul secondo aspetto, anche a commento di Cass., sez. 3, sent. n. 39835 del 27/9/2022, L. VALLOTTI, *L'art. 131bis c.p. e i reati tributari: presupposti applicativi e novità dopo la riforma Cartabia*, in *Sist pen.*, 24 febbraio 2023.

che intende ampliare per un verso i poteri discrezionali del pubblico ministero di determinazione e di selezione delle vicende penalisticamente più ragionevoli, generando per altro verso una corrispondente maggiore responsabilizzazione dello stesso organo di accusa.

Effettivamente, la nuova formula di archiviazione prevista dall'art. 408 c.p.p. modifica in modo sensibile la precedente che, in lettura congiunta con quanto previsto dall'art. 125, disp. att. c.p.p., ora abrogato, prevedeva la possibilità per il p.m. di richiedere l'archiviazione del procedimento quando la notizia di reato *era infondata perché gli elementi acquisiti nelle indagini non sarebbero stati idonei a sostenere l'accusa in giudizio*.

A pochi mesi dall'entrata in vigore della riforma è ancora prematuro comprendere a pieno come si potrebbe posizionare un'interpretazione giurisprudenziale destinata ad essere prevalente sulla nuova formula di giudizio; occorre, dunque, ragionare con gli strumenti ermeneutici attualmente disponibili. Ebbene, non pare che la formula della ragionevole previsione di condanna oggi sancita dall'art. 408 c.p.p. possa differenziarsi in modo sostanziale e netto dal criterio prima previsto dell'infondatezza ovvero dell'insostenibilità dell'apparato di prove raccolte nel corso delle indagini, semmai vi aggiunge qualcosa in più. In effetti, al termine delle indagini il p.m. è necessariamente chiamato ad effettuare una diagnosi del materiale probatorio, che ne investe la relativa quantità e qualità, in modo da non rendere del tutto inutile la formulazione di un dibattimento, che rappresenta il momento della verifica di tale materiale. Dunque, la formula in esame deve comprendere senz'altro il rispetto di un principio di completezza delle indagini, evincibile già dalla precedente disciplina.

Tuttavia, non può essere solo questo. Se ciò fosse, infatti, nulla si potrebbe attribuire di innovativo alla riforma.

Il combinato disposto degli art. 408 c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p., per come vigente *ante* riforma, era comunque permeato da un *favor actionis* discendente dal principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale poiché veniva interpretato, appunto, come onere di verifica per il p.m. della non superfluità del processo e, pertanto, dell'adeguatezza delle indagini rispetto allo svolgimento della fase dibattimentale, a prescindere dal suo risultato³⁹. Inoltre, nessuna valenza deflattiva o di salvaguardia di un'esigenza di economia processuale era attribuita a tali norme per come congeniate nel codice di rito. Dunque, per attribuire un valore sostanzialmente riformatore alla novella occorre cogliere il senso della nuova formula legislativa, che non a caso descrive una regola di giudizio prognostico che guarda direttamente al risultato del processo, la condanna, e non all'in sé del dibattimento⁴⁰.

Di conseguenza, accanto ad un giudizio di diagnosi delle evidenze raccolte nel corso delle indagini, che potrebbero per qualità e quantità non rendere inutile il processo, il p.m. è chiamato ad affiancare anche un giudizio di prognosi sul ragionevole esito positivo dello stesso dibattimento⁴¹. Per effettuare quest'ultimo giudizio occorre muoversi su un duplice piano.

Da un lato, infatti, il p.m. deve caricare di osservazione critica il materiale probatorio raccolto in termini di eventuale presenza di elementi dubitativi o contraddittori, che potrebbero ragionevolmente riproporsi in sede processuale; il processo non deve più essere visto come la sede naturale per districare o dipanare tali dubbi se già sono presenti nel corso delle indagini. Al netto dei casi di inutilizzabilità fisiologica di alcuni atti investigativi (tra tutti le sommarie informazioni dei testimoni ovvero le

³⁹ Sul tema si veda E. MARZADURI, Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari, in *Sist. Pen.*, 14 maggio 2020, anche in commento a Corte Cost. n. 88 del 28.1.1991.

⁴⁰ Tra i primi commenti della riforma, si veda C. NAIMOLI, Considerazioni sulla "ragionevole previsione di condanna" per l'archiviazione e per la sentenza di non luogo a procedere, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 831; F. ALVINO, Il controllo giudiziale dell'azione penale: appunti a margine della "riforma Cartabia", in *Sist. Pen.*, 10 marzo 2022; G. GARUTI, L'efficienza del processo tra riduzione dei tempi di indagine, rimedi giurisdizionali e "nuova" regola di giudizio, in *Arch. pen.*, fasc. 3/2022, 24 ottobre 2022, pp.1-16; T. RAFARACI, Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia, in *Dir. proc. pen.*, 2023, 161 ss.; sulla prospettiva della medesima regola di giudizio per l'udienza preliminare M. CECCHI, Osservazioni intorno alla "ragionevole previsione di condanna", in *Arch. pen.*, fasc.2, 25 luglio 2022.

⁴¹ Nella Relazione della Commissione Lattanzi, testo pubblicato in *Sist. Pen.*, 25 maggio 2021, a proposito dell'archiviazione, si legge: «*la Commissione ritiene che, alla luce dell'evoluzione della fase preliminare, vada superato il criterio dell'astratta utilità dell'accertamento dibattimentale; a seguito di indagini che – in linea con quanto richiesto dalla Corte costituzionale – devono risultare tendenzialmente complete (e possono avere una durata significativa), il pubblico ministero sarà chiamato a esercitare l'azione penale solo quando gli elementi raccolti risultino – sulla base di una sorta di "diagnosi prognostica" – tali da poter condurre alla condanna dell'imputato secondo la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, tanto in un eventuale giudizio abbreviato, quanto nel dibattimento. Al contrario, laddove il quadro cognitivo si connoti per la mancanza di elementi capaci di sorreggere una pronuncia di condanna, il pubblico ministero dovrà optare per l'inazione*»

annotazioni e informative di polizia giudiziaria) la logica razionale che deve guidare l'organo di accusa non deve essere quella del “*si vedrà quello che succede nel processo*”, intendendo la fase dibattimentale come un momento comunque utilmente riparatorio di lacune investigative, ma quella di lumeggiare già al momento della conclusione delle indagini gli antagonismi tra le evidenze e lanciare lo sguardo nella sede processuale immaginando se tali antagonismi siano in grado di riproporsi o meno. In caso positivo, il passaggio di ragionamento successivo dovrebbe essere non tanto quello per cui *nel processo si potrà trovare una soluzione al contrasto* quanto quello se tale contrapposizione sarebbe in grado di minare una decisione di condanna presa attraverso la regola di giudizio di cui all'art. 530 c.p.p. Fermo allo stato degli atti allora il p.m. deve proporsi come giudice di tali atti e considerare il *peso* di eventuali contraddizioni emerse ai fini dell'esito processuale.

Attenzione però, le regole di giudizio di cui agli artt. 408 c.p.p. e 530 c.p.p. sono diverse e tali devono essere ritenute, perché hanno ad oggetto contenuti diversi: da un lato si trovano le evidenze emerse nel corso delle indagini con tutte le ipotesi di inutilizzabilità (fisiologica), le quali quindi non costituiscono e non sono in grado di costituire prove ai fini di una condanna, dall'altro si trovano le autentiche prove per come emerse all'esito dell'istruttoria dibattimentale. Il parametro dell'oltre il ragionevole dubbio apparrebbe invero – per come anche indicato nella relazione della Commissione Lattanzi⁴² - riguardare entrambi i momenti di decisione, quello alla fine delle indagini e quello alla fine del dibattimento, ma tale non può essere fino in fondo. E' vero che anche il p.m. deve adottare una propria decisione di verità allo stato dell'arte superando ragionevoli dubbi, anch'egli deve cioè sottoporre a falsificazione il materiale probatorio acquisito enucleando eventuali profili di incertezza; tuttavia, non essendo la decisione del p.m. equiparabile ad una sentenza di condanna, il rigore probabilistico richiesto per la motivazione di quest'ultima non può essere richiesto anche per la scelta del rinvio a giudizio operata dal p.m. (così come non sarà richiesto per la decisione di rinvio a giudizio effettuata dal giudice dell'udienza preliminare che non decide per una sentenza di non luogo a procedere optando per una ragionevole previsione di condanna). Il p.m., infatti, avendo a che fare con oggetti diversi - le evidenze investigative - non deve porsi il problema del grado di ragionevolezza ovvero della *quantità* di prognosi o di probabilità necessaria per fondare la propria determinazione; non è richiesta una motivazione sul punto. Il riferimento alla ragionevolezza nel caso della decisione che deve prendere il p.m., pertanto, senza richiedere uno sforzo di calcolo quantitativo, richiama piuttosto la consapevolezza dei limiti della mente umana, dell'incertezza insita in ogni decisione; quest'ultima per il p.m. non può essere di certa prognosi di una futura condanna ma, appunto, ragionevole, non irrealistica⁴³.

Non può negarsi però che il riferimento alla prognosi ragionevole di condanna nell'art. 408 c.p.p. abbia voluto aggiungere qualcosa in più rispetto al passato ed è proprio quel qualcosa in più, di innovativo, che chiude il cerchio del ragionamento e rappresenta l'ultimo tassello del filo rosso fino ad ora tessuto.

Venendo allora al secondo aspetto di questa ricostruzione, la formula di giudizio in esame pare richiedere al p.m. una considerazione ulteriore, ovvero di proiettarsi nel futuro del processo e prognosticare altri elementi, già prevedibili al momento della conclusione delle indagini, che potrebbero comunque inficiare un provvedimento di condanna. Tra tutti si deve pensare ad esempio al tema della prescrizione. A ben vedere, infatti, per giungere ad una sentenza di condanna il Giudice è chiamato a considerare tutti gli elementi emersi nel corso dell'istruttoria processuale e valutarli *ex art.* 530 c.p.p.; tra tali elementi devono essere ricomprese eventuali cause di non punibilità e di estinzione del reato, qualora anche emerse dopo l'esercizio dell'azione penale. È evidente che l'organo di accusa non sarebbe mai in grado (e non gli viene richiesto) di prefigurarsi ogni scenario possibile che potrebbe maturare nel corso di un dibattimento, ma l'ottica del 408 c.p.p. è quella allo stato degli atti e di una prognosi di probabilità e prevedibilità già al termine delle indagini di eventuale maturazione di cause di non punibilità o di estinzione del reato, come per l'appunto la prescrizione. Da quest'ultimo punto di vista, per esempio, l'organo di accusa non può non considerare, al fine di determinarsi circa l'esercizio o meno dell'azione penale, la situazione specifica del Tribunale in cui esercita e l'organizzazione relativa alla fissazione delle udienze. Se, dunque, i tempi di fissazione delle prime udienze da parte del Tribunale possono risultare da

⁴² Vds. *sub* nota 20.

⁴³ Sul concetto di ragionevolezza C. PIERGALLINI, *Il “penale” senza diritto?* In *Sist. Pen.*, 4 maggio 2023.

subito incompatibili con uno svolgimento utile e con un esito positivo del processo essendo prevedibile e probabile la maturazione de tempi di prescrizione, il p.m. è chiamato a ragionare *ex art. 408 c.p.p.* in termini di irragionevole prognosi di condanna.

Ecco che, corrispondentemente a quanto sopra detto con riguardo al criterio interno della particolare tenuità del fatto, anche la formula della ragionevole prognosi di condanna allarga lo spettro d'indagine e di discrezione del p.m. da una valutazione del solo *bisogno di processo* per la fattispecie concreta a quella del *bisogno di pena* o, meglio, in questo caso, della *prognosi ragionevole di punizione*.

La formula prevista dall'art. 408 c.p.p. appare, dunque, fondare un principio di *empirismo prognostico*, laddove la valutazione richiesta al p.m. si deve atteggiare empiricamente al caso concreto inteso in tutti i suoi possibili (*id est* ragionevoli) aspetti evolutivi, non solo quelli fisiologici dell'istruzione dibattimentale, con le problematiche relative alla riproposizione delle evidenze raccolte nelle indagini e gli eventuali elementi dubitativi, ma anche altri aspetti estrinseci rispetto alla sola analisi di consistenza delle prove ma comunque facenti parte del fatto inteso in senso ampio. Se il p.m., come già detto, è il giudice delle indagini, come tale deve guardare empiricamente a tutto ciò che dall'indagine può portare all'esito processuale.

Sicuramente, inoltre, la formula in esame consente di agganciare ancor di più i fatti che devono essere oggetto di indagine ai principi costituzionali di legalità e colpevolezza, chiamando il p.m. non solo al rispetto del criterio di verifica tassativa dell'esistenza, provata, degli elementi costitutivi del reato, ma anche di ogni altra circostanza attinente alla punibilità e colpevolezza dell'indagato, alla stregua di come è chiamato a fare il giudice, tra l'altro, con i parametri di cui all'art. 133 c.p.

In definitiva, la lettura congiunta legata ad un filo rosso comune dei diversi tasselli che hanno riguardato la riforma delle norme relative alle indagini preliminari, aiuta come visto a cogliere il senso comune di tali novelle ed anche ad intraprendere percorsi interpretativi davvero innovativi. Se si vuole accogliere la spinta riformatrice voluta dal legislatore e non perdere l'ennesima occasione di una riforma senza cambiamenti, occorre muoversi anche lungo il crinale di nuove interpretazioni.

Tornando quindi alla formula della ragionevole previsione di condanna occorre fermare lo sguardo anche sui rapporti tra tale criterio e quello, costituzionale, dell'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost. Occorre cioè chiedersi quale lettura darsi a questo principio fondativo del sistema giudiziario, posto a tutela del principio di uguaglianza, sulla scorta della volontà legislativa sottesa alla nuova previsione dell'art. 408 c.p.p.: quali direzioni o quali spazi devono cioè essere disegnati per tale principio a seguito della riforma. Senza adottare particolari torsioni interpretative si potrebbe allora cogliere un senso di *temperamento di tale principio* reso attraverso tale nuova formula legislativa; come se la ragionevole previsione di condanna acquistasse un valore sostanzialmente costituzionale di adeguamento alla modernità del principio costituzionale dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale rispondendo alla logica dell'*in dubio contra actionem*.

4.3 I criteri di priorità

Che tale temperamento sia nelle corde delle innovazioni registrate e nelle possibili future interpretazioni delle norme processuali si può ricavare anche dall'ultimo tassello del ragionamento fin qui percorso. Si parlava prima, infatti, di criteri interni ed esterni di valutazione offerti al p.m. per le proprie determinazioni sull'esercizio o meno dell'azione penale. Dunque, descritti i criteri interni, si può fare un breve cenno ai criteri esterni al giudizio che sono quelli relativi ai criteri di priorità.

La riforma Cartabia (art. 1, co.9, lett. i) ha previsto infatti che il Parlamento possa fissare con legge delle direttive generali rivolte agli uffici di Procura che indichino in modo trasparente e predeterminato, in modo da garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, criteri di priorità; questi ultimi devono consentire di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, tenendo conto del numero di affari e dell'utilizzo efficiente delle risorse disponibili.

In attesa che tale parte della riforma entri pienamente in vigore con l'adozione di tali testi normativi, fino ad oggi l'individuazione dei criteri di priorità è stata affidata ai documenti organizzativi delle procure

e, dunque, ai Procuratori della Repubblica che li redigono⁴⁴. In effetti, la conoscenza che il Procuratore ha del territorio e delle caratteristiche criminali che ne interessano il tessuto sociale possono consentire allo stesso di calibrare al meglio i criteri di priorità e, così, indirizzare l'operato dei pubblici ministeri del proprio ufficio.

Discorso diverso, rispetto ad una conoscenza adeguata di tutti i territori governati dagli uffici di Procura italiani, andrebbe fatto per i criteri di priorità fissati con legge di rilievo nazionale: pare difficile che possa avvenire a livello nazionale una indicazione adeguata delle priorità da seguire per i singoli territori. Inoltre, direttive eccessivamente frammentate quanto a contenuti legati ai singoli territori portano con il sé il rischio di federalismi giudiziari ovvero di politiche criminali eccessivamente differenziate nei territori dello Stato. Occorrerà, dunque, che la normativa di livello nazionale preveda criteri e direttive più di ampio respiro agganciate alla politica criminale nazionale che si intenderebbe perseguire⁴⁵.

Dal punto di vista sistematico, mettendo anche questo tassello nella costruzione argomentativa fin qui portata avanti, parrebbe che tali previsioni introdotte dalla riforma Cartabia possano fungere fisiologicamente da elemento di sostegno agli spazi di discrezionalità aperti in favore del pubblico ministero nelle scelte sull'esercizio dell'azione penale. Come se si affermasse un principio per cui, per non lasciare solo il pubblico ministero in tali scelte, nel caos spesso generato dalle quantità di notizie di reato che pervengono quotidianamente negli uffici di Procura, siano previsti *ex lege* ulteriori strumenti che possono facilitare, in funzione famulativa, tali scelte.

Però, profili di delicatezza non possono sottacersi nel considerare questo aspetto. E' evidente che finché l'arsenale a disposizione del pubblico ministero per effettuare le proprie discrezionali scelte sull'esercizio dell'azione penale siano prettamente interne al giudizio, ovvero siano rinvenibili all'interno del sistema processuale, in formule tutte attinenti al merito delle singole vicende, ciò lascia sereni circa la tutela delle esigenze di indipendenza ed autonomia che l'organo di accusa deve avere in tali scelte; laddove, invece, l'arsenale sia etero-fornito occorre porre attenzione a che ciò non vada ad intaccare in alcun modo le esigenze citate. Effettivamente, un conto è la necessità di deflazione delle procedure e di snellimento dei carichi dei Tribunali, che passa anche attraverso le scelte operate dagli uffici di Procura, altro è imbrigliare tali scelte in binari eterodeterminati che nulla hanno a che fare con i principi costituzionali non solo posti a presidio dell'ordine giudiziario ma anche dell'uguaglianza dei cittadini. Le scelte di politica criminale prese a livello nazionale, pertanto, che si potranno manifestare anche attraverso le leggi contenenti i criteri di priorità destinati agli uffici di Procura avranno da tenere in conto la protezione degli interessi costituzionali e dipanarsi in maglie necessariamente elastiche e trasparenti.

5. Conclusioni

In conclusione, nell'affresco proposto che mette insieme alcuni importanti tasselli della riforma Cartabia è evincibile una logica comune, che rappresenta al contempo un cambiamento delle regole processuali ed uno stimolo ad una innovazione culturale del ruolo del pubblico ministero nella gestione delle indagini. Come visto, la riforma in più punti di modifica attribuisce un maggior potere per il p.m. ma anche una maggiore responsabilità, che si deve muovere sui binari della celerità e dell'efficienza: un aumento di possibilità nella selezione dei fatti penalmente rilevanti e da mandare a giudizio, con maggiore possibilità di non iscrivere sin dall'inizio ovvero poi di archiviare i fatti ritenuti dubbi o non ragionevolmente destinati ad un esito di condanna, cui corrisponde simmetricamente una maggiore responsabilità in termini di analisi da parte dello stesso p.m. e poi anche di controllo da parte del Gip o della Procura generale sui tempi e sulla correttezza delle scelte operate.

⁴⁴ Ciò in base alle previsioni di cui agli artt. 227 del d.lgs. n. 58/1998, 132bis delle disp. att. c.p.p., 1 e 4 del d.lgs. n. 106/2006, nonché alla circolare del CSM del 16 novembre 2017, modificata con delibera del 16 dicembre 2020.

⁴⁵ Senza poi nascondere il pericolo che tali formulazioni legislative seguano il colore politico di volta in volta al potere generando una schizofrenia della politica criminale. Sull'argomento si veda N. ROSSI, *I "criteri di priorità tra legge cornice e iniziativa delle procure*, in www.questioniustizia.it, 4/2021, 76 ss. S. SCHIAVONE, *I criteri di priorità: tempi nuovi e nuove tempistiche per l'azione penale*, in "Riforma Cartabia" e rito penale. La legge delega tra impegni europei e scelte valoriali, a cura di MARANDOLA, Milano, 2022, 121.

Anche le modifiche intervenute con la medesima riforma Cartabia relative all'udienza preliminare e l'istituzione dell'udienza predibattimentale si muovono tutte nel solco del miglioramento delle capacità selettive dei casi meritevoli di giudizio e di riduzione, dunque, del rischio giudiziario.

L'impianto così congeniato ha tutte le carte in regola per impiantare il seme del *revirement* culturale, con conseguente manomissione di contropinte conservatrici.

L'occasione è dunque propizia, anche grazie all'arrivo dei fondi del P.N.R.R. e, dunque, alle possibilità di spesa e di investimento in meccanismi processuali e nella struttura giudiziaria, anche amministrativa, al fine di raggiungere un livello di efficienza e capacità di risposta di giustizia adeguato agli standard richiesti anche a livello europeo per la stessa concessione dei fondi.

Tuttavia, qualunque investimento di tipo economico-amministrativo ovvero qualunque novella normativa perde di potenza se non si accompagna ad una presa di coscienza comune sull'importanza di migliorare costantemente il servizio reso. È vero, le risorse messe a disposizione del sistema giudiziario ad oggi risultano ancora non sufficienti per affrontare la mole di domanda di giustizia che si propone quotidianamente nelle cancellerie e negli uffici di procure e tribunali: ad una quantità di domanda rimasta inalterata non corrisponde una sufficiente quantità di offerta e il meccanismo è in costante sofferenza.

Con la riforma si è provato ad istituire degli strumenti prettamente processuali che in mano ai pubblici ministeri possano disarticolare le domande di giustizia, setacciarle, per imbrigliare solo quelle idonee ad essere portate avanti e quindi meritevoli del dispendio di risorse umane ed economiche che comporta l'intero ciclo di una vicenda processuale. Resta allora il compito di maneggiare questi strumenti con spirito non riottoso ma rivolto ad un miglioramento futuro; in questa ottica possono gemmare progressivamente anche interpretazioni coraggiose, nel rispetto del principio di legalità sostanziale e processuale, in grado di varcare il Rubicone dell'obbligatorietà temperata dell'azione penale, sempre con salvaguardia del controllo giudiziale su eventuali casi di inazione per la tutela dell'uguaglianza dei cittadini. Se è un cambiamento culturale ed interpretativo ciò a cui si aspira, ad esso bisogna mirare.

RIFORMA CARTABIA: PROCEDIBILITÀ A QUERELA E MODIFICHE ALLA NON PUNIBILITÀ PER TENUITÀ DEL FATTO (di Aldo Natalini)

Sommario: 1. Premessa. – 2. Estensione del novero dei reati procedibili a querela. – 2.1. Catalogo dei reati procedibili a querela. – 2.2. *Favor querelae* e regime transitorio. – 2.3. Remissione della querela. – 3. Estensione della non punibilità per particolare tenuità del fatto. – 3.1 Nuovi limiti edittali di applicabilità dell’art. 131-*bis* c.p. – 3.2 Rilievo della condotta susseguente al reato. – 3.3 Ampliamento delle preclusioni oggettive.

1. Premessa

Il significativo decongestionamento della macchina giudiziaria imposto al nostro Paese al fine di raggiungere alcuni degli obiettivi europei fissati nel PNRR si è tradotto, sul versante del diritto penale sostanziale, in significativi ampliamenti di **accesso** o di **uscita** di vari istituti aventi finalità deflative del processo penale: dal regime di procedibilità a querela allargato a nuove ipotesi di reato (anche contravvenzionali), alla remissione tacita di querela, dalla tenuità del fatto, alla messa alla prova.

Gli artt. 1, 2, 3 del D.lgs. 10 ottobre 2022 (cd. riforma “Cartabia” del processo penale) apportano a tal fine una nutrita serie di modifiche ai libri I, II e III del Codice penale che vanno in questa direzione latamente “efficientista”; ad essi si connettono, poi, alcune modifiche procedurali di coordinamento.

In questa sede, ci si limiterà all’esposizione dei due principali interventi che hanno ricadute sulla quotidiana attività del pubblico ministero d’udienza nei processi dinanzi al tribunale monocratico: ossia l’estensione del novero dei reati procedibili a querela (con la disamina dei correlati interventi in tema di remissione) e l’estensione dell’ambito di applicabilità della declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto ex art. 131-*bis* c.p.

2. Estensione del novero dei reati procedibili a querela

In aderenza agli obiettivi generali di deflazione processuale e sostanziale perseguiti dalla riforma Cartabia, il legislatore della delega ha disposto, agli artt. 2 e 3 del D.lgs. n. 150 del 2022 – entrato definitivamente in vigore dallo scorso 30 dicembre 2022 (art. 99-*bis*) – l’**ampliamento delle ipotesi di reati procedibili a querela** ricompresi nei Libro II e III del codice penale⁴⁶.

Condizionando la repressione penale di un fatto, astrattamente offensivo, alla valutazione *in concreto* ed alla *sovranità* della persona offesa, tale opzione – inaugurata per la prima volta con la legge 24 novembre 1981, n. 689, proseguita con la legge 25 giugno 1999 n. 205 e da ultimo ribadita col D.lgs. 10 aprile 2018, n. 36 – è emblematica della tendenza ad una *privatizzazione*⁴⁷ (o patrimonializzazione⁴⁸) della tutela penale e denota l’importanza crescente della “funzione selettiva” della cd. “querela-selezione” (o “querela-

⁴⁶ A prima lettura, cfr. A. NATALINI, Ampliato il catalogo dei reati perseguibili a querela di parte, in Guida al diritto, 2022, n. 44, pagg. 63 ss.; A. MADEO, Procedibilità a querela, messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto: una ratio deflativa comune nella “riforma Cartabia”, in Legislazione penale, 28 novembre 2022, pagg. 3 ss.; in senso critico, T. PADOVANI, Riforma Cartabia, intervento sulle pene destinato a ottenere risultati modesti, in Guida al diritto, 2022, n. 41, pag. 11, secondo il quale, i pro e i contro dell’incremento dei casi di perseguibilità a querela, «si ripropongono immutati a ogni successiva dilatazione. Da un lato, si favorisce (mediante la remissione) una composizione del conflitto in termini riparatori, più utile e significativa dell’inflizione di una pena “nominale”; dall’altro, si rischia di ostacolare la persecuzione di un reato scaturito da un conflitto interpersonale, la cui stessa persistenza può impedire la proposizione della querela. Il delitto di violenza privata, ad esempio, diviene, salvo qualche eccezione, perseguibile a querela. Poiché la condotta è costituita da una violenza o da una minaccia a fare, omettere o tollerare, non è difficile ipotizzare che il reo, se prima minacciava per passare ad es. indisturbato sul terreno altrui, perpetui e rinforzi la minaccia per dissuadere dalla presentazione della querela».

⁴⁷ C. IASEVOLI, La procedibilità a querela: verso la dimensione liquida del diritto postmoderno?, in Legislazione penale, 7 dicembre 2017.

⁴⁸ G.P. DEMURO, L’estinzione del reato mediante riparazione: tra aporie concettuali applicative, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2019, pag. 439.

opportunità⁴⁹), intesa come filtro processuale e, al contempo, come tecnica di depenalizzazione *di fatto*⁵⁰ in tutte quelle ipotesi in cui la depenalizzazione *tout court* appaia una scelta troppo radicale⁵¹; in altri termini, la querela diventa lo strumento politico-criminale volto a contemperare sinergicamente la superfluità della pena *in concreto*, in coerenza con la sua natura di *extrema ratio*, con il contenimento del sovraccarico giudiziario⁵².

Nell'ambito degli interventi volti al contenimento dei flussi in entrata e alla decongestione dettati dalla legge delega 27 settembre 2021, n. 134, il mutato regime di procedibilità infine attuato col D.lgs. n. 150 del 2022 dovrebbe altresì incentivare – secondo i propositi dei compilatori – le condotte riparatorie e risarcitorie, tali da determinare l'estinzione del reato prima della celebrazione del processo, attraverso la **remissione** della querela, ovvero durante lo stesso, mediante le **nuove ipotesi di remissione tacita** (cfr. l'inedito comma terzo, n. 1, aggiunto all'art. 152 c.p. dall'art. 1, comma 1, lett. *b*, D.lgs. n. 150 del 2022, con i correlati correttivi processuali)⁵³, ovvero integrando la causa di estinzione di cui all'art. 162-*ter* c.p. (applicabile alla sola categoria dei reati procedibili a querela)⁵⁴, con ciò rinnovandosi il crescente *favor* legislativo per le condotte “antagoniste all'offesa”, poste in essere dal reo in funzione della riparazione e ricomposizione del conflitto generatosi col reato⁵⁵.

In questo contesto, gli artt. 2 e 3 del D.lgs. n. 150 del 2022, dando attuazione ai criteri di delega dettati dall'art. 1, comma 15, lett. *a*) e *b*), della legge n. 134 del 2021⁵⁶, apportano una serie di modifiche *di favore* alla parte speciale del codice penale (Libri II e III), prevedendo un ulteriore ampliamento del perimetro dei reati in cui la disponibilità della risposta penale è rimessa alla volontà punitiva discrezionale della persona offesa, attraverso il mutato regime di procedibilità a querela per alcuni **delitti contro la persona e contro il patrimonio** (puniti con pena detentiva non superiore nel minimo a due anni) nonché per due **contravvenzioni** – autentica novità di “sistema”, essendo le contravvenzioni sempre procedibili d'ufficio (art. 11 disp. att. c.p. – selezionate, in base ai criteri di delega, tra quelle poste a tutela di beni personali e

⁴⁹ F. GIUNTA, Querela-selezione e condotte riparatorie. Verso un cambio di passo della deflazione in concreto?, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, pagg. 473 ss.; ID., *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993, pagg. 38, 60 e 185 ss.

⁵⁰ Correlata al mancato esercizio della querela da parte delle vittime quiescenti o all'eventuale remissione della querela stessa per il sopravvivere di una composizione monetaria, secondo la sequenza querela-remissione-accettazione: E. ANDOLINA, *Gli strumenti di deflazione endo-processuale: prospettive applicative della riforma Cartabia*, in *Diritto penale e processo*, 2022, pag. 1373.

⁵¹ Sottolinea la possibilità di gestire, tramite la querela, le ipotesi bagatellari *in concreto*, F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, loc. ult. cit.

⁵² F. GIUNTA, Querela-selezione, loc. cit.; E. ANDOLINA, loc. ult. cit.

⁵³ A prima lettura cfr. A. NATALINI, Remissione tacita di querela se la persona offesa non compare, in *Guida al diritto*, 2022, n. 44, pagg. 60 ss.

⁵⁴ Secondo E. ANDOLINA, *Gli strumenti di deflazione*, cit., pag. 1374, una delle maggiori criticità risiede nel campo di applicazione dell'istituto della riparazione estintiva ex art. 163-*ter* c.p., limitato ai reati procedibili a querela; ambito che viene ora a coincidere con quello proprio della “querela-selezione”, sovrapponendosi ad esso.

⁵⁵ In argomento, G.P. DEMURO, *L'estinzione del reato mediante riparazione*, cit., pag. 439; con riferimento alla legge n. 134 del 2021, E. ANDOLINA, *op. ult. cit.*, pag. 1372.

⁵⁶ Art. 1, comma 15, legge n. 134 del 2021: «a) prevedere la procedibilità a querela della persona offesa per il reato di lesioni personali stradali gravi o gravissime previsto dall'articolo 590-bis, primo comma, del codice penale; b) prevedere l'estensione del regime di procedibilità a querela di parte a ulteriori specifici **reati contro la persona o contro il patrimonio** nell'ambito di quelli puniti con pena edittale detentiva non superiore nel minimo a due anni; prevedere che ai fini della determinazione della pena detentiva non si tenga conto delle circostanze, facendo salva la procedibilità d'ufficio quando la persona offesa sia incapace per età o per infermità».

non di beni collettivi⁵⁷ (artt. 659, comma primo, c.p.⁵⁸ e 660 c.p.⁵⁹).

Resta salva, nella gran parte dei reati resi ormai procedibili a querela (v. artt. 582, comma secondo, ultimo periodo, 605, comma sesto, 610, comma terzo, ultimo periodo, 612, comma terzo, 614, comma quarto, ultimo periodo, 624, comma terzo, 634, comma terzo, 635, comma quinto, c.p.), come stabilito dal pertinente criterio di delega⁶⁰, la **procedibilità d'ufficio** nel caso in cui la persona offesa risulti **incapace per età** (giovane o avanzata) o per **infermità** (fisica o psichica), come finora già previsto dall'art. 649-*bis*, ultima ipotesi, c.p.

A tal fine – pur dovendo constatarsi la **problematicità applicativa** di questa clausola di procedibilità officiosa, prontamente rilevata dalla Cassazione⁶¹ – potrà essere d'ausilio interpretativo la nozione di “*incapacità*” declinata con riferimento al delitto di cui all'art. 643 c.p., ai fini del quale la giurisprudenza richiede che la situazione di deficienza psichica della persona offesa deve sussistere in termini obiettivi, in maniera che chiunque (senza dover ricorrere ad artifici o raggiri) possa abusarne per raggiungere i suoi fini illeciti⁶². Analogamente, il riferimento all'«*età*», quale possibile causa (alternativa all'infermità) di incapacità senile della vittima, è ampiamente enucleato dalla giurisprudenza di legittimità ai fini del riconoscimento della circostanza aggravante della **minorata difesa** ex art. 61, n. 5, c.p., come novellata dalla legge n. 94/2009⁶³.

⁵⁷ Come spiega nella Relazione illustrativa del d.lgs. n. 150 del 2022, pag. 496, l'espressione adottata dalla legge delega – «*reati contro la persona e contro il patrimonio*», e non già «*delitti*» (art. 1, comma 15, lett. b, legge n. 134 del 2021) – ha consentito, in sede attuativa, di modificare il regime di procedibilità non solo con riferimento ai reati dei titoli XII e XIII del Libro II del codice penale ma anche alle contravvenzioni del Libro III. D'altro canto, la procedibilità officiosa delle contravvenzioni è pur sempre frutto di una scelta del legislatore ordinario che, come tale, può subire eccezioni, non essendo imposta da principi costituzionali o di sistema, di talché si è ritenuto che non vi fosse alcuna ragione per escludere la perseguibilità a querela quando una contravvenzione tutela interessi individuali e concreti, come quelli che fanno capo alla persona, aprendo così il sistema alla possibilità di condotte risarcitorie e riparatorie, con effetti deflattivi sul carico giudiziario in caso di remissione della querela o di applicazione dell'istituto di cui all'art. 162-*ter* c.p. (che non si riferisce ai delitti ma ai «*reati*» in genere).

⁵⁸ La procedibilità a querela è limitata all'ipotesi del comma primo dell'art. 659 c.p., ove l'offesa è diretta verso beni personali facenti capo a individui determinati: le loro occupazioni (intellettuali o manuali) e il loro riposo (ad esempio nelle ore notturne); la procedibilità d'ufficio è invece fatta salva quando la vittima è incapace per età o per infermità e nei casi di disturbo di spettacoli, ritrovi o intrattenimenti pubblici; rimane, altresì, procedibile d'ufficio l'ipotesi - eterogena - di esercizio irregolare di professioni o mestieri rumorosi cui al comma secondo dell'art. 659 c.p. che descrive un'offesa spiccatamente pubblicistica.

⁵⁹ Come spiega la Relazione illustrativa, pag. 497 s., la legge delega non consentiva la trasformazione della contravvenzione in delitto, ma consentiva di trasformare il regime di procedibilità, rimuovendo così, sotto questo profilo, la disparità di trattamento con le più gravi ipotesi di molestie inquadabili tra i delitti (sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 660 c.p., in riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui, a differenza dei delitti di cui all'art-612-*bis* c.p., non prevede[va] la procedibilità a querela, “con annessa rimettibilità della querela, quanto meno limitatamente alle condotte idonee a recare molestia o disturbo esclusivamente a persona determinata”, vedi Corte cost. n. 220/2018 e Corte cost. n. 392/2018, che aveva dichiarato le questioni inammissibili).

⁶⁰ Art. 1, comma 15, lett. b), legge n. 134 del 2021: «[...] facendo salva la procedibilità d'ufficio quanto la persona offesa sia incapace per età o per infermità».

⁶¹ Cfr. *l'obiter* contenuto in Cass. 9 gennaio 2023, n. 19971, Antonelli, Rv. 284616-01, in motiv. (fattispecie relativa alla contravvenzione di cui all'art. 659 c.p.): “[...] Ora, a prescindere dai problemi applicativi che una tale scelta legislativa potrebbe porre, in particolare con riferimento alla seconda delle ipotesi criminose sopra indicate (uno per tutti: la procedibilità officiosa è ristabilita nel caso in cui il reato «*sia commesso nei confronti di persona incapace per età o per infermità*», cosa che è, quanto meno, di problematico accertamento considerato che la fattispecie di cui ora ci si interessa [art. 659 c.p., *NdA*] è penalmente rilevante laddove essa sia anche solo potenzialmente idonea a coinvolgere negativamente un numero indeterminato di persone - cfr., infatti, fra le molte: Cass. 9 ottobre 2013, n. 45262; Cass. 28 febbraio 2012, n. 7748 - di tal che ove fosse presentata una denuncia non avente le caratteristiche della querela, per verificare se si tratta di reato procedibile o meno sarebbe necessario verificare se fra i potenziali soggetti danneggiati vi sono persone che «*per età o per infermità*» siano «*incapaci*», espressione quest'ultima anch'essa dogmaticamente di vago significato, non essendo chiaro a quale genere di capacità essa si riferisca), è indubbio che la stessa, trattandosi di disposizione di carattere processuale introduttore in regime giudiziario più favorevole all'imputato, è applicabile anche ai processi in corso, fra questi compresi anche quelli pendenti in grado di legittimità [...]”.

⁶² Così, da ultimo, Cass. 15 dicembre 2021, dep. 2022, n. 4592, D., Rv. 282587-01, per la quale non è necessario che tutti siano consapevoli *ictu oculi* di tale stato deficitario, essendo sufficiente che sia apprezzabile da parte di quella cerchia di persone che instaurano con la persona offesa una relazione significativa ed abbiano la possibilità di apprezzarne la debolezza cognitiva o affettiva; cfr. altresì Cass. 10 novembre 2011, n. 45327, P.G. in proc. Scapolo e altri, Rv. 251219-01; Cass. 2 dicembre 2017, dep. 2018, n. 8443, Patuano, non mass.

⁶³ Cfr. da ultimo Cass. 10 dicembre 2021, dep. 2022, n. 4273, Leva, Rv. 282741-01, secondo cui la commissione del reato in danno di persona ottuagenaria è idonea ad integrare, anche in difetto di ulteriori circostanze di tempo, di luogo o di persona, l'aggravante della minorata difesa purché venga accertato che la pubblica o privata difesa siano rimaste in concreto ostacolate e che non ricorrano altre circostanze, di diversa natura, di segno contrario; nel senso dell'obbligo del giudice di valutare specificamente l'incidenza dell'età senile rispetto al fatto-reato, v. Cass. 22 ottobre 2019, n. 47186, P.M. c. Bona, Rv. 277780-01, secondo cui l'età avanzata della persona offesa non realizza una presunzione assoluta di minorata difesa per la ridotta capacità di resistenza della vittima, dovendo essere valutata la ricorrenza di situazioni che denotano la particolare vulnerabilità del soggetto passivo dalla quale l'agente trae consapevolmente

2.1 Catalogo dei reati procedibili a querela

Le fattispecie di reato interessate dalla riforma Cartabia – come precisa la Relazione illustrativa al D.lgs. n. 150 del 2022⁶⁴ - sono «reati che si presentano con una certa frequenza nella prassi e che si prestano a condotte risarcitorie e riparatorie»⁶⁵; il loro comun denominatore è la natura **individuale** dei beni giuridici protetti, mentre se viene toccato un bene che ha dimensione pubblica o – come previsto dalla norma di delega – vi è una particolare ragione di tutela delle vittime vulnerabili, che potrebbero essere condizionate e non libere nella scelta processuale (con ricadute sostanziali) di presentare una querela, resta la perseguibilità d'ufficio.

Di seguito la **tabella** riepilogativa dei reati (delitti e contravvenzioni) divenuti, *a regime* (ossia dal 30 dicembre 2022), procedibili a querela per effetto degli artt. 2 e 3 del D.lgs. n. 150 del 2022, con le relative eccezioni officiose:

DELITTI CONTRO LA PERSONA
<p>- Lesione personale (art. 582, comma primo, c.p.) Procedibilità a querela fino a 40 giorni di durata della malattia ovvero fino a 20 giorni quando il fatto è commesso contro persona incapace, per età o infermità (nuovo comma secondo), con indiretto ampliamento della competenza del giudice di pace (in termini, Cass. 10 gennaio 2023, n. 12517, Cinquina, Rv. 284375-01; Cass. 11 gennaio 2023, n. 15728, Turco, Rv. 284586-01); procedibilità d'ufficio se ricorre una delle aggravanti previste dagli artt. 61, n. 11-<i>octies</i>, c.p. (fatto commesso in danno di personale sanitario e socio-assistenziale), 583 (lesioni gravi e gravissime) e 585 (fatto commesso con armi anche improprie o da persona travisata o da più persone riunite; ipotesi dell'art. 576 c.p.), ad eccezione di quelle indicate nell'art. 577, comma primo, n. 1, e comma secondo c.p. (fatto commesso contro l'ascendente o il discendente o contro il coniuge o convivente o l'altra parte dell'unione civile);</p>
<p>- Lesioni personali stradali gravi o gravissime (art. 590-<i>bis</i>, comma primo, c.p.) Procedibilità a querela nell'ipotesi-base di lesioni gravi o gravissime causate da una violazione generica delle norme sulla circolazione stradale⁶⁶; procedibilità d'ufficio in tutte le ipotesi aggravate speciali previste dall'art. 590-<i>bis</i> (nuovo comma nono);</p>
<p>- Sequestro di persona (art. 605, comma primo, c.p.) Procedibilità a querela nell'ipotesi-base; procedibilità d'ufficio se il fatto è commesso nei confronti di persona incapace, per età o per infermità (nuovo comma sesto) e nelle ipotesi aggravate previste dall'art. 605, commi secondo, terzo e quarto, c.p.;</p>
<p>- Violenza privata (art. 610, comma primo, c.p.) Procedibilità a querela nell'ipotesi-base; procedibilità d'ufficio se la persona offesa è incapace, per età o per infermità, oppure se concorrono le condizioni previste dall'art. 339 c.p. (nuovo comma terzo);</p>
<p>- Minaccia (art. 612, comma primo, c.p.) Procedibilità a querela nell'ipotesi-base (anche in caso di recidiva); procedibilità d'ufficio se la minaccia è fatta in uno dei modi dell'art. 339 c.p., oppure se la minaccia è grave e ricorrono</p>

vantaggio; conf. Cass. 18 novembre 2014, dep. 2015, n. 8998, Genovese, Rv. 262564-01; Cass. 13 luglio 2011, n. 38347, Cacò, Rv. 250948-01; Cass. 23 settembre 2010, n. 35997, P.M. in proc. Licciardello e altri, Rv. 248163-01, con nota di V. NOTARGIACOMO, *La rilevanza dell'età della vittima ai fini dell'aggravante della minorata difesa*, in *Cass. pen.*, 2011, n. 6, pagg. 2151 ss.; *contra*, nel senso invece che l'agevolazione all'agire illecito derivante dall'età *avanzata* della persona offesa è *in re ipsa*, senza che gravi in capo al giudice di merito uno specifico e ulteriore onere motivazionale rispetto al riscontro obiettivo dell'età della persona offesa, v. Cass. 21 febbraio 2019, n. 12796, De Paola, Rv. 275305-01.

⁶⁴ Cfr. Relazione illustrativa, cit., pag. 487.

⁶⁵ «Una delle linee di fondo della legge n. 134 del 2021 è infatti quella di incentivare tali condotte in vista della estinzione del reato prima della celebrazione del processo, a beneficio dell'imputato, della vittima e del sistema giudiziario. Estendere la procedibilità a querela a reati contro la persona e contro il patrimonio, di frequente contestazione, come ad esempio nel caso delle lesioni personali e del furto, rappresenta un forte incentivo alla riparazione dell'offesa nonché alla definizione anticipata del procedimento penale attraverso la remissione della querela o l'attivazione della causa estintiva di cui all'art. 162 *ter c.p.* (disposizione ad oggi scarsamente applicata, specie in sede dibattimentale, come si legge nella Relazione del Primo Presidente della Cassazione in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2021 – *ivi*, pag. 61)»: in termini, Relazione illustrativa, *loc. ult. cit.* (corsivi originali).

⁶⁶ Querela nell'ipotesi *attenuata* di cui al settimo comma (qualora l'evento non sia di esclusiva conseguenza dell'azione o dell'omissione del colpevole) e nell'ipotesi di pluralità di eventi lesivi, di cui all'art. 590-*bis*, ultimo comma, c.p. (ove non si configurano circostanze aggravanti bensì ipotesi speciali di concorso formale di reati, caratterizzate da una mera unificazione *quoad poenam* dei singoli reati, da considerare separatamente).

aggravanti a effetto speciale diverse dalla recidiva, ovvero se la persona offesa⁶⁷ è incapace, per età o per infermità (nuovo comma terzo);

- **Violazione di domicilio** (art. 614, commi primo e secondo, c.p.)

Procedibilità a querela nella fattispecie-base e anche in quella aggravata del fatto commesso con violenza sulle cose⁶⁸; procedibilità d'ufficio se il fatto è commesso con violenza alle persone, ovvero se il colpevole è palesemente armato oppure se il fatto è commesso con violenza sulle cose nei confronti di persona incapace, per età o per infermità (nuovo comma quarto).

DELITTI CONTRO IL PATRIMONIO

- **Furto** (artt. 624, comma primo, 625, comma primo, c.p.)

Procedibilità a querela nella fattispecie-base e anche nelle ipotesi aggravate dell'art. 625, nn. 2, 3, 4, 5, 6, 7 limitatamente al fatto commesso su cose esposte alla pubblica fede, 8, 8-*bis* e 8-*ter*, c.p.;

procedibilità d'ufficio se la persona offesa è incapace per età o per infermità ovvero se ricorre alcuna delle aggravanti di cui ai nn. 7 (fatto commesso su cose esistenti in uffici o stabilimenti pubblici o sottoposte a sequestro o a pignoramento o destinate a pubblico servizio o a pubblica utilità, difesa o reverenza: cfr. Cass. 8 febbraio 2023, n. 9452, Bruno; restano escluse le cose esposte alla pubblica fede⁶⁹) e 7-*bis* (fatto commesso su componenti metalliche o altro materiale sottratto ad infrastrutture destinate all'erogazione di energia, di servizi di trasporto, di telecomunicazioni o di altri servizi pubblici e gestite da soggetti pubblici o da privati in regime di concessione pubblica) dell'art. 625 c.p.⁷⁰;

- **Turbativa violenta del possesso di cose immobili** (art. 634, commi primo e secondo, c.p.)

Procedibilità a querela;

procedibilità d'ufficio se la persona offesa è incapace, per età o per infermità (nuovo comma terzo)

- **Danneggiamento** (art. 635, commi primo, secondo e terzo, c.p.)

Procedibilità a querela;

procedibilità d'ufficio se la persona offesa è incapace, per età o per infermità, ovvero se il fatto è commesso in occasione del delitto previsto dall'art. 331 c.p. (nuovo comma quinto);

- **Truffa** (art. 640, commi primo e secondo, c.p.)

Procedibilità a querela nelle ipotesi-base e in quelle aggravate dal danno patrimoniale di rilevante entità (nuovo comma terzo dell'art. 640 c.p.;

procedibilità d'ufficio nelle ipotesi aggravate speciali previste nel capoverso

- **Frode informatica** (art. 640-ter, commi primo, secondo e terzo, c.p.)

Procedibilità a querela nelle ipotesi-base e in quelle aggravate dal danno patrimoniale di rilevante entità (nuovo comma quarto dell'art. 640-ter c.p.);

procedibilità d'ufficio nelle ipotesi aggravate ai sensi del secondo e terzo comma e in quella aggravata ex art. 61, primo comma, n. 5, c.p. limitatamente all'aver approfittato di circostanze di persona, anche in riferimento all'età

- **Appropriazione indebita** (artt. 646 in riferimento all'art. 649-bis, comma primo, c.p.)

Procedibilità a querela nelle ipotesi-base (anche in caso di recidiva) e in quelle aggravate dal danno patrimoniale di rilevante entità (nuovo comma primo dell'art. 649-bis, c.p.);

procedibilità d'ufficio nelle ipotesi dell'art. 649-bis c.p. (esclusa la recidiva)

CONTRAVVENZIONI DI POLIZIA IN MATERIA DI ORDINE PUBBLICO E TRANQUILLITÀ PUBBLICA

- **Disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone** (art. 659 c.p.)

Procedibilità a querela nell'ipotesi-base; procedibilità d'ufficio se la persona offesa è incapace, per età o per infermità, oppure se il fatto ha ad oggetto spettacoli, ritrovi o trattenimenti pubblici (nuovo comma terzo) oppure se il fatto è commesso da chi esercita una professione o un mestiere rumoroso contro le disposizioni di legge o le prescrizioni dell'autorità (comma secondo)

- **Molestia o disturbo alle persone** (art. 660 c.p.)

Procedibilità a querela nell'ipotesi-base; procedibilità d'ufficio se la persona offesa è incapace, per età o per infermità (nuovo comma secondo)

⁶⁷ Il legislatore delegato ha precisato di aver utilizzato l'espressione "persona offesa" e non "persona contro la quale è rivolta o diretta la minaccia" per evitare possibili equivoci, posto che il "bersaglio" della minaccia (la persona oggetto del male ingiusto minacciato) può non coincidere con la persona che percepisce la minaccia.

⁶⁸ La modifica del regime di procedibilità non fa venir meno la possibilità di effettuare l'arresto facoltativo in flagranza, previsto anche per le ipotesi procedibili a querela dall'art. 381, comma 2, lett. *f-bis*, c.p.p.

⁶⁹ Annotata da A. NATALINI, Furto di energia elettrica destinata a servizio pubblico: resta procedibile d'ufficio anche dopo la riforma Cartabia, in NT Plus Diritto, quotidiano online dell'8 marzo 2023.

⁷⁰ La procedibilità d'ufficio, in queste ipotesi, è giustificata in ragione del maggiore disvalore penale del fatto all'offesa al patrimonio pubblico e per la dimensione pubblicistica dell'oggetto materiale della condotta.

Tra i **delitti contro la persona** resi procedibili a querela si annovera anzitutto il reato di lesioni personali stradali gravi o gravissime (art. 590-*bis*, comma 1, c.p., nell'ipotesi-base non aggravata), la cui perseguibilità officiosa aveva dato origini a questioni di legittimità costituzionale avverso il D.lgs. n. 36 del 2018 per asserita violazione dell'art. 1, comma 16, lett. *a*) e *b*), della legge delega n. 103 del 2017, nella parte in cui non annoverava tra le fattispecie oggetto della modifica del regime di procedibilità anche il delitto previsto dall'art. 590-*bis*, comma primo, c.p.⁷¹: il legislatore delegato del 2022, nel rendere questo reato – di frequente verifica nella prassi – procedibile a querela di parte nell'ipotesi-base⁷² (e ferma la cognizione del tribunale monocratico⁷³), ha recepito il monito del giudice costituzionale che, pur dichiarando infondata la relativa questione, aveva sollecitato il legislatore ad una “complessiva rimeditazione sulla congruità dell'attuale regime di procedibilità per le diverse ipotesi di reato contemplate dall'art. 590-*bis*” c.p.⁷⁴).

La novella interviene, altresì, sul frequente reato di **lesioni personali** (art. 582, comma primo, c.p.), che, ai fini della sua perseguibilità, viene ora “svincolato” dalla durata della malattia non superiore ai venti giorni (cd. lesioni *lievissime*), con conseguente introdotta procedibilità a querela anche nelle ipotesi delle cd. lesioni *lievi* (malattia compresa tra ventuno e quaranta giorni); tuttavia, quando le lesioni sono commesse contro persona incapace, per età o per infermità, scatta la procedibilità d'ufficio se la malattia ha una durata superiore a venti giorni (nuovo comma secondo dell'art. 582 c.p.). Inoltre la procedibilità d'ufficio è assicurata se ricorre una delle aggravanti di cui agli artt. 61, n. 11-*octies*, c.p. (fatto commesso in danno di personale sanitario e socio-assistenziale), 583 (lesioni gravi e gravissime) e 585 (fatto commesso con armi, anche improprie⁷⁵, o da persona travisata o da più persone riunite, nonché nell'ipotesi dell'art. 576 c.p.), ad eccezione di quelle indicate nell'art. 577, comma primo n. 1 e comma secondo, c.p. (fatto commesso contro l'ascendente o il discendente o contro il coniuge o convivente o l'altra parte dell'unione civile). Come chiarito nella Relazione illustrativa, l'intervento, «limitato a ipotesi che presentano un disvalore ridotto, incentiva condotte riparatorie o risarcitorie, che favoriscono la remissione della querela o l'estinzione del reato per condotte riparatorie, ai sensi dell'art. 162 *ter* c.p. Trattandosi di una fattispecie di frequente contestazione, l'effetto deflattivo sul carico giudiziario qui si annuncia significativo, ancor più in considerazione del fatto che l'intervento di riforma comporta indirettamente un **ampliamento della competenza del giudice di pace** in virtù della disciplina di cui all'art. 4, comma 1, lett. *a*) D.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, che attribuisce allo stesso la competenza per le lesioni personali perseguibili «*querela di parte*»⁷⁶. A ben vedere questo risultato – che trova già l'autorevole avallo dalla prima giurisprudenza di legittimità⁷⁷ – non sembrava del tutto scontato perché quest'ultima previsione, *a rigore*,

⁷¹ Sebbene si trattasse di reati puniti con una pena compresa nella forbice edittale per la quale il legislatore delegante avesse previsto l'introduzione della procedibilità a querela (pena detentiva inferiore nel massimo al limite di quattro anni) e non rientranti in alcuna delle ipotesi per le quali dovesse mantenersi ai sensi dei commi successivi la procedibilità d'ufficio.

⁷² Secondo la Relazione illustrativa, cit., pag. 486, l'introduzione della procedibilità a querela per questo reato «rappresenta un fondamentale filtro in grado di portare il giudice penale a confrontarsi con quelle rare ipotesi (ad es., lesioni di particolare gravità, risarcimento non riconosciuto) in cui è realmente richiesto il suo intervento».

⁷³ Cfr. Cass. 12 giugno 2018, n. 46394, P.G. c. D'Angelo, Rv. 274273-01; Cass. 20 giugno 2017, n. 48249, Confl. comp. in proc. Coppa, Rv. 271318-01.

⁷⁴ Corte cost. n. 248 del 2020, ne *Il Penalista*, 2019, con nota di A. SALERNO; v. anche Corte cost. n. 223 del 2019, *ibidem*, 2019, con nota di A. TRINCI.

⁷⁵ Cfr. Cass. 6 giugno 2016, n. 54148, P.M. in proc. Vania, Rv. 268750-01: fattispecie aggravata relativa ad utilizzo di manico di scopa, arma impropria ai sensi dell'art. 4, comma secondo, della legge n. 110 del 1975, che ha determinato la procedibilità d'ufficio e l'esclusione della competenza del giudice di pace.

⁷⁶ Relazione illustrativa, cit., pag. 488.

⁷⁷ Cass. 10 gennaio 2023, n. 12517, Cinquina, Rv. 284375-01, ne *Il Penalista*, 29 giugno 2023, con nota di A. NATALINI, *Riforma Cartabia: è competente il giudice di pace per le lesioni divenute procedibili a querela*; cfr. altresì Cass. 11 gennaio 2023, n. 15728, Turco, Rv. 284586-01, così massimata: «La violazione del principio di legalità della pena deve essere rilevata d'ufficio dal giudice dell'impugnazione anche quando dipenda da una riforma legislativa che, intervenuta successivamente alla sentenza impugnata, abbia modificato il trattamento sanzionatorio in senso favorevole all'imputato. (Fattispecie in cui la Corte ha annullato la decisione con la quale il giudice d'appello aveva inflitto la pena della reclusione in ordine al delitto di lesioni personali, divenuto procedibile a querela a seguito della modifica normativa introdotta dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, e, pertanto, di competenza del giudice di pace ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. a), d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, Autorità giudiziaria cui è preclusa la possibilità di infliggere pene detentive)». Nello stesso senso v. altresì Cass. gennaio 2023, n. 10669, T., Rv. 284371-01, così massimata: «In tema di lesioni personali lievi, divenute procedibili a querela per effetto dell'art. 2, comma 1, lett. b), d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, rientrando il delitto nella competenza per materia del giudice di pace, è illegale l'inflizione della pena della reclusione, anche nel caso in cui esso sia stato

richiama testualmente l'art. 582 «*limitatamente alle fattispecie di cui al comma 2 perseguibili a querela di parte ad esclusione dei fatti commessi contro uno dei soggetti elencati dall'art. 577, secondo comma, ovvero contro il convivente*»⁷⁸, ossia un segmento normativo *topograficamente* diverso da quello oggi inciso dalla novella; tuttavia, pur in rilevato difetto di un coordinamento sistematico, coerentemente con la declamata *intentio legislatoris*, non può prescindere dalla considerazione che il “micro-sistema” del giudice onorario sia stato selezionato *illo tempore* con riferimento alle fattispecie penali che attingono l'area della conflittualità individuale, connotate per l'appunto dalla perseguibilità a querela⁷⁹ ovvero agli illeciti comportanti lesioni o danni ad un soggetto privato che rendono possibile l'eliminazione delle conseguenze dannose del reato anche attraverso le restituzioni o il risarcimento del danno⁸⁰. Inoltre, diversamente opinando, il mantenimento della competenza del tribunale motivato su tale “disallineamento” topografico comporterebbe una modifica *in peius* del trattamento sanzionatorio (perché determinerebbe l'applicazione delle sanzioni detentive *illegali* in luogo delle più favorevoli sanzioni pecuniarie previste dall'art. 52 del D.lgs. n. 274 del 2000⁸¹) e si porrebbe in antitesi con gli obiettivi deflazionistici della riforma. Dunque, con l'entrata a regime della riforma deve ritenersi mutata anche la disciplina regolatrice del processo – certo processuale ma con effetti anche sostanziali – per modificazione normativa susseguente, con conseguente ritenuta competenza *ratione materiae* del giudice di pace per i reati di lesione personale procedibili a querela.

Residua il dubbio, nondimeno, per i «*fatti commessi contro uno dei soggetti di cui all'art. 577, secondo comma, ovvero contro il convivente*», siccome espressamente eccettuati dall'art. 4, comma 1, lett. a), del D.lgs. n. 274 del 2000, ma, oggi, divenuti procedibili a querela per espressa eccettuazione normativa. Rispetto a tali fatti dovrebbe mantenersi ferma la cognizione del tribunale monocratico, non potendosi superare per via interpretativa il dato normativo e, peraltro, apparendo detta attribuzione (col conseguente regime sanzionatorio ordinario) coerente con il particolare disvalore annesso a tali episodi, commessi in ambito endofamiliare.

2.2 Favor querelae e regime transitorio

Il nuovo regime di procedibilità a querela di parte si applica a partire dall'entrata in vigore del decreto, fissata dall'art. 99-*bis* del D.lgs. n. 150 del 2022 al 30 dicembre 2022.

In forza di consolidato orientamento giurisprudenziale, il più favorevole regime integra una *lex mitior* di natura anche sostanziale, in quanto riguardante un istituto da assimilare a quelli che entrano a comporre il quadro per la determinazione dell'*an* e del *quomodo* di applicazione del precetto⁸², con conseguente applicazione **retroattiva** ai sensi dell'art. 2, comma quarto, c.p. anche ai processi **in corso** per reati commessi fino al 29 dicembre 2022, come peraltro già chiarito dal giudice di legittimità⁸³.

Non vale, tuttavia, la regola della cedevolezza del giudicato: infatti non è possibile assimilare il caso di specie né ad un'ipotesi di *abrogatio criminis* con sequenziale applicazione del disposto di cui all'art. 673

commesso prima dell'entrata in vigore della suddetta disposizione normativa o sia stato giudicato da un giudice diverso. (In motivazione, la Corte ha evidenziato un difetto di coordinamento tra l'art. 4, comma 1, lett. a), d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 e l'art. 582, comma secondo, cod. pen., in quanto il primo, che non è stato modificato, continua a riferirsi al secondo che, invece, non individua più ipotesi procedibili a querela)».

⁷⁸ Le parole «*ad esclusione dei fatti commessi contro uno dei soggetti elencati dall'art. 577, secondo comma, ovvero contro il convivente*» sono state inserite dall'art. 2, comma 4-*bis*, del d.l. 4 agosto 2013, n. 93, conv., con modif., dalla legge 15 ottobre 2013, n. 119.

⁷⁹ Per la quasi totalità delle ipotesi: in termini A.A. MARANDOLA, *Il procedimento penale innanzi al Giudice di pace*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. VII – *Modelli differenziati di accertamento*, t. 1, a cura di G. Garuti, Torino, 2011, pag. 96. Cfr. altresì D. POTETTI, *Questioni in tema di reati contro la persona di competenza del giudice di pace*, in *Riv. pen.*, 2009, pag. 3.

⁸⁰ A.A. MARANDOLA, *op. ult. cit.*, pag. 97.

⁸¹ Cass. 11 gennaio 2023, n. 15728, cit.; Cass. 10 gennaio 2023, n. 10669, cit.

⁸² Così, in tema di procedibilità d'ufficio per i reati sessuali, Cass. 8 giugno 2015, n. 44390, R., Rv. 265999-01; Cass. 8 giugno 1997, n. 2733, Frualdo, Rv. 209188-01; in tema di procedibilità a querela introdotta per il reato di cui all'art. 642 c.p., cfr. Cass. 24 settembre 2008, n. 40399, Calabrò e altri, Rv. 241862-01.

⁸³ Cass. 9 gennaio 2023, n. 19971, cit., in motiv.: “[...] trattandosi di disposizione di carattere processuale introducente un regime giudiziario più favorevole all'imputato, è applicabile anche ai processi in corso, fra questi compresi anche quelli pendenti in grado di legittimità” (pag. 7); Cass. 31 gennaio 2023, n. 19975, Cardarulo ed altri, non mass.

c.p.p., non trattandosi di una modifica idonea ad incidere su un elemento costitutivo della fattispecie⁸⁴, né ad una pronuncia di incostituzionalità potenzialmente idonea a travolgere gli effetti anche delle sentenze divenute irrevocabili ed in astratto anche se più favorevoli.

Rispetto ai procedimenti in corso di dibattimento per reati divenuti procedibili a querela a seguito della riforma Cartabia, il giudice di legittimità si è già espresso nel senso che la manifestazione della volontà punitiva da parte della persona offesa può essere **implicitamente** desunta, nei processi in corso, dall'**avvenuta costituzione di parte civile** o dalla riserva di costituirsi parte civile⁸⁵. Tale arresto si iscrive in quel consolidato indirizzo di legittimità – avallato a livello massimamente nomofilattico⁸⁶ – che si ispira al principio del *favor querelae*, per cui la sussistenza della volontà di punizione da parte della persona offesa, non richiedendo formule particolari, può essere riconosciuta anche nell'atto con il quale la persona offesa si costituisce parte civile, nonché nella persistenza di tale costituzione nei successivi gradi di giudizio⁸⁷. Dunque, una costituzione di parte civile intervenuta a partire dal 30 dicembre 2022 per un reato divenuto procedibile a querela potrebbe essere interpretata come persistente volontà punitiva, apprezzabile ai fini del nuovo regime di procedibilità, senza che sia necessaria la notifica dell'informativa alla parte offesa.

L'art. 85 del D.lgs. n. 150 – modificato rispetto alla primigenia versione dall'art. 5-*bis* del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 dicembre 2022, n. 199 – reca un'espressa **disciplina transitoria** in materia di modifica del regime di procedibilità.

Regolando *ex lege* la retroattività di tale nuovo regime *di favore* (art. 2, comma quarto, c.p.), tale disciplina *ab origine* ricalcava pedissequamente quella dei precedenti interventi sistematici operati, nella medesima direzione della “querela-selezione”, con gli artt. 12 del D.lgs. n. 36 del 2018⁸⁸, 19 della legge n. 205 del 1999 e 99 della legge n. 689 del 1981. Come in passato, le disposizioni transitorie *ex art. 85 D.lgs. n. 150* inizialmente erano modellate su uno schema “bifasico” adattato alle trattezie regole *lex interpellat pro iudice* (comma 1) e, rispettivamente, *iudex interpellat pro lege* (comma 2), secondo il quale:

per i reati commessi anteriormente all'entrata in vigore del decreto [quindi fino al 29 dicembre 2022] divenuti perseguibili a querela in base agli artt. 2 e 3 D.lgs. n. 150 del 2022, l'ordinario termine per proporre querela (trimestrale: art. 124 c.p.⁸⁹) decorre dall'entrata in vigore della riforma [30 dicembre 2022], se la persona offesa ha avuto in precedenza notizia del fatto costituente reato non ancora iscritto (artt. 85, comma 1, e 99-*bis*, D.lgs. n. 150 del 2022);

per i reati già procedibili d'ufficio per i quali, alla data di entrata in vigore della riforma [30 dicembre 2022] fosse stata già esercitata l'azione penale, l'autorità giudiziaria [*id est*: il pubblico ministero in fase di indagini preliminari, tramite segreteria; il giudice in fase dibattimentale, a mezzo cancelleria] avrebbe dovuto informare la persona offesa – ricorrendo, se del caso, ad ogni utile ricerca anagrafica – della facoltà di esercitare il diritto di querela ed il termine per la sua proposizione sarebbe decorso “*dal giorno in cui la persona offesa è stata informata*” (art. 85, comma 2, D.lgs. n. 150 del 2022, nell'originaria versione).

⁸⁴ Cass. 3 dicembre 2019, n. 1628, Cela, Rv. 277925-01: fattispecie relativa al delitto di appropriazione indebita aggravato art. 61, comma primo, n. 11, c.p., divenuto procedibile a querela a seguito del d.lgs. n. 36 del 2018.

⁸⁵ Cass. 9 gennaio 2023, n. 19971, cit.

⁸⁶ Cfr. Cass., S.U., 21 giugno 2018, n. 40150, cit., secondo cui, onde evitare conseguenze aberranti derivanti da una interpretazione formalistica della norma transitori di cui all'art. 12, comma 2, del d.lgs. n. 36 del 2018 [analoga a quella di cui all'art. 85 d.lgs. n. 150 del 2022, versione originaria], l'avviso alla persona offesa circa la facoltà di proporre querela per un reato già procedibile d'ufficio non deve essere dato quando risulti dagli atti la volontà della stessa persona offesa di agire (o non agire) nei confronti del presunto autore del reato (es. la costituzione di parte civile oppure – in senso contrario – la rinuncia, espressa o tacita; l'irreperibilità della p.o.).

⁸⁷ Cass. 19 ottobre 2001, n. 43478, Cosenza, Rv. 220259-01; conf. Cass. 3 maggio 2011, n. 19077, Magli e altro, Rv. 250318-01; diff. Cass. 5 dicembre 2018, n. 7532, Farago, Rv. 275128-01.

⁸⁸ Cass., S.U., 21 giugno 2018, n. 40150, cit., così massimata: «In tema di condizioni di procedibilità, con riferimento ai reati divenuti perseguibili a querela per effetto del d.lgs. 10 aprile 2018, n. 36 ed ai giudizi pendenti in sede di legittimità, l'inammissibilità del ricorso esclude che debba darsi alla persona offesa l'avviso previsto dall'art. 12, comma 2, del predetto decreto per l'eventuale esercizio del diritto di querela» (Rv. 273551-01); «In tema di prescrizione, in relazione ai reati divenuti perseguibili a querela per effetto del d.lgs. 10 aprile 2018, n. 36, durante il tempo necessario all'espletamento della procedura di informativa alla persona offesa della facoltà di proporre querela, prevista dalla disciplina transitoria di cui all'art. 12, comma 2, del predetto decreto, non opera la sospensione del corso della prescrizione del reato, non potendo gravare sull'imputato l'impiego di un termine per consentire alla persona offesa di esprimersi, con la possibilità di far proseguire il processo pendente» (Rv. 273552-01).

⁸⁹ Quello annuale di cui all'art. 609-*septies*, comma secondo, c.p. non viene qui in rilievo, in quanto i reati sessuali non sono incisi dall'odierna riforma; per le stesse ragioni, non viene in rilievo neppure quello semestrale di cui agli artt. 612-*bis*, comma quarto, e 612-*ter*, comma quinto e nono, c.p.

Senonché l'art. 5-*bis* del d.l. n. 162 del 2022, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 199 del 2022, ha interamente sostituito il comma 2 dell'art. 85 del D.lgs. n. 150 del 2022, dedicandolo interamente (solo) alla materia delle **misure cautelari personali** prevedendo che esse, ove in corso di esecuzione alla data del 30 dicembre 2022, avrebbero perso efficacia se, entro **venti giorni** dall'entrata in vigore della nuova disciplina, l'autorità giudiziaria che procede non avesse acquisito la querela.

In seguito all'operata modifica del cit. comma 2 dell'art. 85 D.lgs. n. 150 del 2022, è stato posto sulla stessa persona offesa l'onere di attivarsi autonomamente per proporre eventuale querela, entro l'ordinario termine trimestrale, da ritenersi decorrente dall'entrata in vigore della riforma (quindi dal 30 dicembre 2022), senza più diritto alla previa informazione da parte dell'autorità giudiziaria procedente.

In ragione di tale assetto di diritto intertemporale, dovrebbe quindi ritenersi che, nella primissima fase temporale decorrente dall'entrata in vigore della riforma, il giudice monocratico non possa emettere una sentenza di immediato proscioglimento per difetto di querela, poiché la fattispecie complessa di improcedibilità può ritenersi perfezionata solo dopo il decorso del termine trimestrale entro il quale la parte offesa, autonomamente, poteva determinarsi rispetto ad un fatto per il quale, fino al 30 dicembre 2022, nutiva la legittima aspettativa di punizione confidando nella procedibilità officiosa.

Il nuovo comma 2-*ter* aggiunto all'art. 85 del D.lgs. 150 del 2022 ad opera dell'art. 5-*bis* del d.l. n. 162 del 2022, come convertito, ha chiarito poi che per i reati previsti dagli artt. 609-*bis*, 612-*bis* e 612-*ter* c.p., commessi prima del 30 dicembre 2022 si continua a procedere d'ufficio quando il fatto è connesso con un delitto divenuto perseguibile a querela per effetto delle disposizioni contenute nel D.lgs. n. 150. A ben vedere, le norme incriminatrici surrichiamate prevedono già la procedibilità d'ufficio nel caso in cui i fatti risultino connessi con altri reati procedibili d'ufficio. Con il nuovo comma 2-*ter* si è voluto quindi precisare che il mutamento di procedibilità dei reati connessi non incide sulla perdurante procedibilità officiosa dei reati di violenza sessuale, di atti persecutori e di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (cd. "*revenge porn*").

2.3 Remissione della querela

Sul correlato versante della **remissione** della querela (art. 152 c.p.), strumento dismissivo che determina un effetto-filtro *in itinere*⁹⁰ in quanto determina la chiusura anticipata del procedimento penale, con contrazione dei tempi processuali, mediante l'estinzione del reato⁹¹, si registrano tre interventi novellistici, ascrivibili al generale obiettivo di ampliare le ipotesi di "accesso" o - come nella specie - di "uscita" di quegli istituti processual-penalistici aventi finalità o ricadute deflative⁹².

Una prima modifica si è resa necessaria per consentire all'operatività dell'istituto remissivo non più solo in relazione ai delitti, ma anche alle contravvenzioni, nelle ipotesi in cui per esse è prevista *a regime* la procedibilità a querela (artt. 659, primo comma, e 660 c.p.). A tal fine, l'art. 1, comma 1, lett. *b*), n. 1, del D.lgs. n. 150 ha sostituito in seno al comma primo dell'art. 152 c.p. la parola «*delitti*» con «*reati*»: così facendo, la possibilità di remissione è stata permanentemente estesa anche alle contravvenzioni (anche di futura introduzione con procedibilità a querela). Nel codice di rito non si è reso necessario un analogo intervento correttivo, poiché le pertinenti disposizioni già si riferiscono ai «*reati*» in generale (vedi ad es. gli artt. 129 e 531 c.p.p. con riguardo alle formule proscioglitive).

Una seconda modifica, operata dall'art. 1, comma 1, lett. *b*), n. 2, del D.lgs. n. 150, ha introdotto nel nuovo terzo comma aggiunto all'art. 152 c.p., al **n. 1**), quale inedita ipotesi di remissione **tacita** (extraprocessuale) della querela, la circostanza che il querelante abbia partecipato ad un programma di giustizia riparativa concluso con un esito riparativo.

Una terza modifica, infine, in attuazione della direttiva di delega di cui all'art. 1, comma 15, lett. *d*), della legge n. 134 del 2021 («*prevedere quale remissione tacita della querela l'ingiustificata mancata comparizione del*

⁹⁰ A. MADEO, Procedibilità a querela, messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto: una ratio deflativa comune nella "riforma Cartabia", cit., pag. 14.

⁹¹ Anche in presenza di eventuali cause di inammissibilità del ricorso per cassazione, se intervenuta nel corso del giudizio di legittimità: così, da ultimo, Cass. 11 novembre 2021, n. 45594, Vitucci, Rv. 282301-01.

⁹² A prima lettura, cfr. A. NATALINI, Remissione tacita di querela se la persona offesa non compare, in Guida al diritto, 2022, n. 44, pagg. 60 ss.; A. MADEO, loc. ult. cit.

querelante all'udienza alla quale sia stato citato in qualità di testimone), ha introdotto al **n. 2** del nuovo comma terzo dell'art. 152 cit. l'ipotesi di remissione tacita della querela in caso di **mancata comparizione del querelante** senza giustificato motivo all'udienza alla quale sia stato citato a comparire come testimone. Il legislatore delegato ha qui consacrato *iure positivo* una prassi invalsa negli uffici giudicanti, a fini deflattivi, ed avallata dalla giurisprudenza, anche nomofilattica, che ha ripetutamente affermato il principio di diritto secondo cui costituisce un'ulteriore causa di remissione tacita, di ordine processuale – da affiancarsi a quella extraprocessuale prevista dall'art. 152, comma secondo, c.p. – l'assenza del querelante all'udienza dibattimentale, purché previamente ed espressamente avvertito dal giudice dell'interpretazione che sarebbe derivata come fatto incompatibile con la volontà di persistere nella querela⁹³).

Come si spiega nella Relazione illustrativa, il riferimento al carattere «*ingiustificato*» della mancata comparizione all'udienza del querelante ha reso «superflua l'introduzione di clausole di salvaguardia assimilabili a quella dettata dall'art. 500, comma 4, c.p.p.», avendo il giudice (di ufficio o su impulso di parte) il generale «potere/dovere di svolgere accertamenti sulla prova di un fatto processuale (laddove vi siano elementi suggestivi dell'esistenza di indebiti condizionamenti sul teste)», sicché dovrà ritenersi «*senza giustificato motivo*» la mancata comparizione del querelante che si ritenga possa essere conseguenza di qualsivoglia forma di indebito condizionamento (violenza, minaccia, offerta o promessa di danaro o di altra utilità, diverse dal risarcimento del danno)⁹⁴.

Il nuovo comma quarto altresì aggiunto all'art. 152 c.p., reca, infine, una clausola di salvaguardia a tutela delle **fasce deboli**: in forza di essa, la previsione di nuovo conio che annette effetti remissivi taciti alla mancata comparizione del querelante all'udienza in cui debba testimoniare non si applica quando il querelante è minorenne, è incapace (per ragioni, anche sopravvenute, di età o di infermità) o sia persona in condizione di particolare vulnerabilità ai sensi dell'art. 90-*quater* c.p.p., oppure quando è persona che ha proposto querela agendo in luogo della persona offesa e nell'assolvimento di un dovere di carattere pubblicistico (si pensi alle querele presentate dagli esercenti la responsabilità genitoriale, dai tutori, dagli amministratori di sostegno - allorché ne abbiano il potere - e dai curatori speciali). In tali casi, sono stati esclusi gli effetti dell'automatismo remissivo che, altrimenti, avrebbe determinato «il rischio che eventuali negligenze del rappresentante non comparso come testimone possano risolversi in una diminuzione di tutele per gli interessi sostanziali del rappresentato»⁹⁵.

3. Estensione della non punibilità per particolare tenuità del fatto

Nell'ambito dei generali obiettivi di deflazione processuale ed esecutiva perseguiti dalla riforma Cartabia, il legislatore delegato, oltre ad intervenire sul regime di procedibilità, a querela, dei reati che si presentano con una certa frequenza nella prassi – e che si prestano a condotte risarcitorie e riparatorie, con conseguente rimettibilità della querela medesima (v. *supra*) –, ha altresì implementato la causa di non punibilità della **particolare tenuità del fatto**⁹⁶, definita in dottrina “valvola deflattiva di primaria importanza che trova fondamento nel principio di meritevolezza della pena, in stretta connessione con i principi di *extrema ratio* e proporzione della sanzione penale”⁹⁷.

In particolare, in attuazione del criterio di delega di cui all'art. 1, comma 21, della legge n. 134 del 2021, con l'art. 1, comma 1, lett. c), del D.lgs. n. 150 del 2022, è intervenuto, con tecnica novellistica, in

⁹³ Cass., S.U., 23 giugno 2016, n. 31668, P.G. in proc. Pastore, Rv. 267239-01, annotata da C. SANTANGELO, in *Cass. pen.*, 2017, pag. 528 ss.; conf. Cass. 20 ottobre 2022, n. 42334, P.G. c. De Luca, non mass.; Cass. 29 gennaio 2021, n. 5801, P.M. c. Statuetta, Rv. 280484-01; Cass. 22 dicembre 2015, dep. 216, n. 12186, P.G. in proc. D'Orazio, Rv. 266374-01.

⁹⁴ In termini, testualmente, Relazione illustrativa, pag. 502 s. Sottolinea il rischio che ogni magistrato possa considerare discrezionalmente ingiustificata l'assenza in modo fittizio (usando, cioè, formulette di stile), senza indagarne i reali motivi, A. MADEO, *op. cit.*, pag. 15, che lamenta un *deficit* di determinatezza della nuova fattispecie di remissione tacita, potendo «venire penalizzati gli interessi dell'offeso, come nel caso in cui questi non fosse comparso per un impedimento improvviso e imprevedibile, che non gli ha consentito di preavvisare l'autorità giudiziaria».

⁹⁵ Relazione illustrativa, pag. 503.

⁹⁶ Per tutti, sulla novella, v. a prima lettura, D. BRUNELLI, La tenuità del fatto nella riforma “Cartabia”: scenari per l'abolizione dei minimi edittali?, in *Sistema penale*, 13 gennaio 2022; Id., Le modifiche alla non punibilità per tenuità del fatto, in *Diritto penale e processo*, 2023, pag. 54 ss.

⁹⁷ E. ANDOLINA, Gli strumenti di deflazione endo-processuale, cit., pag. 1369.

seno all'art. 131-*bis* c.p., in una **triplice** direzione⁹⁸:

1) generale estensione dell'ambito di applicabilità dell'istituto ai reati per i quali è prevista la pena detentiva **non superiore nel minimo a due anni di reclusione** (primo comma), quindi indipendentemente dal massimo edittale⁹⁹;

2) attribuzione di rilievo anche alla **condotta susseguente al reato** ai fini della valutazione del carattere di particolare tenuità dell'offesa (primo comma);

3) **esclusione** del carattere di particolare tenuità dell'offesa – e, pertanto, dell'applicazione dell'istituto di favore – in relazione ai reati riconducibili alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011, e ad ulteriori reati di particolare gravità (secondo comma) ovvero di taluni reati militari.

3.1 Nuovi limiti edittali di applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p.

Lungo la prima direttrice, in perfetta aderenza al criterio direttivo della legge delega¹⁰⁰, nel primo comma dell'art. 131-*bis* c.p. sono state sostituite le parole «*pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni*» con le parole «*pena detentiva non superiore nel minimo a due anni*».

Fino alla novella in commento la speciale causa di non punibilità in esame riguardava, per l'appunto, i reati puniti con una pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, nonché, per effetto dell'intervento del giudice delle leggi¹⁰¹, i reati privi di minimo edittale di pena detentiva, anche quando il massimo edittale di quella pena fosse superiore a cinque anni¹⁰².

L'odierna modifica legislativa, intervenendo sul presupposto *quoad poenam* di applicabilità dell'esimente, prospetta un significativo **ampliamento** del raggio di azione dell'art. 131-*bis* c.p., indipendentemente dall'entità del massimo edittale della pena detentiva, introducendo un nuovo e diverso criterio di riferimento, basato unicamente sul **minimo** di pena¹⁰³, che meglio riflette il possibile minore

⁹⁸ A prima lettura, cfr. A. NATALINI, Riparametrati i limiti di accesso, esclusi i reati di violenza domestica, in Guida al diritto, 2022, n. 44, pagg. 74 ss.; A. MADEO, op. cit., pagg. 27 ss.

⁹⁹ L'ampliamento riguarda reati puniti con pena detentiva superiore nel massimo a cinque anni e non superiore, nel minimo, a due anni, finora esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 131-*bis* c.p.; è ad esempio il caso del furto aggravato ex art. 625, comma 1, c.p. (punito con la reclusione da due a sei anni), della ricettazione ex art. 648 c.p. (punita con la reclusione da due a otto anni), o della falsità materiale del pubblico ufficiale in atti pubblici ex art. 476 c.p. (punita con la reclusione da uno a sei anni). Si tratta, in questi e in altri casi, di reati oggetto di procedimenti penali con elevata incidenza statistica nei ruoli d'udienza, che non di rado hanno ad oggetto fatti di particolare tenuità e per i quali – rimarca la Relazione illustrativa, cit., pagg. 510 s. – «non essendo possibile disporre nel corso delle indagini l'archiviazione per particolare tenuità del fatto, ovvero il proscioglimento in primo grado, possono addirittura essere celebrati tre gradi di giudizio, impegnando complessivamente nove giudici (uno in primo grado, tre in appello e cinque in cassazione)». Basti pensare, nella vasta casistica giurisprudenziale in tema di delitti contro il patrimonio, a casi emblematici nei quali – all'esito del giudizio – era finora applicabile l'attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità (art. 62, n. 4, c.p.), ma, per il (previgente) limite edittale di pena, non la causa di esclusione della punibilità ex art. 131-*bis* c.p.

¹⁰⁰ Sulle ragioni che hanno ispirato la legge delega nell'ancorare l'ambito di applicazione dell'istituto al minimo edittale della pena detentiva, e non più al massimo, come suggerito dalla dottrina e da precedenti commissioni di studio, si rinvia a quanto illustrato nella relazione finale della Commissione "Lattanzi" sulla riforma della giustizia penale (in *Pol. dir. proc.*, 20 maggio 2021, § 4.3), secondo cui «quando si tratta di individuare una sottofattispecie bagatellare, nell'ambito di una determinata figura di reato, assume rilievo il minimo edittale della pena comminata dal legislatore, non il massimo. D'altra parte, la scelta di politica essenziale in ordine alla gravità del reato è espressa dal minimo edittale, ossia dalla soglia di pena in concreto al di sotto della quale, comunque, non potrà scendere il giudice in sede di commisurazione infraedittale». Cfr. in argomento, per brevi cenni, D. PULITANÒ, *Una svolta importante nella politica penale*, in *Legislazione penale*, 15 giugno 2021.

¹⁰¹ Corte cost. n. 156 del 2020, annotata da E. CONTIERI, Una ragionevolezza "a rime sciolte". *Breve commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 156 del 2020*, in *Questione giustizia* online, 8 settembre 2020; I. GIUGNI, *Da un monito (inascoltato) ad un intervento manipolativo: la Consulta rimedia all'inerzia del legislatore ed amplia l'ambito applicativo dell'art. 131-*bis* c.p.*, in *Sistema penale*, 24 novembre 2020; D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate*, *ibidem*, fasc. n. 2/2021.

¹⁰² Paradigmatico il caso della ricettazione di particolare tenuità, ex art. 648, comma secondo, c.p., oggetto del giudizio di legittimità costituzionale che, in un caso relativo alla ricettazione di alcune confezioni di rasoi e lamette da barba, ha dato luogo alla citata sentenza di accoglimento (Corte cost. n. 156 del 2020), ove si richiama la giurisprudenza costituzionale sul principio di proporzionalità della sanzione penale (Corte cost. n. 341 del 2014). Sul precedente monito rivolto dalla Consulta al legislatore, v. Corte cost. n. 207 del 2017.

¹⁰³ E. ANDOLINA, op. cit., pag. 1370, secondo cui l'intento della novella è quello di superare le incongruenze derivate, nella prassi, dall'opzione normativa di ancorare la sfera applicativa alla pena massima edittale di cinque anni, per l'irragionevole aprioristica esclusione di quelle fattispecie di reato – come la ricettazione di particolare tenuità – che, pur oltrepassando il predetto limite edittale, sono, tuttavia, valutate dallo stesso legislatore in termini di potenziale minima offensività, attesa la mancata previsione di un minimo edittale e, dunque, l'operatività del minimo assoluto di quindici giorni di reclusione stabilito dall'art. 23, comma primo, c.p.

disvalore delle fattispecie delittuose nella loro modalità di realizzazione concreta¹⁰⁴. Si pensi al furto aggravato ex art. 625, comma primo, c.p. (punito con la reclusione da due a sei anni), alla ricettazione ex art. 648, comma primo, c.p. (punita con la reclusione da due a otto anni) o alla falsità materiale del pubblico ufficiale in atti pubblici, ex art. 476 c.p. (punita con la reclusione da uno a sei anni).

Come spiega la Relazione illustrativa, si tratta, in questi e in altri casi, di reati oggetto di procedimenti penali con elevata incidenza statistica nei ruoli d'udienza, che spesso hanno ad oggetto fatti di particolare tenuità e per i quali – non essendo possibile finora disporre nel corso delle indagini l'archiviazione per particolare tenuità del fatto, ovvero il proscioglimento in primo grado – possono addirittura essere celebrati tre gradi di giudizio, impegnando complessivamente nove giudici (uno in primo grado, tre in appello e cinque in cassazione). «Basti pensare ad esempio, nella vasta casistica giurisprudenziale in tema di delitti contro il patrimonio, a casi emblematici nei quali – all'esito del giudizio – è oggi applicabile l'attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità (art. 62, n. 4, c.p.), ma, per il limite edittale di pena, non la causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p. È ad esempio il caso del furto in supermercato (spesso commesso per bisogno) di generi alimentari del valore di pochi euro, aggravato per essere commesso su cose esposte alla pubblica fede, o con destrezza o con mezzo fraudolento; del furto (aggravato per l'esposizione alla pubblica fede) di un cartello stradale arrugginito e in disuso (Sez. 4, n. 23093 del 02/02/2017, Rv. 269998-01); del furto (aggravato per le stesse ragioni) di una melanzana prelevata da un campo^{105,106}».

A livello **intertemporale**, trattandosi di istituto sostanziale *di favore*, inquadrabile tra le **cause di non punibilità**, è pacifica l'applicabilità dell'art. 2, comma quarto, c.p., con la conseguenza che l'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 131-*bis*, comma primo, c.p. alle nuove figure delittuose ricavabili *quoad poenam* ha effetto **retroattivo** relativamente ai procedimenti (e processi) pendenti per reati commessi prima dell'entrata in vigore della novella. In tal senso si è già espressa, oltre alla dottrina¹⁰⁷, la prima giurisprudenza di legittimità in più pronunce¹⁰⁸.

Analogamente, si potrebbe desumere l'applicabilità d'ufficio del nuovo art. 131-*bis* c.p. in tutti i casi in cui la sentenza di appello sia anteriore alla data di entrata in vigore della norma¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Cfr. Relazione finale della Commissione "Lattanzi", *loc. cit.*

¹⁰⁵ Cass. 2 novembre 2017, n. 12823, non mass.

¹⁰⁶ Relazione illustrativa, cit., pagg. 509 s., secondo cui le «potenzialità dell'ampliamento dell'ambito di applicazione dell'istituto, introdotto nel 2015 in un sistema caratterizzato dal principio di obbligatorietà dell'azione penale e, pertanto, particolarmente bisognoso di temperamenti, anche e proprio per ragioni di efficienza del sistema processuale, sono testimoniate dai dati statistici forniti dal Ministero della Giustizia, Dipartimento per gli Affari di Giustizia, attraverso il Casellario giudiziale. Dal 2015 l'istituto è stato applicato in oltre 150.000 procedimenti penali, con una media di oltre 25.000 applicazioni per anno, tra il 2019 e il 2021. Nel 55% dei casi, tra il 2015 e il 2022, la causa di non punibilità è stata applicata dal giudice per le indagini preliminari e ha portato a oltre 84.000 provvedimenti di archiviazione per particolare tenuità del fatto (16.885 nel 2021), *evitando la celebrazione di altrettanti processi penali*, magari fino al terzo grado di giudizio. Nel 38% dei casi l'applicazione è avvenuta invece da parte del tribunale (oltre 50.000 provvedimenti di proscioglimento per assoluzione e 9.000 per non doversi procedere); nel 5% dei casi da parte della corte d'appello (oltre 6.000 sentenze di proscioglimento per assoluzione e oltre 1.000 sentenze di proscioglimento per non doversi procedere). Questi dati promettono di crescere sensibilmente, per effetto della riforma, in conseguenza dell'ampliamento dell'ambito di applicazione dell'istituto e, in particolare, della possibilità di escludere la punibilità di furti aggravati ai sensi dell'art. 625, co. 1 c.p. Basti infatti considerare come il furto semplice (art. 624 c.p.) rappresenti oggi di gran lunga il primo reato tra quelli per i quali, secondo i dati del Casellario giudiziale, trova applicazione l'art. 131 *bis* c.p.: oltre 31.000 provvedimenti dal 2015 ad oggi (pari al 17% delle applicazioni complessive dell'istituto, dalla sua introduzione). Oltre a quelli processuali, non trascurabili sono d'altra parte gli effetti di deflazione sul sistema dell'esecuzione penale, conseguenti alla riforma dell'art. 131-*bis* c.p. Il maggior numero di procedimenti definiti con l'applicazione della causa di esclusione della punibilità contribuirà alla riduzione del numero delle condanne a pena detentiva di breve durata (tale è, in un significativo numero di casi, la pena irrogata in presenza di fatti di particolare tenuità, ai quali l'art. 131-*bis* c.p. non è oggi applicabile in ragione dei limiti edittali di pena prevista per il reato per cui si procede). Ciò promette anche un positivo impatto sulle riformate pene sostitutive delle pene detentive brevi e sull'attività di giudici e magistrati di sorveglianza in sede di esecuzione, nonché dell'Ufficio per l'Esecuzione Penale Esterna.»

¹⁰⁷ Cfr. A. MADEO, *op. cit.*, pag. 33, che evoca il principio di retroattività della *lex mitior*.

¹⁰⁸ Cass. 27 gennaio 2023, n. 7573, Arzaroli, Rv. 284241-02, annotata da F. BACCO, *Tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p. e applicazione retroattiva: si cambia il passato per guardare al futuro*, in *Foro it.*, 2023, II, col. 193; cfr. altresì Cass. 15 febbraio 2023, n. 9466, Castrignano, Rv. 284133-01, così massimata: «L'applicabilità della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* cod. pen., come novellato dall'art. 1, comma 1, lett. c), n. 1 d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, in ragione della natura sostanziale dell'istituto, oltre ad essere questione deducibile per la prima volta nel giudizio di legittimità in quanto non proponibile in precedenza, può essere rilevata dalla Corte anche di ufficio ex art. 609, comma 2, cod. proc. pen., pur in caso di ricorso inammissibile».

¹⁰⁹ Arg. Cass. 15 febbraio 2023, n. 9466, cit.

3.2 Rilievo della condotta susseguente al reato

Il secondo intervento riformatore, operato anche in questo caso in seno al primo comma dell'art. 131-*bis*, ha inciso in senso estensivo sui previsti **indicatori** oggettivi e soggettivi cui deve ancorarsi il prudente apprezzamento del giudice al fine di individuare fatti (seppur penalmente illeciti, ritenuti in concreto) immeritevoli di pena, perché connotati da un tasso di minima offensività.

Si è attribuito rilievo (anche) alla **condotta susseguente al reato** ai fini della valutazione del carattere di particolare tenuità dell'offesa (art. 131-*bis*, comma primo, c.p.), con ciò ampliandosi, pure sotto questo profilo post-fattuale, l'ambito di operatività della fattispecie *de qua*, superandosi definitivamente quell'orientamento giurisprudenziale che, sulla base del diritto (pre)vigente, aveva affermato l'irrelevanza, ai fini della declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto, del «comportamento tenuto dall'agente *post delictum* (atteso che l'art. 131-*bis* c.p. correla[va] l'esiguità del disvalore ad una valutazione congiunta delle modalità della condotta, del grado di colpevolezza da esse desumibile, dell'entità del danno o del pericolo, da apprezzare in relazione ai soli profili di cui all'art. 133, comma primo, c.p., e non invece con riguardo a quelli, indicativi di capacità a delinquere, di cui al secondo comma, includenti la condotta susseguente al reato)¹¹⁰.

In piena adesione alla legge delega, è stato dato rilievo, con previsione generale, alla «*condotta susseguente al reato*», senza specificare tipologie di condotte riconducibili a quella formula (ad es., restituzioni, risarcimento del danno, condotte riparatorie, demolizioni, accesso a programmi di giustizia riparativa, ecc.): il legislatore delegato ha inteso così «non limitare la discrezionalità del giudice che, nel valorizzare le condotte *post delictum*, potrà [...] fare affidamento su una locuzione elastica ben nota alla prassi giurisprudenziale, figurando tra i criteri di commisurazione della pena di cui all'art. 133, comma secondo, n. 3 c.p.»¹¹¹. Per effetto di questa novella, il giudice deve considerare non solamente indicatori rivolti, per così dire, al “passato” o al “presente” rispetto al momento della commissione del reato, ma anche uno specifico indicatore concernente ciò che è accaduto dopo quel momento, costituito appunto dalla condotta che l'imputato ha tenuto in epoca posteriore alla realizzazione dell'illecito¹¹².

A livello **intertemporale**, in quanto “servente” rispetto ad una norma di diritto sostanziale, il nuovo parametro di valutazione della tenuità dell'offesa, alla luce della condotta susseguente al reato, si applica **retroattivamente** ai procedimenti in corso per reati commessi prima, come specificamente già chiarito dalla prima giurisprudenza di legittimità¹¹³.

Resta ferma la precisazione – pure questa autorevolmente affermata dalla S.C. – che la condotta susseguente rileverà ai fini dell'apprezzamento dell'entità del danno, ovvero come possibile spia dell'intensità dell'elemento soggettivo¹¹⁴, ma non potrà rendere di particolare tenuità un'offesa che tale non era al momento del fatto, potendo essere valorizzata solo nell'ambito del giudizio complessivo sull'entità dell'offesa recata, da effettuarsi alla stregua dei parametri di cui all'art. 133, comma primo, c.p. (natura, specie, mezzi, oggetto, tempo, luogo e ogni altra modalità dell'azione; gravità del danno o del pericolo; intensità del dolo o della colpa)¹¹⁵. Difatti, la congiunzione «*anche*», che apre l'inciso immediatamente successivo al rinvio all'art. 133, comma primo, c.p., evidenzia come la condotta susseguente al reato rilevi, al pari e in aggiunta ai criteri di cui alla citata disposizione codicistica, come criterio di valutazione dell'esiguità del danno o del pericolo e delle modalità della condotta, cioè degli indici o dei requisiti dai quali, congiuntamente, continua a dipendere la tenuità dell'offesa. «Ciò significa che condotte *post delictum* non potranno di per sé sole rendere l'offesa di particolare tenuità – dando luogo a una esiguità sopravvenuta di un'offesa in precedenza non tenue – ma potranno essere valorizzate nel complessivo giudizio di tenuità dell'offesa, che, dovendo tener conto delle modalità della condotta

¹¹⁰ Così Cass., Sez. 5, 2 dicembre 2019, dep. 2020, n. 660, P., Rv. 278555-01; conf. Cass., Sez. 3, 28 giugno 2017, n. 893, P.M. in proc. Gallorini, Rv. 272249-01.

¹¹¹ Relazione illustrativa, cit., pag. 512, secondo cui la condotta susseguente al reato è apprezzabile, rispetto all'art. 131-*bis* c.p., solo quando concorre alla tenuità dell'offesa e non anche quando, al contrario, aggrava l'offesa stessa, sicché «anche per questa ragione è apparso opportuno evitare un espresso richiamo all'art. 133, comma secondo, n. 3, c.p.».

¹¹² In termini, Cass. 2 maggio 2023, n. 30515, Muftah, in NT Plus Diritto del 13 luglio 2023.

¹¹³ Cass. 4 aprile 2023, n. 18029, Hu, Rv. 284497-01; Cass. 21 marzo 2023, n. 20279, Malgrati, Rv. 284617-01; Cass. 2 maggio 2023, n. 30515, cit.

¹¹⁴ Cass. 21 marzo 2023, n. 20279, cit.

¹¹⁵ Cass. 4 aprile 2023, n. 18029, cit.

(contemporanea al reato), ha come necessario e fondamentale termine di relazione il momento della commissione del fatto: la condotta contemporanea al reato e il danno o il pericolo con essa posto in essere»¹¹⁶.

3.3 Ampliamento delle preclusioni oggettive

La terza direttrice di riforma si è mossa in una direzione in senso opposto rispetto alle prime due: alla prospettata estensione del campo di applicazione della speciale causa di non punibilità in disamina fa, infatti, da “contraltare” – così da ridimensionarne la portata¹¹⁷ – l’incremento delle **preclusioni oggettive** agganciate ad un particolare titolo di reato e fondate, dunque, su una presunzione *ex lege* di non particolare tenuità.

L’art. 1, comma 21, lett. a), della legge delega contemplava al riguardo due diverse direttive: una prima, specifica, volta ad evitare che l’estensione del raggio di operatività dell’art. 131-*bis* interessasse i reati di violenza domestica riconducibili alla Convenzione di Istanbul dell’11 maggio 2011 (ratificata dalla legge n. 77/2013); una seconda, più generica, che rimetteva al legislatore delegato la valutazione circa l’opportunità di «*ampliare conseguentemente, se ritenuto opportuno sulla base di evidenze empirico-criminologiche o per ragioni di coerenza sistematica, il novero delle ipotesi in cui, ai sensi del secondo comma dell’articolo 131-bis codice penale, l’offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità*».

Per attuare entrambe le direttive, onde conferire maggiore ordine e razionalità alla struttura precettiva dell’art. 131-*bis* c.p.¹¹⁸, l’esecutivo ha riformulato i commi secondo e terzo, lasciando nel comma secondo le ipotesi di carattere generale di esclusione dell’applicabilità dell’*esimente* (ossia riferite a qualsiasi reato commesso in determinate condizioni¹¹⁹) ed ha spostato nel nuovo **comma terzo**, ai nn. 1 e 2), gli specifici reati “ostativi” che già il comma secondo escludeva dal beneficio, nonché aggiungendo nei nuovi nn. 3) e 4) altri reati esclusi dalla causa di non punibilità, pur avendo un minimo edittale – nella forma consumata, tentata o circostanziata (ad effetto speciale o con pena di specie diversa) – pari o inferiore a due anni¹²⁰.

Quanto ai **reati ostativi riconducibili alla Convenzione di Istanbul**, il legislatore delegato, in ossequio ai principi di precisione e determinatezza della materia penale, ha ritenuto preferibile procedere all’individuazione puntuale delle fattispecie interne corrispondenti alla Convenzione ovvero di quelle affini al testo convenzionale, come di volta in volta selezionate¹²¹. Nel novero di tali fattispecie vanno

¹¹⁶ «Potrà ad esempio essere senz’altro valorizzata una condotta riparatoria realizzata nell’immediatezza o comunque in prossimità del fatto, come nel caso – tratto dalla citata sentenza della Corte di cassazione – di chi, dopo aver cagionato delle lesioni personali dolose, si preoccupi di accompagnare la persona offesa al pronto soccorso. Una simile condotta post delittuosa non potrà di per sé rendere tenue un’offesa che tale non è – in ragione della gravità delle lesioni (ad es. la frattura dello zigomo e della mascella, come nel caso tratto dalla citata sentenza) – ma potrà essere valorizzata per valutare/confermare la tenuità di un’offesa che già appare tale – ad es., in ragione del carattere lieve o lievissimo delle lesioni»: Relazione illustrativa, cit., pag. 513.

¹¹⁷ E. ANDOLINA, *op. cit.*, pag. 1371.

¹¹⁸ In termini A. MADEO, *op. cit.*, pag. 31.

¹¹⁹ Si tratta dei casi in cui l’autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all’età della stessa, ovvero in cui la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona.

¹²⁰ L’inedito comma terzo è così formulato: l’«offesa non può altresì essere ritenuta di particolare tenuità quando si procede:

1) per delitti, puniti con una pena superiore nel massimo a due anni e sei mesi di reclusione, commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive;

2) per i delitti previsti dagli articoli 336, 337 e 341-*bis*, quando il fatto è commesso nei confronti di un ufficiale o agente di pubblica sicurezza o di un ufficiale o agente di polizia giudiziaria nell’esercizio delle proprie funzioni, nonché per il delitto previsto dall’articolo 343;

3) per i delitti, consumati o tentati, previsti dagli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322-*bis*, 391-*bis*, 423, 423-*bis*, 558-*bis*, 582, nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e comma, 583, secondo comma, 583-*bis*, 593-*ter*, 600-*bis*, 600-*ter*, primo comma, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*undecies*, 612-*bis*, 612-*ter*, 613-*bis*, 628, comma 3, 629, 644, 648-*bis*, 648-*ter*;

4) per i delitti, consumati o tentati, previsti dall’articolo 19, quinto comma, della legge 22 maggio 1978, n. 194, dall’articolo 73 del D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, salvo che per i delitti di cui al comma 5 del medesimo articolo, e dagli articoli 184 e 185 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58».

¹²¹ Secondo E. ANDOLINA, *loc. ult. cit.*, l’esclusione *per relationem* dei reati riconducibili alla Convenzione di Istanbul, basata come essa è su una valutazione di allarme sociale, appare connotata da un’accentuata valenza simbolica, «non solo perché un numero cospicuo di reati del cd. Codice rosso rimarrebbe comunque fuori dal raggio d’azione dell’*esimente* in base al minimo edittale superiore

incluse quelle punite con pena non superiore nel minimo a due anni, nella forma consumata, anche per effetto dell'applicazione di circostanze attenuanti autonome o ad effetto speciale (cfr. art. 131-*bis*, quarto comma, c.p.) o tentata (cfr. art. 56, secondo comma, c.p.), dal momento che il generico riferimento ai "reati" contenuto nell'art. 131-*bis* c.p. deve intendersi comprensivo dei delitti tentati, quando la loro autonoma cornice edittale risulti ricompresa entro la soglia di legge¹²².

Rientrano quindi in tale categoria le seguenti fattispecie:

- atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.);

- violenza fisica, alla quale, con specifico riguardo ai fenomeni di violenza contro le donne e di violenza domestica, sono riconducibili, le lesioni personali di cui all'art. 582 c.p., nelle ipotesi aggravate ai sensi degli artt. 576, primo comma, nn. 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, n. 1, e secondo comma, c.p.; quanto ai maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.), il minimo edittale della reclusione fissato in tre anni, e l'esclusione della configurabilità del tentativo, in ragione della natura abituale del delitto, non rendono necessario includere la fattispecie nell'elenco di cui al secondo comma dell'art. 131-*bis* c.p.;

- violenza sessuale, alla quale sono riconducibili: il delitto di cui all'art. 609-*bis* c.p., che è punito con pena detentiva pari nel minimo a due anni nelle ipotesi di tentativo e nelle ipotesi previste dal terzo comma ("casi di minore gravità"); il delitto di atti sessuali con minorenni, di cui all'art. 609-*quater* c.p., che nella forma tentata è punito con la stessa pena prevista dall'art. 609-*bis* c.p.; per ragioni di opportunità e coerenza sistematica, nonché di conformità alla Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali (art. 22), stipulata a Lanzarote il 25 ottobre 2007 e ratificata ai sensi della legge 1° ottobre 2012, n. 172, sono stati ricompresi tra i reati sessuali esclusi dalla sfera dell'art. 131-*bis* c.p., anche la corruzione di minorenni (art. 609-*quinquies* c.p.), punita con la reclusione da uno a cinque anni; analoghe considerazioni hanno indotto il legislatore delegato a contemplare tra i reati esclusi la prostituzione minorile (art. 600-*bis* c.p.), punita con la reclusione da due a otto anni, nella forma tentata di cui al primo comma, e con la reclusione da uno a sei anni, nella forma consumata di cui al secondo comma, e l'adescamento di minorenni (art. 609-*undecies* c.p.), punito con la reclusione da uno a tre anni;

- matrimonio forzato, al quale è riconducibile il delitto di costrizione o induzione al matrimonio, di cui all'art. 558-*bis* c.p., punito con la reclusione da uno a cinque anni;

- mutilazioni genitali femminili, punite dall'art. 583-*bis* c.p. con pena detentiva inferiore nel minimo a due anni nell'ipotesi di realizzazione in forma tentata della fattispecie di cui al primo comma (punita nel minimo con la reclusione di un anno e quattro mesi) e di realizzazione nella forma consumata e attenuata della fattispecie di cui al secondo comma (punita con la reclusione pari nel minimo a un anno);

- aborto forzato, cui è riconducibile nel nostro ordinamento il delitto di interruzione della gravidanza non consensuale (art. 593-*ter* c.p.), punito nella forma tentata con la reclusione pari nel minimo a un anno e quattro mesi; pur in assenza di un consenso estorto – come richiede l'art. 39 della Convenzione di Istanbul – il legislatore della delega, per ragioni di coerenza sistematica l'ipotesi, ha ritenuto opportuno includere altresì l'ipotesi prevista dall'art. 19, comma 5, legge 22 maggio 1978, n. 194, di interruzione volontaria della gravidanza praticata, senza l'osservanza delle disposizioni di legge, su donna minore degli anni diciotto o interdetta (non punibile, per espressa previsione legislativa);

- sterilizzazione forzata, riconducibile al delitto di lesioni personali gravissime, di cui all'art. 583, comma secondo, n. 3 c.p. (perdita della capacità di procreare), che nella forma tentata è punito con la pena della reclusione pari nel minimo a due anni di reclusione (si tratta di un'ipotesi di tentativo di reato circostanziato, ammessa dalla giurisprudenza); si ribadisce espressamente, inoltre, onde evitare possibili dubbi interpretativi, l'esclusione dell'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. nei procedimenti per lesioni personali dolose gravissime;

al limite dei due anni di pena detentiva [artt. 572, 583-*bis*, 583-*quinquies*, 593-*ter*- 600-*ter*, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*octies* c.p.], ma, altresì, perché non tiene conto che la fattispecie degli atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.) – esclusa *a priori* dalla causa di non punibilità, pur soddisfacendo il nuovo limite edittale – è suscettibile di estrinsecarsi con modalità variamente aggressive, così da includere nel proprio spettro pure condotte caratterizzate da minore carica offensiva». Sul punto v. altresì C. CASSANI, *Atti persecutori e recenti modifiche normative. Spunti di riflessione*, in *Archivio penale*, 2018, pag. 1; D. FERRANTE, *Giustizia riparativa e stalking: qualche riflessione a margine delle recenti polemiche*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 luglio 2017.

¹²² Cass. 9 gennaio 2019, n. 17348, Giuliani, Rv. 276629-01.

- molestie sessuali, cui può essere ricondotto il delitto di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 612-ter c.p., cd. *revenge porn*), punito con la reclusione da uno a sei anni.

Quanto all'individuazione degli **ulteriori reati di particolare gravità o allarme sociale**, sono stati esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 131-bis c.p. una nutrita serie di incriminazioni, di varia natura, con una scelta operata a monte dal legislatore delegato sulla base del solo *nomen iuris*¹²³ dell'asserita esigenza di "speciale protezione" del bene giuridico sotteso al delitto di resistenza a pubblico ufficiale).

Per espresso criterio direttivo contenuto nella legge delega, l'esclusione dell'applicabilità dell'art. 131-bis c.p. in rapporto a determinate figure di reato doveva essere operato solo «se ritenuto opportuno sulla base di evidenze empirico-criminologiche o per ragioni di coerenza sistematica». In questa cornice, il legislatore delegato ha altresì escluso dall'ambito di applicazione dell'art. 131-bis c.p. i seguenti delitti, consumati o tentati:

- delitti in materia di stupefacenti previsti dall'art. 73 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, salvo che per quelli di cui al quinto comma del medesimo articolo;
- delitti contro la pubblica amministrazione di cui agli artt. 314, quinto comma, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis (peculato, concussione, corruzione per l'esercizio della funzione, corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, corruzione in atti giudiziari, induzione indebita a dare o promettere utilità, istigazione alla corruzione);
- delitto di agevolazione delle comunicazioni dei detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario (art. 391-bis c.p.);
- delitti di incendio e di incendio boschivo (artt. 423 e 423-bis c.p.);
- delitto di pornografia minorile (art. 600-ter, comma primo, c.p.);
- delitto di tortura (art. 613-bis c.p.);
- delitto di rapina aggravata (art. 628, terzo comma, c.p.);
- delitto di estorsione (art. 629 c.p.);
- delitto di usura (art. 644 c.p.);
- delitti di riciclaggio e reimpiego (artt. 648-bis, 648-ter c.p.);
- delitti finanziari di cui agli art. 184 e 185 D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato).

Da ultimo, in coerenza con i suesposti interventi "eccettuativi" operati in seno al novello comma terzo dell'art. 131-bis, gli artt. 76, comma 1, lett. a) e b), e 77 del D.lgs. n. 150 del 2022 hanno escluso l'applicabilità della speciale causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto anche in relazione a taluni **reati militari**: si tratta del reato di rivolta (art. 174, comma 1, c.p. mil. pace), di peculato militare (art. 215 c.p. mil. pace) nonché al reato di collusione del militare della guardia di finanza (art. 3 legge 9 dicembre 1941, n. 1383)¹²⁴.

Il legislatore delegato, in questo caso, non è intervenuto direttamente sul codice penale, bensì sulle disposizioni interessate prevedendo, in calce alle stesse, l'espressa esclusione di applicabilità dell'art. 131-bis c.p.¹²⁵. In difetto di questi interventi, l'estensione *quoad poenam* del generale ambito di applicabilità dell'art. 131-bis c.p. avrebbe consentito di applicare la declaratoria di particolare tenuità del fatto anche a suddetti reati militari¹²⁶.

¹²³ Sulla non manifesta irragionevolezza dell'esclusione legislativa della particolare tenuità nei casi di cui all'art. 337 c.p., introdotta dalla legge n. 77/2019 e dal d.l. n. 130/2020, v. Corte cost. n. 30/2021, sulla base di argomento ritenuto non convincente in dottrina: F. VALENTE, *La Consulta ritiene legittima l'esclusione della non punibilità per particolare tenuità del fatto al delitto di resistenza a pubblico ufficiale. Aperta una falla nel sistema?*, in *Sistema penale*, 17 settembre 2021; parla, al riguardo, di "odioso privilegio", A. CAVALIERE, *Considerazioni a prima lettura sulla deflazione processuale, sistema sanzionatorio e prescrizione nella l. 27 settembre 2021, n. 134, cd. Riforma Cartabia*, in *Penale diritto e procedura*, 27 settembre 2021.

¹²⁴ Come rileva A. MADEO, *op. cit.*, pag. 32, l'estensione ai reati militari dell'inapplicabilità dell'art. 131-bis c.p. non costituisce un eccesso di delega, sia perché la legge n. 134 del 2021 utilizza nell'art. 1, comma 21, l'espressione generica «pena detentiva» (e non quella specifica di «reclusione»), sia perché l'esimente è una disposizione di portata generale, prevista nel Libro I dedicato alla disciplina comune a tutti i reati, quindi, è applicabile anche a quelli militari.

¹²⁵ Ciò in coerenza con la collocazione dell'art. 131-bis nella parte generale del codice penale "comune" e con l'intervento settoriale che interessa il diverso codice penale militare di pace e la legge speciale: in termini A. NATALINI, *Riparametrati i limiti di accesso, esclusi i reati di violenza domestica*, cit., pag. 79.

¹²⁶ Cfr. Cass., Sez. 1, n. 30694 del 05/06/2017, Corda, Rv. 270845-01, che valorizza il riferimento della norma codicistica ai reati per i quali è prevista la pena *detentiva*, tale essendo anche la reclusione militare; da ultimo, Cass., Sez. 1, n. 459 del 02/12/2020, dep. 2021, De Venuto, Rv. 280226-01, sull'interesse dell'imputato ad impugnare una sentenza che esclude la punibilità di un reato militare

Sotto il profilo **intertemporale**, alla luce del principio di **irretroattività della legge penale peggiorativa** (art. 25, comma secondo, Cost.), le modifiche di sfavore contenute nella disciplina “ostativa” del nuovo comma terzo dell’art. 131-*bis* c.p. hanno effetto solo per i reati (comuni e militari) commessi dopo l’entrata in vigore della riforma¹²⁷.

in applicazione dell’art. 131-bis c.p., trattandosi di pronuncia che ha efficacia di giudicato quanto all’accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all’affermazione che l’imputato lo ha commesso.

¹²⁷ In dottrina cfr. A. MADEO, *op. cit.*, pag. 33, secondo la quale, se per uno dei reati per i quali diverrà inapplicabile la causa di non punibilità, è prevista la punibilità con un massimo di pena edittale non superiore a cinque anni, il giudice potrà concedere il beneficio per i fatti commessi prima dell’entrata in vigore delle nuove disposizioni.

RELAZIONE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL GRUPPO DI LAVORO DEDICATO ALLE TIPOLOGIE SPECIALISTICHE DI REATO (di Vincenzo Paone)

SOMMARIO: 1. Una riflessione sulla procedura di estinzione delle contravvenzioni – 2. Alcune specifiche questioni connesse alle ipotesi criminose che presidiano la salute dei cittadini e l'ambiente nel suo complesso.

1. Una riflessione sulla procedura di estinzione delle contravvenzioni

Ho avuto il compito di coordinare un gruppo di lavoro, formato da circa una trentina di VPO, dedicato alla trattazione delle tipologie specialistiche di reato.

A questo scopo, stante da un lato la vastità del tema e dall'altro lato la ristrettezza dei tempi programmati, ho selezionato alcuni argomenti che ho ritenuto di particolare pregnanza.

I. In primo luogo, ho sollecitato la riflessione sulla procedura di estinzione delle contravvenzioni.

Ho evidenziato che al momento attuale coesistono tre distinte procedure:

1) quella contemplata dal decreto legislativo 19 dicembre 1994 n. 758 in materia di sicurezza ed igiene sul lavoro

2) quella contemplata dal decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152, in materia di tutela ambientale

3) quella contemplata dal decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 in materia di reati agroalimentari.

Ho ricordato che la prima procedura va integrata con la sentenza n. 19 del 18 febbraio 1998 della Corte cost. che aveva ritenuto privo di ogni razionale giustificazione escludere dal beneficio di cui trattasi il contravventore che avesse spontaneamente e autonomamente regolarizzato la violazione prima dell'intervento dell'organo di vigilanza. Ho anche espresso perplessità sull'orientamento che si è formato negli anni successivi secondo cui il meccanismo della prescrizione «ora per allora» è applicabile a tutte le contravvenzioni «consumate ed esaurite», a prescindere perciò dal comportamento «virtuoso» del contravventore. In questo stesso ordine di idee, dopo aver premesso che il principio dettato dalla citata sentenza costituzionale si applica anche ai reati ambientali – cui si riferisce la procedura *sub* 2) – ho ricordato che la Cassazione, con la sentenza n. 36405 del 18 aprile 2019, ha stabilito che la procedura di estinzione prevista dagli artt. 318 *bis* ss. d. leg. 152/06 si applica in ogni caso di condotte cd. “esaurite”, vale a dire sia quelle in cui il contravventore spontaneamente ha posto rimedio all'illecito sia quelle in cui la violazione ha natura istantanea e non è produttiva di conseguenze passibili di eliminazione. Al riguardo, ho fatto presente che l'art. 70 della cd. Riforma Cartabia detta una regola che pare smentire questa conclusione perché si dispone che la procedura estintiva sia applicabile solo alle contravvenzioni in materia di igiene, produzione, tracciabilità e vendita di alimenti e bevande, che hanno cagionato un danno o un pericolo suscettibile di elisione mediante condotte ripristinatorie o risarcitorie. Ne deriva che se manca questo presupposto, il passaggio alla definizione in via amministrativa non è consentito.

Ho ricordato che, in relazione alla disciplina del 2006, è controverso se l'istituto si applichi, oltre che – pacificamente - alle contravvenzioni punite con la pena dell'ammenda alternativa a quella pena dell'arresto, anche alle contravvenzioni punite con la pena pecuniaria congiunta a quella detentiva. In effetti, l'art. 19 D.lgs. n. 758/1994, disponendo che «Agli effetti delle disposizioni di cui al presente capo, si intende per: a) contravvenzioni, i reati in materia di sicurezza e di igiene del lavoro puniti con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda in base alle norme indicate nell'allegato I», non solleva alcun dubbio sul fatto che il meccanismo estintivo vale solo per i reati sanzionati con la pena alternativa. A conferma di tale statuizione, l'art. 301 D.lgs. n. 81/2008 ha stabilito che «Alle contravvenzioni in materia di igiene, salute e sicurezza sul lavoro previste dal presente decreto nonché da altre disposizioni aventi forza di legge, per le quali sia prevista la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda ovvero la pena della sola ammenda, si applicano le disposizioni in materia di prescrizione ed estinzione del reato di cui agli articoli 20, e seguenti, del decreto legislativo 19 dicembre 1994, n. 758».

L'art. 318-*bis* D.lgs. n. 152/2006 invece nulla specifica al riguardo. Questo silenzio ha dato origine a due contrapposte opzioni interpretative che hanno costituito oggetto sia di interventi da parte delle

Procure della Repubblica, sotto forma di linee-guida, sia di prese di posizione della dottrina. La tesi maggioritaria è nel senso che, poiché il procedimento si conclude con l'ammissione del contravventore al pagamento di una somma pari al quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione, l'istituto si può applicare solo alle contravvenzioni punite con la pena dell'ammenda o con la pena dell'ammenda alternativa all'arresto, con esclusione dunque delle contravvenzioni punite con la pena pecuniaria congiunta a quella detentiva, oltre quelle punite con il solo arresto.

Ho sintetizzato gli argomenti a favore di questa tesi:

- l'art. 318-septies, 3° comma, D.lgs. n. 152/2006 prevede la facoltà per l'autore del reato, in caso di adempimento in un tempo superiore a quello indicato dalla prescrizione, ma congruo, oppure in caso di eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose della contravvenzione con modalità diverse da quelle indicate dall'organo di vigilanza, di essere ammesso all'oblazione di cui all'art. 162 *bis* c.p., applicabile, come è noto, alle sole contravvenzioni punite con l'ammenda alternativa all'arresto. Così disponendo, la legge ha congegnato un meccanismo che ha una sua coerenza interna perché lo stesso tipo di contravvenzione è estinguibile mediante versamento di una somma di denaro nell'ambito della procedura pre-giudiziaria o in sede giudiziaria. Sicché appare difficile ipotizzare che un reato punibile con la pena congiunta possa estinguersi mediante l'ammissione al pagamento in forma ridotta (ex art. 318-septies, 1° comma), ma non mediante l'oblazione di cui all'art. 162 *bis* c.p.

- poiché tutti sono concordi nel sostenere che la procedura non è ammessa in presenza di una contravvenzione punita con la sola pena dell'arresto, sarebbe irrazionale ammettere al beneficio dell'estinzione gli autori delle contravvenzioni più gravi, quelle cioè sanzionate con l'arresto e l'ammenda, a scapito di quelle punite formalmente in modo meno grave, che non hanno accesso né alla nuova procedura né all'oblazione speciale.

- il principio di legalità della pena impone di seguire la tesi rigorosa perché, altrimenti, la pena dell'arresto, prevista congiuntamente all'ammenda, non verrebbe mai applicata, in difetto però di una norma espressa che consenta tale operazione.

- infine, considerando che la procedura prescrizione si applica soltanto alle contravvenzioni che non hanno cagionato danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali urbanistiche o paesaggistiche protette, si constata che esiste correlazione tra le ipotesi criminose punite con la pena congiunta e le condotte che, tendenzialmente, cagionano un danno effettivo all'ambiente o creano un pericolo concreto ed attuale di danno ostativi all'ammissione alla procedura sicché appare del tutto logico (e comunque non arbitrario né ingiustificato) che alle contravvenzioni a pena congiunta non si estenda la nuova normativa.

Ho approfondito l'art. 318-*bis* D.lgs. n. 152/2006 che ha condizionato l'applicazione della procedura prescrizione all'accertamento che la violazione non abbia cagionato danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette, mentre nulla stabilisce al riguardo il D.lgs. n. 758/94. Tale impostazione presenta non pochi profili di criticità, il primo dei quali è connesso all'esatta definizione dei concetti richiamati nell'articolo citato. Con la ricaduta sugli organi di vigilanza ai quali si richiede una valutazione in merito alla reale gravità del fatto che potrà originare non poche incertezze in sede operativa per la gamma di situazioni non sempre facilmente inquadrabili tra quelle per cui è preclusa la procedura prescrizione. Peraltro, come abbiamo già visto, in termini analoghi dispone il nuovo art. 70 sui reati alimentari.

Una questione su cui mi sono soffermato – che interseca tutte e tre le procedure estintive - è se l'organo di vigilanza o la polizia giudiziaria abbia l'obbligo di impartire la prescrizione e se l'eventuale omissione determini l'improcedibilità dell'azione penale.

La più recente giurisprudenza è nel senso che l'omessa indicazione all'indagato delle prescrizioni la cui ottemperanza è necessaria per l'estinzione delle contravvenzioni, non è obbligatoria e non è causa di improcedibilità dell'azione penale. Al riguardo, ho fatto notare che occorre distinguere l'ipotesi in cui la prescrizione non sia stata impartita dall'organo di vigilanza in quanto superflua, perché non vi era nulla da regolarizzare, nel qual caso il contravventore va immediatamente (e doverosamente) ammesso all'oblazione, rispetto alla diversa ipotesi in cui l'organo di vigilanza non abbia impartito la prescrizione, pur essendovi qualcosa da regolarizzare, nel qual caso il contravventore può provvedere autonomamente alla regolarizzazione, con il diritto ad essere ammesso all'immediato pagamento in forma ridotta. Per

completezza, ho fatto presente che il contravventore, rinviato a giudizio nonostante l'omessa emanazione della prescrizione, che non abbia comunque regolarizzato la violazione, non può appellarsi al rispetto della condizione di procedibilità per mancanza di interesse. Infatti, non avendo sanato l'illecito, il contravventore non potrebbe comunque avvalersi del meccanismo premiale sicché, anche da un eventuale annullamento della sentenza emessa senza il rispetto della condizione di procedibilità, non potrebbe derivare a suo favore alcun effetto positivo nella direzione di giungere all'estinzione del reato.

Prima di passare ad altri argomenti, ho segnalato alcune criticità presenti nella più recente disciplina in materia di tutela degli alimenti:

- la procedura si applica alle contravvenzioni per le quali sia prevista la pena della sola ammenda, ovvero la pena dell'ammenda, alternativa o congiunta a quella dell'arresto,

- quando la prescrizione è adempiuta, l'organo accertatore ammette il contravventore a pagare in sede amministrativa una somma pari ad un sesto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa.

Si tratta di regole molto diverse da quelle previste in materia di sicurezza ed igiene sul lavoro e di tutela ambientale che potrebbero anche porre il problema del mancato rispetto del principio di uguaglianza.

2. Alcune specifiche questioni connesse alle ipotesi criminose che presidiano la salute dei cittadini e l'ambiente nel suo complesso

Mi sono poi intrattenuto su alcune specifiche questioni connesse alle ipotesi criminose che presidiano la salute dei cittadini e l'ambiente nel suo complesso:

- in tema di rifiuti, ho fatto notare che la contravvenzione di cui all'art. 256, comma 1, D.lgs. N. 152/2006 è integrata anche dal compimento di una sola condotta illecita, salvo che non sia caratterizzata da assoluta occasionalità, da escludersi in ragione dell'esistenza di una minima organizzazione dell'attività da apprezzare attraverso l'utilizzazione, anche in modo alternativo, di indici probatori univocamente sintomatici, quali la provenienza e la eterogeneità dei rifiuti gestiti, le caratteristiche dei materiali, l'utilizzo di veicoli adeguati e di personale ausiliario, la quantità dei rifiuti movimentati, indicative di precedenti attività preliminari di prelievo, raggruppamento, cernita, deposito;

- sempre in tema di rifiuti, ho ricordato che la contravvenzione di cui all'art. 256, comma 2, D.lgs. N. 152/2006, consistente nell'abbandono dei rifiuti, ha natura di reato istantaneo con eventuali effetti permanenti. Più complessa, invece, è stabilire la natura, istantanea o permanente, del reato in relazione all'ipotesi del deposito incontrollato. Da ultimo, si è consolidato il principio per cui, se il deposito incontrollato assume, fin dall'inizio, la conformazione di un rilascio definitivo del rifiuto nell'ambiente, o comunque non è seguito, entro un tempo ragionevole, dalla rimozione dei rifiuti mediante attività di smaltimento o recupero, la condotta si esaurisce nel momento in cui è posta e, quindi, dà luogo ad un reato istantaneo, con eventuali effetti permanenti, al pari dell'abbandono dei rifiuti. Se, invece, l'attività di deposito incontrollato è prodromica ad una successiva fase di smaltimento o di recupero, la relativa condotta si protrae nel tempo, perché implica una "custodia", integrando così un reato permanente che si esaurisce quando inizia la gestione lecita del rifiuto, svolta da un soggetto autorizzato, ovvero perdura fino al compimento della successiva fase di gestione del rifiuto, quando questa è effettuata da un soggetto non autorizzato o con modalità illegali, venendo assorbita in questa più generale fattispecie. Ho segnalato che una particolare delicatezza riveste la questione della possibile responsabilità del titolare del terreno sul quale è avvenuto l'abbandono illecito dei rifiuti.

- in tema di reati edilizi, oltre a rammentare che le pene pecuniarie sono state raddoppiate nel 2003, ho sottolineato la rilevanza della sanzione accessoria della demolizione, in particolare nel caso di richiesta di ammissione alla messa alla prova;

- in tema di reati alimentari – e non solo – ho rimarcato che la responsabilità penale del trasgressore richiede sempre l'accertamento della colpa: infatti, l'irregolarità dell'alimento posto in commercio deve dipendere dall'inosservanza delle specifiche regole di legge che presidono alla disciplina di quel settore di produzione nonché di ogni altra norma di prudenza, attenzione e diligenza ricavabili dalla costante applicazione delle acquisizioni della scienza e dell'esperienza, finalizzate ad evitare ogni evento dannoso

prevedibile.

Ho infine portato l'attenzione sulla questione, in parte anche connessa a quella precedente, che riguarda l'individuazione e la ripartizione delle responsabilità per fatti riconducibili alle imprese gestite in forma societaria o alle organizzazioni complesse.

Ho cominciato dal caso in cui la condotta materiale che integra l'illecito penale sia stata posta in essere da un soggetto dipendente dell'impresa. Fuori dall'ipotesi di atteggiamenti dolosi da parte del titolare dell'impresa stessa, per affermarne la responsabilità per colpa è necessario accertare se il titolare abbia impartito disposizioni idonee a prevenire l'illecito e comunque ne abbia verificato la corretta attuazione. Ciò è la conseguenza del principio per cui al legale rappresentante della impresa – individuale o societaria - sono riconducibili tutte le deficienze riscontrate nella organizzazione dell'attività. Tuttavia, con riferimento alla mancata vigilanza sull'operato del personale dipendente, occorre anche tenere presente che il fatto illecito potrebbe essere ascritto in via esclusiva ad un preposto, appositamente delegato.

RELAZIONE SULL'ATTIVITÀ SVOLTA NEL GRUPPO DI LAVORO DEDICATO A AMMISSIONE, ACQUISIZIONE E VALUTAZIONE DELLA PROVA (di Alessio Scarcella)

SOMMARIO: 1. Fase A) L'ammissione – 2. Fase B) L'acquisizione della prova – 3. Fase C) La valutazione della prova

Il procedimento probatorio viene scandito dal codice di rito nei fondamentali momenti della **ricerca**, **dell'ammissione**, dell'assunzione e della **valutazione** della prova.

Nel codice del 1988 è stato estromesso il giudice dall'attività di **ricerca** delle prove, in quanto non si ritenne conferente con il modello accusatorio auspicato con tale riforma la riproposizione del giudice istruttore, prevista nel codice del 1930.

E dunque, l'attività di ricerca, produzione e formazione della prova spetta esclusivamente alle **parti**, le quali devono ricercare le fonti utili in modo da sostenere in giudizio la propria tesi.

L'onere più gravoso è però posto dal legislatore in capo alla parte che sostiene la reità dell'imputato, il **Pubblico Ministero**.

Tale necessità trova il proprio fondamento nell'art. 27 comma 2 della Costituzione che, come sappiamo, afferma che "l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva".

L'aver introdotto nel nostro ordinamento tale norma ha portato inevitabilmente al riconoscimento di una regola probatoria quale quella della **presunzione legale di innocenza dell'imputato**.

Quella di innocenza è una presunzione legale **relativa**, valida fino a che non sia stato provato il contrario.

Questo fa sì che la figura maggiormente rappresentativa di questa fase sia il pubblico ministero, sul quale incombe l'onere quindi **l'onere della prova**, cioè l'onere di convincere il giudice della reità dell'imputato.

Successivamente, al fine di confutare la tesi dell'accusa, è nell'interesse specifico dell'imputato ricercare sia le prove che possano convincere il giudice della non credibilità della fonte o della inattendibilità dell'elemento di prova a carico, sia quelle tendenti a dimostrare che i fatti si sono svolti in modo differente.

1. Fase A) L'ammissione

La fase immediatamente successiva, **l'ammissione**, è scissa in due momenti: quello della richiesta spettante in via esclusiva alle parti, le quali hanno l'onere di introdurre il mezzo di prova (c.d. **onere formale della prova**) e lo adempiono chiedendo l'esame di un testimone o l'acquisizione di un documento. Il secondo momento, invece, è **riservato al giudice** e concerne il compito di decidere sull'ammissione o meno della prova, considerando i quattro criteri dell'art. 190 c.p.p.

Nello specifico, perché una prova venga ammessa dal giudice deve essere:

pertinente, cioè riguardante il fatto contestato all'imputato;

legale, cioè non vietata dalla legge: si pensi ad un'intercettazione raccolta senza l'autorizzazione del magistrato;

non superflua e rilevante: deve cioè essere importante per la dimostrazione della tesi prospettata, non abbondante o inutile.

Coordinate normative

Ammissione: art. 190 c.p.p.

Diritto alla prova

1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte [c.p.p. 392, 422, comma 2, 493, commi 2 e 3, 519, 603, commi 1, 2 e 3]. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono

superflue o irrilevanti.

2. *La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio [c.p.p. 195, comma 2, 221, 507, 508, 511, 603, comma 3].*

3. *I provvedimenti sull'ammissione della prova possono essere revocati sentite le parti in contraddittorio.*

L'ambito operativo del diritto alla prova è delimitato sia tematicamente che temporalmente.

Dal primo punto di vista, il limite è segnato **dall'art. 187**, che descrive i fatti "oggetto della prova", ponendo al vertice di tale elenco quelli "che si riferiscono all'imputazione".

Dal secondo punto di vista, il diritto alla prova trova la sua collocazione centrale nella fase degli atti introduttivi del dibattimento, dove, accertata la costituzione delle parti e risolte le eventuali questioni preliminari, il giudice "provvede con ordinanza alla ammissione delle prove" (**art. 495, 1° co.**).

Entrambi questi limiti sono, però, *suscettibili di espansione* tutte le volte in cui intervengano determinati fattori incidenti sul loro presupposto giustificativo.

Invero, "poiché alla contestazione suppletiva che modifichi l'imputazione originaria consegue un ampliamento del thema probandum, è necessario che a ciascuna parte sia garantito il pieno esercizio del diritto alla prova rispetto ai nuovi fatti emersi nel processo" (C., Sez. VI, 12.7.2000, Pinto, in Mass. Uff., 216926).

Analogha espansione del diritto alla prova può riguardare il **profilo temporale**, poiché i criteri di ammissione previsti dall'art. 190 c.p.p. (non manifesta irrilevanza o superfluità della prova) operano, eccezionalmente, anche nel giudizio di appello in riferimento alle "prove sopravvenute o scoperte dopo la pronuncia di primo grado" (C., Sez. V, 21.12.2000, Delfino, in ANPP, 2001, 564; C., Sez. I, 14.10.2010, A., in GI, 2011, 2653, secondo cui, peraltro, "rientrano nella nozione di prova nuova quelle prove che, pur provenendo dalla medesima fonte già assunta in primo grado, abbiano contenuto nuovo rispetto al precedente bagaglio valutativo"; C., Sez. II, 6.3.2008, G.I., in Mass. Uff., 240641; C., Sez. I, 16.5.1996, Bernardo, in GP, 1997, III, 428).

Non legittima, invece, alcuna riespansione del diritto alla prova la sostituzione del difensore, il quale "è tenuto a svolgere il proprio mandato nelle condizioni processuali esistenti al momento del suo ingresso nel processo". Ne deriva che il nuovo difensore, qualora subentri successivamente all'esaurimento della fase introduttiva del dibattimento, non può più esercitare "alcun autonomo impulso probatorio", visto che "la sostituzione del difensore non può incidere su una situazione processuale radicata, per autonoma e consapevole scelta difensiva, nel rispetto delle regole del contraddittorio" (C., Sez. III, 24.11.1999, Crescenzo, in CP, 2001, 590).

Il diritto alla prova può subire una **restrizione operativa** in rapporto al tipo di mezzo di prova del quale si chiede l'ammissione. È costante, infatti, la giurisprudenza di legittimità nello stabilire che al potere dispositivo delle parti in tema di prova è sottratta la perizia, il cui espletamento, riguardando un "mezzo di prova per sua natura neutro", è "rimesso essenzialmente al potere discrezionale del giudice, la cui valutazione, se assistita da adeguata motivazione, è insindacabile in sede di legittimità" (C., Sez. IV, 9.3.2009, G., in Gdir, 2009, 19, 92; 9; C., Sez. IV, 12.12.2002, B., in CP, 2004, 1659; C., Sez. V, 30.4.1997, Ritossa, in GP, 1998, III, 30).

Per le **restrizioni normative** che il diritto alla prova subisce in ragione del tipo di reato oggetto dell'accertamento giudiziale, al fine di conseguire obiettivi di economia processuale o di preservare l'integrità psicologica di testimoni particolarmente vulnerabili, si v. **l'art. 190 bis**.

La **titolarità del diritto alla prova** è attribuita alla "parte", la quale, evidentemente, potrà avvalersene entro i limiti tematici che, in ragione dell'interesse del quale essa è portatrice, sono delimitati dall'art. 187. È, pertanto, **priva** del diritto alla prova la **persona offesa dal reato**, posto che questa, nel vigente sistema processuale penale, per quanto abbia assunto un ruolo importante, ricopre pur sempre la veste di "soggetto eventuale" e non di parte. Del resto, la mancata assimilazione, sotto tale profilo, dei poteri della persona offesa a quelli del pubblico ministero e dell'indagato non viola, né il diritto alla tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24 Cost., né il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), rispondendo, piuttosto, alla basilare esigenza di trattare "in maniera adeguatamente diseguale situazioni diseguali", oltre

che alla "discrezionalità del legislatore nel modulare la configurazione della tutela della persona offesa in vista delle necessità proprie del processo penale e delle esigenze di speditezza di quest'ultimo" (**C. Cost. 10.10.2008, n. 339**, in DPP, 2009, 19).

Il diritto alla prova implica quello alla **prova contraria**, in riferimento sia alle prove ammesse su richiesta di una parte, sia a quelle disposte dal giudice *ex officio*. La prova è contraria "quando tende a negare l'esistenza del fatto affermato dalla prova principale" (Tonini, Manuale di procedura penale, 639). Tale diritto è, però, riconosciuto letteralmente **solo a favore delle parti necessarie del processo** (art. 495, 2° co.) ed è, quindi, **negato alle "parti eventuali"** come la parte civile, nonostante un'interpretazione sistematica attenta alla salvaguardia del dato normativo da censure di incostituzionalità, imperniate sulla tutela tanto del diritto di difesa quanto della parità delle armi, dovrebbe indurre ad opposta conclusione (Potetti, C. Cost. n. 532/95).

La Corte costituzionale, dal canto suo, con la sentenza **C. Cost. 29.12.1995, n. 532** (in FI, 1997, I, 402), ha ritenuto **giustificato** il diverso trattamento tra parti principali e parti necessarie, sul presupposto che anche l'imputato "*non ha diritto alla controprova sui fatti oggetto delle prove in ordine alla responsabilità civile, introdotte dalla parte civile*".

Il "diritto alla prova" è un'espressione che comprende in sé il potere, spettante a ciascuna delle parti, di:

- ricercare le fonti di prova;
- chiedere l'ammissione del relativo mezzo;
- partecipare alla sua assunzione;
- ottenere dal Giudice una valutazione in ordine al valore di tale mezzo al momento della decisione.

Un diritto a difendersi provando, di ricerca della prova, diritto di controesaminare e diritto all'ammissione delle c.d. controprove.

Criteria di valutazione in merito all'ammissione

Sulle richieste di prova delle parti il giudice è tenuto a provvedere "senza ritardo con ordinanza" (**art. 190, 1° co.**).

Prima di provvedere sull'ammissione, bisogna ricordare che le parti hanno un **dovere di lealtà reciproca**, dovere che si concretizza nell'obbligo di depositare la lista dei testi, dei periti e dei consulenti tecnici di cui si chiederà l'ammissione al giudice, almeno sette giorni **liberi** prima della data fissata per il dibattimento.

a) Escludere le prove vietate dalla legge

Le prove nel processo penale sono:

la testimonianza;
l'esame delle parti;
il confronto;
le ricognizioni;
gli esperimenti giudiziali;
la perizia;
i documenti.

A queste prove "tipiche", cioè previste nel dettaglio dalla legge, si affiancano quelle "atipiche", cioè quelle comunque idonee ad assicurare l'accertamento dei fatti oggetto del processo (**art. 189**).

Principio di "legalità processuale in materia probatoria": mira a rafforzare il principio di legalità della prova già costituzionalizzato **all'art. 111** della nostra Carta costituzionale, attribuendo alle parti il potere di ricercare le fonti e di chiedere al giudice l'ammissione del relativo mezzo di prova, in condizioni di parità e nelle stesse condizioni davanti ad un giudice terzo ed imparziale.

Vanno quindi **escluse** le prove per cui esista un espresso divieto in ordine all'oggetto o al soggetto della prova.

Le **prove vietate**, invece, sono disciplinate **dall'art. 191 c.p.p.**, che, tenute distinte dalle prove illecite, perseguono il concetto di ammissibilità della prova.

Si tratta, più precisamente, delle **prove illegittimamente acquisite**.

Quello circa l'illegittima acquisizione della prova è giudizio che si fa discendere dal mancato rispetto di talune regole stabilite dal codice di rito a presidio del diritto di difesa tecnica spettante all'imputato e costituzionalmente garantito dall'art. 111 della Costituzione.

La violazione di cui all'art. 191 c.p.p. è sanzionata con la **inammissibilità** della prova e determina l'invalidità dell'atto acquisitivo.

Tale norma dispone che *"le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. E l'inutilizzabilità è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento"*.

Il divieto probatorio, quindi, si colloca in un momento che precede l'acquisizione, che è regolata da autonome disposizioni che delineano un modello di condotta per i soggetti processuali, la cui osservanza è tutelata da prescrizioni di nullità.

Caso, ad esempio, delle **dichiarazioni indizianti** di cui tratta l'art. 63 c.p.p.

Caso, ancora, delle **dichiarazioni rese dalla persona che sin dall'inizio avrebbe dovuto essere sentita** in qualità di imputato o di persona sottoposta alle indagini.

Caso, poi, della **testimonianza indiretta** di cui all'art. 195 c.p.p.

Caso del **divieto di cui all'art. 188 c.p.p.**, che tutela le libertà morali della persona nell'assunzione della prova e che fa capo ad un principio generale di tutela della dignità della persona umana.

Caso del divieto rinvenibile nella **violazione dell'art. 187 c.p.p.** concernente l'oggetto della prova.

b) Escludere le prove manifestamente superflue o irrilevanti

La giurisprudenza ha, correttamente, **escluso** che il giudice possa ritenere manifestamente non rilevante, e quindi non ammettere, una **prova testimoniale** sulla base di una "presunzione di inattendibilità del testimone". Così facendo, infatti, il giudice "anticipa un giudizio sulla valutazione della prova medesima che deve essere necessariamente espresso soltanto dopo che questa sia stata esperita" (C., Sez. VI, 21.10.2004, C., in CP, 2006, 596). Quel che, invece, **il giudice non può non valutare è la pertinenza della prova**, vale a dire di quel che rappresenta un "limite coesistenziale all'ammissibilità della prova" stessa (C., Sez. V, 26.6.1996, Locata, in CP, 1998, 1384).

È **manifestamente superflua** la prova "avente come oggetto un fatto rilevante, il quale però è un fatto notorio o già è stato accertato mediante altre prove".

È **irrilevante** la prova quando, ad esempio, serve a valutare fatti che non sono in contestazione, o che il giudice ritiene non influenti ai fini della decisione perché riguardano fatti estranei al giudizio (ad esempio, la classica ipotesi del teste chiamato a deporre sulla moralità dell'imputato nei reati sessuali o sul fatto che lo stesso sia soggetto stimato nell'ambiente di lavoro, nei casi in cui siasi reso responsabile di comportamenti poco nobili nei confronti dei colleghi di lavoro).

Il diritto alla prova riconosciuto alle parti implica la corrispondente attribuzione del potere di escludere le prove manifestamente superflue ed irrilevanti, secondo una verifica di esclusiva competenza del giudice di merito che sfugge al sindacato di legittimità ove abbia formato oggetto di apposita motivazione immune da vizi logici e giuridici (**Sez. U, Sentenza n. 15208 del 25/02/2010 Ud. (dep. 21/04/2010), Mills, Rv. 246585 – 01**)

Potere di ammettere d'ufficio la prova

I poteri probatori del giudice operano, seppure in via **residuale**, come limitazioni inevitabili al **principio dispositivo della prova**, posto che recepire quest'ultimo in termini assoluti, così da "condizionare la decisione a un'insostituibile attività delle parti", significherebbe "rendere disponibile, indirettamente, la stessa res iudicanda" (Ubertis, Argomenti, 12). Vi è, in altri termini, una precisa correlazione tra **indisponibilità della res iudicanda e poteri istruttori del giudice** (Cordero, Codice di procedura penale commentato, Torino, 1993, 916), il cui mancato riconoscimento incide altresì sul principio

costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale, che rischierebbe di essere vanificato (Ferrua, Progetto Pitelli: una riforma dannosa che allontana il giusto processo, in DeG, 34, 2002, 11; Garuti, Il giudizio ordinario, 604; ancora più radicalmente, Furguele, 53, afferma che il con il **principio dispositivo attenuato** si è inteso evitare che l'eventuale inerzia delle parti "*possa frustrare irrimediabilmente la funzione stessa del processo*", impedendo al giudice di esercitare il "*potere-dovere di accertamento di cui è titolare*").

Il giudice non si deve sostituire completamente alle parti, ma deve intervenire in **funzione integrativa o di completamento** di un percorso cognitivo da altri già chiaramente configurato.

Il giudice delle leggi, sia prima, sia dopo la riforma del giusto processo (L. Cost. 23.11.1999, n. 2), ha **respinto** la questione di legittimità costituzionale vertente sui poteri probatori attribuiti al giudice dall'**art. 507** e la loro compatibilità con il principio dispositivo della prova.

La **Cassazione** ha affermato che l'iniziativa del giudice, oltre a dover essere **assolutamente necessaria**, deve mirare "all'assunzione di una **prova decisiva** nell'ambito delle prospettazioni delle parti, non essendo consentito, invece, che il giudice possa coltivare un'ipotesi autonoma e alternativa, pena la violazione del basilare principio di terzietà della giurisdizione" (C., S.U., 17.10.2006, G., in Gdir, 2007, 2, 78). In altri termini, l'applicazione dell'art. 507 presuppone la «sussistenza di un "*principio*" di supporto probatorio suscettibile dell'intervento integrativo» (C., Sez. V, 1.12.2004, P.g. in proc. Canzi, in Mass. Uff., 232156; conf. C., Sez. I, 8.6.2000, Fiderno, in Mass. Uff., 216595, la quale ha giudicato legittima una sentenza di assoluzione adottata in relazione ad una fattispecie nella quale il giudice, stante il mancato deposito della lista testimoniale da parte del P.M. e la formulazione generica del capo di imputazione, *non aveva disposto d'ufficio* l'individuazione e la citazione di testi).

Secondo la Cassazione "il giudice ha l'**obbligo di motivare specificamente in ordine al mancato esercizio dei poteri di integrazione probatoria**, di cui all'art. 507 succitato, e l'assenza di una adeguata motivazione, censurabile in sede di legittimità, determina una **violazione di legge** dalla quale deriva la nullità della sentenza" (C., Sez. VI, 11.6.2010, D.G., in CP, 2011, 4382; C., Sez. III, 25.10.2007, S., in CP, 2009, 643; C., Sez. V, 11.10.2005, in CP, 2006, 3717, dove si aggiunge che al parametro dell'assoluta necessità è **estranea** "ogni valutazione in ordine all'interesse delle parti all'assunzione del mezzo"; *contra*, C., Sez. VI, 16.2.2010, D.N., in Gdir, 2010, 43, 96, la quale, però, a ben vedere, più che negare l'obbligo di motivazione del giudice, ritiene che il suo adempimento possa essere ricavato "*implicitamente dall'effettuata valutazione - adeguata e logica - delle risultanze probatorie già acquisite*": Sez. 1, n. 2156 del 30/09/2020 Ud. (dep. 19/01/2021) Rv. 280301).

Potere di revocare d'ufficio le prove ammesse

L'art. 190, 3° co., disciplina il procedimento per l'esercizio di tale potere, prescrivendo che il giudice, prima di revocare la prova precedentemente ammessa, senta le parti "*in contraddittorio*". In giurisprudenza, però, si ritiene pacificamente che **tale obbligo non richieda un interpello formale**, potendo, lo stesso, essere adempiuto consentendo alle parti l'interlocuzione sull'andamento e sullo sviluppo della fase dibattimentale in corso, **senza necessità di specifico annuncio** dell'oggetto della possibile decisione in ordine alle prove ex art. 495, 4° co.

Qualora le parti, esplicitamente o implicitamente, interpellate insistano per l'assunzione della prova e il giudice ugualmente revochi l'ammissione della prova, l'eventuale **nullità a regime intermedio** così determinatasi risulterebbe sanata "se non immediatamente eccepita" ex art. 182, 2° co. (C., Sez. III, 12.5.2010, L., in CP, 2011, 3496; C., Sez. III, 26.11.2009, in Mass. Uff., 246255; C., Sez. III, 12.2.2009, B., in CP, 2011, 657; C., Sez. III, 6.12.2005, n. 816, in Mass. Uff., 233256, in riferimento a una ipotesi di nullità dell'ordinanza di revoca della prova testimoniale, assunta sul presupposto che non fosse giustificato l'impedimento del testimone e nonostante il difensore dell'imputato avesse chiesto il rinvio dell'udienza per l'espletamento dell'esame).

Sui **parametri valutativi** rispetto ai quali il giudice è tenuto ad esercitare il potere di revoca delle prove l'art. 190 è **silente**, con ciò, probabilmente, facendo intendere che detti parametri non possono che essere omogenei a quelli relativi alla fase di ammissione della prova. Una specificazione è, invece, contenuta **nell'art. 495, 4° co.**, dove si afferma che il giudice "*può revocare con ordinanza l'ammissione di prove che risultano superflue*", senza alcun riferimento al diverso parametro della **rilevanza**.

Ad esempio, si è ritenuto che il giudice, ai sensi dell'art. 495, comma 4, cod. proc. pen., può revocare una prova testimoniale già ammessa non solo quando essa, rispetto al materiale probatorio già assunto nel contraddittorio tra le parti, **non appaia più decisiva** ma anche quando **non sia più utile**, perché incompatibile con il principio di ragionevole durata del processo (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto corretta la revoca dell'ammissione di un teste che, per l'intera durata del processo, aveva tenuto una condotta sintomatica della volontà di sottrarsi all'esame dibattimentale, non ottemperando alle citazioni ed impedendo l'esecuzione del provvedimento di accompagnamento coattivo ed infine, nell'ultima udienza, dando assicurazione telefonica di una generica disponibilità a comparire in una prossima udienza, elemento che, alla luce del suo pregresso comportamento, era apparso un modo per procrastinare la definizione del processo: Sez. 5, n. 8422 del 14/01/2020 Ud. (dep. 02/03/2020) Rv. 278794 – 01).

L'ipotesi della rinuncia alla prova

Diversa dalla revoca è l'ipotesi della **rinuncia alla prova**, espressamente disciplinata dall'art. 495, co. 4° **bis**, in base al quale "nel corso dell'istruzione dibattimentale ciascuna delle parti può rinunciare, con il consenso dell'altra parte, all'assunzione delle prove ammesse a sua richiesta". L'istituto è stato introdotto dalla L. 7.12.2000, n. 397.

La giurisprudenza, muovendo dal presupposto che la "rinuncia consensuale" - in quanto manifestazione, in negativo, del potere dispositivo della prova - **deve trovare un temperamento nella decisione del giudice**, ha ribadito che quest'ultimo, qualora ritenga la prova rinunciata "assolutamente necessaria", ne può disporre d'ufficio l'acquisizione ai sensi dell'art. 507 (in questo senso, C., Sez. VI, 21.12.2009, B., in Mass. Uff., 247019).

2. Fase B) L'acquisizione della prova

L'assunzione o acquisizione della prova, in particolare per quanto riguarda l'esame testimoniale, maggiore espressione nel processo del principio del contraddittorio nella formazione della prova, avviene col metodo **dell'esame incrociato**.

Spetta alle parti il diritto di rivolgere le domande al dichiarante secondo l'ordine indicato nell'art. 498 **c.p.p.**

Anche l'**ordine** stabilito per la assunzione delle prove non è casuale.

A cominciare è l'**accusa** cui incombe "l'onere della prova" in seno al processo penale.

Si prosegue, quindi, con l'assunzione di quelle richieste dalle altre parti con facoltà delle parti che l'abbiano richiesto, di contro esaminare i testi avversari.

L'art. 498, 4° co., stabilisce che l'**esame del minore** (come anche del **maggiorenne infermo di mente**) in sede dibattimentale debba essere condotto dal **presidente** su domande e contestazioni proposte dalle parti, potendo il giudice avvalersi dell'ausilio di un familiare del minore o di un esperto in psicologia infantile. La regola della conduzione diretta dell'esame ad opera del presidente è stata in parte **ridimensionata** a seguito delle modifiche normative che hanno esteso anche alla fase dibattimentale **la possibilità di adottare le modalità di audizione protetta** previste durante l'espletamento dell'incidente probatorio, anche ogni qualvolta la persona offesa, anche se maggiorenne, versi in condizioni di **particolare vulnerabilità**.

Giurisprudenza

Le dichiarazioni assunte in violazione delle prescrizioni di cui all'art. 498 cod. proc. pen. **non sono inutilizzabili**, trattandosi di prove assunte non in violazione di divieti di legge, bensì con modalità diverse da quelle previste dalla legge; le stesse **non sono neanche nulle**, in difetto di una specifica previsione di nullità, e non rientrando la fattispecie in alcuna delle nullità di ordine generale previste dall'art. 178 cod. proc. pen.. (Sez. 2, n. 7922 del 05/02/2008 Ud. (dep. 20/02/2008) Rv. 239547 – 01).

Spetta invece, al giudice sovrintendere allo svolgimento dell'esame al fine di assicurare la lealtà dello stesso, la pertinenza delle domande, la correttezza delle contestazioni e la genuinità delle risposte (**art.**

499 c.p.p.).

È inoltre facoltà del giudice rivolgere domande ai testimoni, ai periti, ai consulenti tecnici, alle persone chiamate a testimoniare ai sensi dell'art. 210 c.p.p. ed alle altre parti "solo dopo l'esame ed il controesame".

Quello contenuto nell'**art. 506 c.p.p.** è da intendersi come limite per il giudicante alla possibilità di sostituirsi alle parti nell'esercizio del diritto alla prova. Ciò perfettamente in linea con i principi propri di un ordinamento imperniato sull'attivismo delle parti nella ricerca della prova, in cui i poteri del giudicante, nell'ambito del procedimento di formazione della prova, sono appositamente circoscritti entro limiti ben precisi (si pensi, ad esempio, al residuale diritto alla prova riconosciuto al giudice dall'art. 190 c.p.p.).

Giurisprudenza sulle regole per l'esame testimoniale

Esame mediante domande su **fatti specifici**, non potendo deporre «*sulle voci correnti nel pubblico né esprimere apprezzamenti personali salvo che sia impossibile scinderli dalla deposizione sui fatti*» (**art.194 cpp**).

«*sono vietate le domande che possono nuocere alla sincerità della risposta*»: **domande nocive**. Sono tali le domande che tendono a condizionare, con ogni mezzo, la libera determinazione del teste, turbandone la libertà psichica. Rientrano, in questo ambito, le *domande intimidatrici e subornanti*, che *sottintendono minacce e lusinghe* nei confronti del testimone, nonché le domande che conducono il teste in una *condizione di stress e nervosismo*. Data la portata lesiva di tal genere di domande, il **divieto opera per l'intera fase dell'esame testimoniale**.

Ad essere vietate non sono soltanto le domande nocive, ma anche le c.d. **domande suggestive**, ovvero, come si evince dal dato letterale, quelle che *tendono a suggerire il contenuto della risposta* e a generare, così, deposizioni testimoniali artificiose e confezionate (C., Sez. III, 3.6.1993, Tettamanti, in CP, 1995, 79; C., Sez. I, 21.1.1992, Daniele, in CP, 1993, 1796). Se **per le nocive il divieto è assoluto, per le suggestive il divieto opera solo per la parte che ha chiesto l'esame**, ma non si estende alla parte che è posta nelle condizioni di procedere al controesame, poiché la domanda suggestiva può fornire un utile contributo all'accertamento della credibilità del teste. È stato, inoltre, precisato, che il **divieto di porre domande suggestive vale anche per la parte che ha un interesse omogeneo**, come nel caso del pubblico ministero o della parte civile, ovvero del responsabile civile e dell'imputato.

Il **divieto di porre domande suggestive nell'esame testimoniale non opera con riguardo al giudice**, il quale, agendo in una ottica di terzietà, può rivolgere al testimone tutte le domande ritenute utili a fornire un contributo per l'accertamento della verità, ad esclusione di quelle nocive. Tuttavia, vi è **contrasto** sul punto, essendosi affermato che tale divieto di porre al testimone domande suggestive **si applica a tutti i soggetti che intervengono nell'esame**, operando, ai sensi del comma secondo dell'art. 499 cod. proc. pen., per tutti costoro, il divieto di porre domande che possono nuocere alla sincerità della risposta e **doENDO, anche dal giudice, essere assicurata, in ogni caso, la genuinità delle risposte** ai sensi del comma sesto del medesimo articolo.

il presidente del collegio o il giudice ha il **potere di intervenire nell'esame testimoniale**, ai sensi dell'art. 499, comma 6, cod. proc. pen., al fine di assicurare la pertinenza delle domande, la genuinità delle risposte e la lealtà dell'esame medesimo, sicché non si configura alcuna violazione del diritto di difesa ove lo stesso **chieda precisazioni al teste**, ovvero **circoscriva la formulazione delle domande ai temi di rilievo ed effettivo interesse** in relazione ai fatti oggetto della contestazione. (Conf. Sez. 1, n. 1344/1994, Rv. 200241). (Sez. 6, n. 6231 del 15/01/2020 Ud. (dep. 17/02/2020) Rv. 278343 – 01).

Ancora, la **consultazione da parte del testimone dei documenti dal medesimo redatti** può essere autonomamente autorizzata dal giudice anche in mancanza di richiesta proveniente dall'interessato. (Sez. 6, n. 48258 del 11/11/2004 Ud. (dep. 15/12/2004) Rv. 230801 – 01).

Le contestazioni nell'esame testimoniale (art. 500 cpp)

- per contestare in tutto o in parte il contenuto della deposizione, possono servirsi delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone [351, 362, 422]
- contenute nel fascicolo del pubblico ministero [433].

Tale facoltà può essere esercitata solo se sui fatti o sulle circostanze da contestare il testimone abbia già deposto.

Le dichiarazioni lette per la contestazione possono essere valutate ai fini della **credibilità** del teste (**mai**

come elemento di riscontro o come prova dei fatti in esse narrati, neppure quando il dichiarante, nel ritrattarle in dibattimento asserendone la falsità, riconosca di averle rese).

Se il teste **rifiuta** di sottoporsi all'esame o al controesame di una delle parti, nei confronti di questa non possono essere utilizzate, senza il suo consenso, le dichiarazioni rese ad altra parte, salve restando le **sanzioni penali** eventualmente applicabili al dichiarante. Fa eccezione ovviamente l'uso della **facoltà di non deporre ai sensi dell'art. 199 comma primo cod. proc. pen.** (facoltà di astensione dei prossimi congiunti dell'imputato).

L'art. 391 decies, 1° co., dispone espressamente che delle dichiarazioni inserite nel fascicolo del difensore, le parti possono servirsi a norma dell'art. 500. In forza del combinato disposto degli artt. 391 decies, 1° co. e 500, 1° co., dunque, le parti, per contestare in tutto o in parte il contenuto della deposizione dei testimoni esaminati in dibattimento, possono servirsi delle dichiarazioni precedentemente rilasciate dal testimone al difensore o al suo sostituto ex art. 391 bis, 2° co. e contenute nel fascicolo del difensore. E tale facoltà può essere esercitata solo se sui fatti o sulle circostanze da contestare il testimone abbia già deposto.

NB: La regola aurea del divieto di acquisibilità delle precedenti dichiarazioni non è, tuttavia, priva di **eccezioni**. La **prima** è quella enunciata **all'interno dell'art. 500, 4° co.**, ai sensi del quale *«quando, anche per le circostanze emerse nel dibattimento, vi sono elementi concreti per ritenere che il testimone è stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità, affinché non deponga ovvero deponga il falso, le dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero precedentemente rese dal testimone sono acquisite al fascicolo del dibattimento e quelle previste dal comma 3 possono essere utilizzate»*.

La norma trova la sua giustificazione nell'ambito **dell'art. 111, 5° co., Cost.** che contempla la "provata condotta illecita", come ipotesi di deroga alla formazione della prova in contraddittorio fra le parti.

Giurisprudenza

- gli "elementi concreti", sulla base dei quali può ritenersi che egli sia stato sottoposto ad intimidazione affinché non deponga ovvero deponga il falso, **non devono necessariamente consistere in fatti che positivamente dimostrino** – con un livello di certezza necessario per una pronuncia di condanna – **l'esistenza di specifici atti di violenza o minaccia indirizzati verso il medesimo**, potendo, invece, essere **desunti da circostanze sintomatiche dell'intimidazione**, emerse anche nello stesso dibattimento, secondo parametri correnti di ragionevolezza e persuasività, alla luce di una valutazione complessiva delle emergenze processuali (Sez. 2, n. 29393 del 22/04/2021 Ud. (dep. 27/07/2021) Rv. 281808 – 01).

Esempi:

- la Corte ha ritenuto immune da vizi la decisione acquisitiva dei giudici di merito, giustificata alla luce del contesto ambientale di provenienza della dichiarante, in precedenza sfruttata come prostituta, caratterizzato dall'utilizzo del rito "voodoo" per garantire la sottomissione delle vittime, inducendo in esse uno stato di gravissimo turbamento ed il timore di ritorsioni ai danni dei parenti rimasti nel Paese di origine.
- In un procedimento per estorsione continuata, aggravata dal metodo mafioso, il teste, comparso coattivamente dopo essere stato più volte vanamente citato, esordiva, prima ancora che gli venissero rivolte domande sui fatti, dichiarando di aver detto in precedenza "solo bugie", mentre risultava dalla deposizione di un altro testimone che egli aveva vissuto con grande preoccupazione le minacce di ritorsione a lui rivolte dall'imputato e dai suoi complici.
- in un caso in cui un collaboratore di giustizia aveva ritrattato in dibattimento precedenti dichiarazioni, che, essendo emerso che il dichiarante aveva subito forti pressioni e temeva per la sua incolumità, non era determinante il fatto che la ritrattazione potesse anche essere in parte dovuta ad una volontà di ritorsione nei confronti dello Stato che aveva revocato il programma di protezione.
- la Corte ha ritenuto correttamente motivata la decisione impugnata che aveva desunto l'intimidazione del dichiarante, tra l'altro, dal "pubblico disconoscimento" del medesimo da parte della madre, nonché dal contenuto di corrispondenza dalla quale risultavano timori, pressioni e promesse economiche in cambio della ritrattazione.

- la Corte ha ritenuto adeguatamente motivata la decisione del giudice di acquisire le dichiarazioni predibattimentali, ritendo provate le intimidazioni subite dai testimoni sulla scorta del contegno tenuto in dibattimento dai dichiaranti, dei timori dagli stessi espressi al Presidente del collegio giudicante, degli esiti di intercettazioni e relazioni di servizio della pg, della richiesta dei testi di essere scortati in udienza dalle Forze dell'Ordine, del tentativo di addebitare alla pg operante la paternità del tenore delle dichiarazioni predibattimentali verbalizzate.
- la prova dell'intimidazione è stata desunta dal contegno complessivo della persona offesa, caratterizzato dalla sottoscrizione con firma apocrifa o illeggibile dei verbali di sommarie informazioni fornite alla P.G., dalla completa ritrattazione in dibattimento, senza alcuna plausibile giustificazione, delle dichiarazioni rese sia nella fase delle indagini sia al di fuori del procedimento penale, e dalla richiesta, avanzata in prossimità dell'udienza fissata per la sua deposizione in udienza, di essere collocata in un reparto della Casa Circondariale diverso da quello nel quale erano detenuti gli imputati, giustificata dal timore per la propria incolumità.
- La S.C. ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di merito ha ritenuto sintomatica di pressioni esterne la versione radicalmente difforme - rispetto alla originaria narrazione dei fatti, resa agli inquirenti e del tutto identica a quanto affermato dalla parte lesa - fornita dalle testi in sede dibattimentale, tradottasi persino nella ritrattazione di circostanze ammesse dallo stesso imputato di tentata estorsione, non altrimenti spiegabile se non con intimidazioni atte a determinarle ad un atteggiamento di totale reticenza.
- è stata ritenuta sufficiente a dar prova dell'avvenuta intimidazione del teste-persona offesa da parte dell'imputato, la dichiarazione di un ispettore di P.G., che aveva riferito in dibattimento di aver saputo informalmente dalla stessa persona offesa dell'avvenuta intimidazione, senza procedere alla verbalizzazione imposta dall'art. 357 cod. proc. pen.
- la Corte ha ritenuto sufficienti alcune dichiarazioni di altri imputati relative al proposito, maturato in ambiente malavitoso, di indurre il dichiarante, imputato di reato connesso, alla ritrattazione, e l'assoluta inverosimiglianza del pretesto da quest'ultimo addotto a sua giustificazione - essere stato costretto a formulare ingiuste accuse da P.M. e carabinieri - per il quale aveva subito condanna per calunnia.
- la Corte ha ritenuto sintomatica di pressioni esterne la simultanea ed omogenea ritrattazione operata dalle otto testimoni d'accusa in assenza di una plausibile giustificazione.
- la Corte ha ritenuto che correttamente il giudice di merito avesse motivato la ritenuta sussistenza dell'intimidazione facendo riferimento a fatti concreti ed obiettivi costituiti dall'improvviso allontanamento del teste dall'aula di udienza prima della sua escussione, dalla ricezione da parte del cancelliere di una telefonata, proveniente da persona qualificatasi come il medesimo teste, nella quale si riferiva delle intimidazioni esercitate da un parente dell'imputato presente in aula, e dall'accertata presenza in aula di persona legata da vincoli di parentela con lo stesso imputato.
- la Corte ha ritenuto che correttamente il giudice di merito avesse motivato la ritenuta sussistenza dell'intimidazione facendo riferimento alla decisione di alcuni testi di traslocare altrove, di altri testi di cessare la propria attività commerciale per non esporsi a ritorsioni, infine di altri ancora di scappare dal tribunale dove si trovavano per essere sentiti o dichiarare di non voler rispondere.

Pacifico peraltro è che il **procedimento incidentale** diretto ad accertare gli elementi concreti per ritenere che il testimone sia stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità al fine di non deporre o di deporre il falso, **deve fondarsi su parametri di ragionevolezza e di persuasività**, nel cui ambito può assumere rilievo qualunque **elemento** sintomatico della intimidazione subita dal teste, purché sia **connotato da precisione, obiettività e significatività** (In motivazione, la Corte ha precisato che il grado della prova richiesta va individuato dal giudice in concreto, secondo uno standard probatorio che non può essere rappresentato dalla prova "al di là di ogni ragionevole dubbio", richiesta soltanto per il giudizio di condanna, ma neanche dal semplice sospetto: Sez. 6, n. 26904 del 23/03/2005 Ud. (dep. 20/07/2005) Rv. 231860 – 01).

La **seconda eccezione** alla regola di esclusione probatoria del "precedente difforme" è espressa

all'interno **dell'art. 500, 6° co.**, che consente l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento, delle dichiarazioni assunte dal giudice nel corso dell'udienza preliminare, se utilizzate per le contestazioni, e se vi sia richiesta di parte, anche se diversa da quella che ha effettuato la contestazione. In tal caso, le dichiarazioni potranno esplicitare efficacia probatoria solamente nei confronti delle persone che hanno partecipato alla loro assunzione, mentre nei confronti delle altre parti potranno essere valutate solo al fine di saggiarne la credibilità.

L'ultima eccezione è quella contemplata nell'ambito **dell'art. 500, 7° co.**, che consente l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento delle precedenti dichiarazioni quando vi sia accordo delle parti.

Art. 501 cpp (Esame dei periti e dei consulenti tecnici)

Nessun particolare problema interpretativo. Merita ricordare solo quanto affermato dalle **Sezioni Unite**, le quali hanno chiarito che le dichiarazioni rese dal perito o dal consulente tecnico nel corso del dibattimento, in quanto veicolate nel processo a mezzo del linguaggio verbale, costituiscono **prove dichiarative**, sicché sussiste, per il giudice di appello che, sul diverso apprezzamento di esse, fonda, sempreché decisive, la riforma della sentenza di assoluzione, l'obbligo di procedere alla loro rinnovazione dibattimentale attraverso l'esame del perito o del consulente, mentre analogo obbligo non sussiste ove la relazione scritta del perito o del consulente tecnico sia stata acquisita mediante lettura, ivi difettando la natura dichiarativa della prova (Sez. U, n. 14426 del 28/01/2019 Ud. (dep. 02/04/2019), Pavan, Rv. 275112 – 01).

Merita solo ricordare che la **riforma Cartabia** (D.lgs. 150/2022), ha modificato la norma prevedendo:

- *1-bis.* Almeno *sette giorni prima* dell'udienza fissata per il suo esame, il perito autorizzato ai sensi dell'articolo 227, comma 5, deposita in cancelleria la propria relazione scritta. Nello stesso termine la parte che ha nominato un consulente tecnico deposita in cancelleria l'eventuale relazione scritta del consulente.
- *1-ter.* Fuori dai casi previsti al comma *1-bis*, la parte che ha chiesto l'esame di un consulente tecnico deposita l'eventuale relazione almeno *sette giorni prima* dell'udienza fissata per quell'esame.
- 2. Il perito e il consulente tecnico hanno in ogni caso facoltà di consultare documenti, note scritte e pubblicazioni, nonché le relazioni depositate ai sensi dei commi *1-bis* e *1-ter*, che possono essere acquisiti anche di ufficio.

Art. 502. Esame a domicilio di testimoni, periti e consulenti tecnici

Nessun particolare problema interpretativo.

Il ricorso alla disciplina di cui all'art. 502 cod.proc.pen. deve ritenersi consentito in tutti i casi in cui, anche per ragioni contingenti e occasionali, viene a determinarsi una **situazione di impossibilità assoluta** (e quindi di **legittimo impedimento**) del teste a comparire nella pubblica udienza, con l'effetto che, in tale ipotesi, è legittimo escutere il teste nel luogo dove al momento si trova, escludendo la presenza del pubblico e dell'imputato (salvo che quest'ultimo abbia fatto richiesta in senso contrario) purché venga assicurato il contraddittorio con la presenza dei difensori (nella specie, un testimone - tossicodipendente in trattamento riabilitativo - recatosi in tribunale per rendere la deposizione, era stato colto da un grave stato di agitazione psichica che lo aveva posto nella impossibilità di partecipare al pubblico dibattimento; in tale situazione l'organo giudicante aveva adottato la decisione - ritenuta corretta dalla Corte suprema - di escutere il teste in un ambiente adiacente all'aula di udienza senza la presenza del pubblico e degli imputati, che non avevano richiesto di assistere: Sez. 6, n. 6589 del 02/03/2000 Ud. (dep. 02/06/2000) Rv. 217073).

Ancora, la Suprema Corte ha ritenuto legittimo l'esame a domicilio della persona offesa per il suo stato di gravidanza a rischio attestato da un certificato medico (Sez. 4, n. 18657 del 27/02/2018 Ud. (dep. 02/05/2018) Rv. 273253 – 01).

Art. 503. Esame delle parti private

Problemi particolari affrontati dalla Giurisprudenza:

- In materia di esame delle parti private, la **denuncia presentata dalla parte offesa** può essere acquisita al fascicolo del dibattimento, se contenuta in quello del pubblico ministero e utilizzata per le contestazioni (Sez. 2, n. 25526 del 02/05/2019 Ud. (dep. 10/06/2019) Rv. 276106 – 01)
- La **confessione** può essere posta a base del giudizio di colpevolezza dell'imputato nelle ipotesi in cui il giudice ne abbia favorevolmente apprezzato la veridicità, la genuinità e l'attendibilità, fornendo ragione dei motivi per i quali debba respingersi ogni sospetto di intendimento autocalunniatorio o di intervenuta costrizione sul soggetto, anche qualora l'imputato, dopo aver reso confessione nel corso delle indagini preliminari, non abbia confermato in dibattimento le dichiarazioni rese precedentemente. (Sez. 1, n. 43681 del 13/05/2015 Ud. (dep. 29/10/2015) Rv. 264746 – 01)
- Le precedenti **dichiarazioni difformi rese dall'imputato** nella fase predibattimentale, lette per le contestazioni nel corso del suo esame e conseguentemente acquisite al fascicolo per il dibattimento, **possono essere utilizzate come prova contro lo stesso** se sono state assunte con le modalità indicate all'art. 503, commi quinto e sesto, cod. proc. pen. (Sez. 3, n. 50435 del 12/05/2015 Ud. (dep. 23/12/2015) Rv. 265896 – 01)
- Il **mancato esame dell'imputato**, anche se in precedenza ammesso dal giudice del dibattimento, non comportando alcuna limitazione alla facoltà di intervento, di assistenza e di rappresentanza dell'imputato medesimo, **non integra alcuna violazione del diritto di difesa**, tanto più alla luce della facoltà di rendere in ogni momento spontanee dichiarazioni. (Sez. 1, n. 35627 del 18/04/2012 Ud. (dep. 18/09/2012) Rv. 253459 – 01)
- È legittima, in caso di **rifiuto dell'imputato di sottoporsi all'esame dibattimentale**, la lettura dei verbali contenenti le dichiarazioni spontanee da questi in precedenza rese davanti al Tribunale del riesame. (In motivazione la Corte ha precisato che il recupero delle dichiarazioni, nella specie confessorie, nel corso dell'udienza davanti al Tribunale del riesame, è in linea con il precetto normativo di cui all'art. 513, comma primo, cod. proc. pen.: Sez. 3, n. 17391 del 13/01/2011 Ud. (dep. 05/05/2011) Rv. 250298 – 01).
- In tema di esame delle parti private, poiché l'art. 503 cod. proc. pen. non contempla il caso della richiesta concorrente dell'imputato e del p.m., l'ordine di escussione previsto dal comma secondo va integrato con quello di cui all'art. 496, comma primo, cod. proc. pen., che **assegna la precedenza alla pubblica accusa**, in quanto l'esame richiesto dal Pubblico Ministero può essere qualificato come mezzo di prova a carico dell'imputato stesso. (Sez. 1, n. 30286 del 27/06/2002 Ud. (dep. 09/09/2002) Rv. 222583 – 01).

Art. 504. Opposizioni nel corso dell'esame dei testimoni

Nessun problema esegetico. Il giudice decide immediatamente e senza formalità.

Art. 505. Facoltà degli enti e delle associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato

Nessun problema esegetico.

Art. 506. Poteri del presidente in ordine all'esame dei testimoni e delle parti private

- indicare alle parti temi di prova nuovi o più ampi, utili per la completezza dell'esame.
- può rivolgere domande ai testimoni, ai periti, ai consulenti tecnici, alle persone indicate nell'articolo 210 ed alle parti già esaminate, solo dopo l'esame e il controesame.
- Resta salvo il diritto delle parti di concludere l'esame

Problemi interpretativi:

- La testimonianza assunta senza il rispetto delle regole previste dall'art. 506 cod. proc. pen., **non è nulla**, non essendo tale violazione riconducibile alle previsioni di cui all'art. 178 cod. proc. pen., **né inutilizzabile**, trattandosi di prova assunta con modalità diverse da quelle prescritte e non in violazione di divieti posti dalla legge, ma è **affetta da mera irregolarità** che, però, impone un aggravamento degli oneri motivazionali del giudice che intenda fondare la propria decisione su di essa. (In motivazione la corte ha precisato che tali regole devono trovare applicazione anche nel caso in cui la testimonianza sia ammessa dal giudice ex art. 507 cod. proc. pen.: Sez. 2, n. 48957 del 11/09/2019 Ud. (dep. 02/12/2019) Rv. 277685 – 01).
- L'art. 506 cod. proc. pen., nel far salvo il diritto delle parti di concludere l'esame dopo le domande rivolte al testimone o alla parte privata dal Presidente, riconosce **un diritto che è di tutte le parti e non soltanto di quella che ha chiesto l'assunzione della prova**. Il testo della norma non legittima una tale limitazione in quanto attribuisce il diritto di concludere l'esame "alle parti" e quindi a tutte le parti costituite in processo e non soltanto ad una di esse. (Nella specie, relativa a ritenuta violazione dell'art. 506 citato poiché il giudice di primo grado avrebbe dovuto consentire alla difesa dell'imputato di porre domande al teste, dopo quelle allo stesso rivolte dal Presidente e dal P.M., la S.C. ha rilevato l'insussistenza della relativa nullità, sanata poiché non eccepita immediatamente dopo l'esame testimoniale del teste medesimo: Sez. 3, n. 3125 del 11/01/1994 Ud. (dep. 15/03/1994) Rv. 198598 – 01)
- Pacifico poi è che l'art. 506, comma secondo, cod. proc. pen. consente, anche d'ufficio, la nuova citazione di soggetti già ammessi a rendere dichiarazioni dibattimentali ed esaminati, **senza che ciò arrechi alcun pregiudizio alle parti**, che, per effetto della nuova citazione, riacquistano il diritto di esaminare e contro-esaminare il dichiarante sui temi di prova indicati dal giudice. (In motivazione la Corte ha osservato che, comunque, le violazioni dell'art. 506, cod. proc. pen., non sono sanzionate a pena di nullità da alcuna norma: Sez. 2, n. 25738 del 20/03/2015 Ud. (dep. 18/06/2015) Rv. 264135 – 01).

Art. 507. Ammissione di nuove prove

1. Terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prove.

1-bis. Il giudice può disporre a norma del comma 1 anche l'assunzione di mezzi di prova relativi agli atti acquisiti al fascicolo per il dibattimento a norma degli articoli 431, comma 2, e 493, comma 3.

Si tratta di previsione su cui si è molto scritto. Affinché il giudice possa ammettere d'ufficio nuove prove sono necessarie alcune precise condizioni:

- Innanzitutto, occorre che sia terminata l'acquisizione delle prove richieste dalle parti, nonché la lettura degli atti consentiti;
- in secondo luogo, il ricorso all'art. 507 può aversi solo se l'assunzione della nuova prova risulti "assolutamente necessaria"
- un ulteriore requisito è la novità del mezzo di prova richiesto.

Entrambi i requisiti richiesti dalla norma in commento sono stati oggetto di una lunga diatriba dottrinale e giurisprudenziale.

Sul **primo**, sono intervenute le **Sezioni Unite** che, accogliendo l'interpretazione maggiormente estensiva, hanno affermato il principio secondo cui il potere istruttorio del giudice dibattimentale può essere esercitato anche in rapporto a prove non tempestivamente dedotte dalle parti e anche quando sia mancata ogni altra acquisizione probatoria (**C., S.U., 6.11.1992, Martin**, in CP, 1993, 280).

Sul **secondo**, parimenti le **Sezioni Unite** hanno stabilito che il requisito dell'assoluta necessità risulta integrato quando il mezzo di prova risulti dagli atti del giudizio e la sua assunzione appaia decisiva (**C., S.U., 17.10.2006, Greco**, in CP, 2007, 3341; **C., S.U., 6.11.1992, Martin**, *ivi*, 1993, 280).

Sul **terzo**, prova nuova significa non prova sopravvenuta o scoperta successivamente (rispetto all'allegazione di parte a norma dell'art. 493), ma **prova già esistente e non precedentemente acquisita**, giacché altrimenti l'iniziativa riconosciuta al Giudice risulterebbe nella stragrande maggioranza

dei casi preclusa.

Le **Sezioni Unite** hanno chiarito:

- che il giudice può esercitare il potere di disporre d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova, previsto dall'art. 507 cod. proc. pen., **anche con riferimento a quelle prove che le parti avrebbero potuto richiedere e non hanno richiesto** (La Corte ha affrontato la questione alla luce della nuova formulazione dell'art. 111 Cost. ed ha ritenuto che condizioni necessarie per l'esercizio di tale potere sono l'assoluta necessità dell'iniziativa del giudice, da correlare a una prova avente carattere di decisività, e il suo essere circoscritto nell'ambito delle prospettazioni delle parti, la cui facoltà di richiedere l'ammissione di nuovi mezzi di prova resta, peraltro, integra ai sensi dell'art. 495 comma secondo c.p.p.: Sez. U, n. 41281 del 17/10/2006 Ud. (dep. 18/12/2006), PM in proc. Greco, Rv. 234907 – 01).
- che l'esercizio del potere officioso ex art. 507 cpp **non è causa di ricusazione** (Sez. U, n. 41263 del 27/09/2005 Cc. (dep. 15/11/2005), Falzone, Rv. 232067 – 01).

Importante evidenziare che **il mancato esercizio di detti poteri di integrazione probatoria richiede una motivazione specifica** la cui omissione, censurabile in sede di legittimità, determina la nullità della sentenza per **violazione di legge** (Fattispecie nella quale il giudice di merito si limitava a rilevare l'assenza, nel fascicolo del dibattimento, dei verbali dell'incidente probatorio contenenti le dichiarazioni della persona offesa, senza esercitare i poteri conferitigli dall'art. 507 cod. proc. pen., in particolare omettendo di sollecitare il PM d'udienza al deposito di copia degli atti ovvero di disporre la citazione della parte offesa per la sua assunzione in dibattimento).

Art. 508. Provvedimenti conseguenti all'ammissione della perizia nel dibattimento

Nessun problema interpretativo particolare.

Va solo precisato che, secondo la G:

- In tema di perizia, il **giudice**, dopo l'esame del perito, **è tenuto ad integrare il contraddittorio con l'esame del consulente tecnico dell'imputato** qualora questi abbia assunto iniziative di sollecitazione e di contestazione rispetto all'attività peritale ed ai relativi esiti (Sez. 1, n. 54492 del 05/04/2017 Ud. (dep. 04/12/2017) Rv. 271899 – 01).
- **Non** sussiste per il giudice l'obbligo di esaminare, dopo il perito, il consulente tecnico dell'imputato che non abbia esplicito alcuna forma di intervento nel momento del conferimento dell'incarico al perito o nel corso delle operazioni peritali (Sez. 6, n. 27928 del 01/04/2014 Ud. (dep. 26/06/2014) Rv. 261641 – 01)
- In caso di conferimento di incarico peritale, ove il perito abbia chiesto di poter rispondere con relazione scritta, e la relazione sia stata depositata, ma **il perito non sia stato citato per essere esaminato a dibattimento**, sussiste violazione degli artt. 508, 511 e 501 c.p.p., perché il perito non è stato esaminato e la difesa non ha potuto porre domande: **nullità relativa** (Sez. 3, n. 8497 del 22/04/1999 Ud. (dep. 05/07/1999) Rv. 214222 – 01)

Art. 509. Sospensione del dibattimento per esigenze istruttorie

Nessun problema interpretativo. Niente giurisprudenza.

Art. 510 Verbale di assunzione dei mezzi di prova

Norma modificata dalla **riforma Cartabia**:

2-*bis*. L'esame dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici, delle parti private e delle persone indicate nell'articolo 210, nonché gli atti di ricognizione e confronto, sono documentati anche con mezzi di riproduzione audiovisiva, salva la contingente indisponibilità di strumenti di riproduzione o di personale tecnico.

3-*bis*. La trascrizione della riproduzione audiovisiva di cui al comma 2-*bis* è disposta solo se

richiesta dalle parti.

Le **novità** riguardano la **videoregistrazione delle prove dichiarative**, e s'inseriscono nel sistema di modifiche delle modalità di documentazione degli atti, volte ad innalzare il livello di tutela della **genuinità** degli stessi per il tramite di strumenti tecnologici, più idonei rispetto alla riproduzione cartacea.

Per dare il tempo agli uffici giudiziari di dotarsi del materiale necessario e di riorganizzare le operazioni di documentazione, l'art. 94 delle Disposizioni Transitorie del D.lgs. 10.10.2022, n. 150 aveva previsto che l'entrata in vigore dell'art. 510, 2° co. *bis*, seguisse di un anno quella della riforma. Questo termine è stato modificato due volte dal Governo. Una prima volta si era detto che «la verifica condotta circa il numero di aule nelle quali dovranno essere installati gli impianti e l'accertamento che sarà necessario attivare una procedura contrattuale complessa inducono a ritenere più realistico fissare una data di due anni prima della piena operatività del nuovo sistema». Poi, «alla luce di una nuova rivalutazione del sistema» (v. iter del Disegno di legge n. A.S. 274), il termine è stato ridotto a sei mesi.

Pertanto, **dal 30.6.2023 entrerà in vigore il nuovo art. 510, 2° co. *bis***, che renderà obbligatoria la videoregistrazione dei dibattimenti, salva contingente indisponibilità di mezzi.

Il nuovo comma va letto in combinato disposto con l'**art. 495, 4° co. *ter***, che esclude la rinnovazione probatoria della prova formata in dibattimento, in caso di mutamento del giudice, in tutti i casi di videoregistrazione.

In G sulla disposizione in esame, è stato affermato che è **legittimo**, in quanto non lesivo dell'esercizio del diritto di difesa, il **diniego del rinvio dell'udienza dibattimentale chiesto dal difensore per consentire ai consulenti di parte**, assenti per loro asserito impedimento, **di assistere l'imputato durante l'esame del perito**, qualora essi abbiano partecipato agli sviluppi dell'attività peritale ed avuto la possibilità di presentare sia al giudice, sia al perito osservazioni e riserve, in quanto la nomina dei consulenti tecnici e lo svolgimento delle loro attività non devono comportare ritardo alle attività processuali (Sez. 5, n. 36052 del 17/11/2020 Ud. (dep. 16/12/2020) Rv. 280008 – 01; Sez. 3, n. 24979 del 22/12/2017 Ud. (dep. 05/06/2018) Rv. 273529)

Analogamente è **legittimo**, in quanto non lesivo dell'esercizio del diritto di difesa, il **diniego del rinvio dell'udienza dibattimentale chiesto dal difensore per l'esame della perizia**, in quanto questa è il frutto della convergente attività del perito e del consulente nominato dalla difesa, il quale ha il potere di partecipare agli sviluppi dell'attività peritale, presentando sia al giudice che al perito osservazioni e riserve di cui deve rimanere traccia nel verbale e di cui deve tenersi conto nella relazione. (Fattispecie in cui la difesa aveva eccepito la violazione dell'art. 111 Cost. e dei diritti di difesa, ai sensi dell'art. 178, lett. c), cod. proc. pen., con riferimento al rigetto della richiesta di rinvio dell'udienza dibattimentale al fine di esaminare la perizia, depositata tre giorni prima di tale udienza: Sez. 5, n. 51589 del 19/09/2016 Ud. (dep. 02/12/2016) Rv. 268820 – 01).

Art. 511 Letture consentite

Nessun problema esegetico particolare.

L'unica questione meritevole di approfondimento è stata risolta dalle **Sezioni Unite**, che hanno affermato il principio secondo cui in caso di **rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice**, il consenso delle parti alla lettura degli atti già assunti dal giudice di originaria composizione non è necessario con riguardo agli esami testimoniali la cui ripetizione non abbia avuto luogo perché non richiesta, non ammessa o non più possibile (Sez. U, n. 41736 del 30/05/2019 Ud. (dep. 10/10/2019, Bajrami, Rv. 276754 – 03).

Si segnala, tuttavia, che la **violazione dell'obbligo di dare lettura degli atti del fascicolo per il dibattimento**, ovvero **di indicare quelli utilizzabili ai fini della decisione**, secondo **parte della G** non può essere considerata causa di nullità, non essendo specificatamente sanzionata in tal senso né apparendo inquadribile in alcuna delle cause generali di nullità previste dall'art. 178, né di inutilizzabilità ai sensi dell'art. 191, non incidendo l'omessa lettura sulla legittimità dell'acquisizione delle prove documentate negli atti summenzionati (C., Sez. I, 4.10.2005, Safsaf, in Mass. Uff., 232443; C., Sez. IV,

15.7.1996, Tesser, in CP, 1998, 840; C., Sez. I, 27.5-1.7.1994, Mazzuocolo, in ANPP, 1994, 504; C., Sez. I, 10.2.1994, Marotta, in Mass. Uff., 197322). Secondo **un indirizzo minoritario**, invece, la violazione dell'art. 511 integra una nullità di ordine generale a regime intermedio ai sensi dell'art. 178, 1° co., lett. c, sempre che vi sia stata la richiesta di utilizzabilità dell'imputato. Se, invece, tale richiesta è mancata la nullità è da considerarsi sanata ai sensi dell'art. 183, 2° e 3° co. (C., Sez. III, 11.4.1995, Fucci, in CP, 1996, 3433).

Art. 511-bis Lettura di verbali di prove di altri procedimenti

Nessun problema interpretativo particolare.

Si è peraltro chiarito:

- Le **dichiarazioni rese dall'imputato in diverso procedimento penale possono essere utilizzate**, ex art. 238, comma 3, cod. proc. pen. richiamato dal successivo art. 511-bis, **qualora egli rifiuti di sottoporsi ad esame**, in quanto detto rifiuto, rendendo irripetibile l'atto compiuto con l'interrogatorio davanti al pubblico ministero, legittima l'acquisizione del relativo verbale. (Sez. 1, n. 5219 del 22/09/2020 Ud. (dep. 10/02/2021) Rv. 280755 – 01)
- Le **dichiarazioni rese in sede di esame ai sensi dell'art. 210, cod. proc. pen. da persona imputata in procedimento connesso** ex art. 12, comma 1, lett. a), cod. proc. pen., ed ivi legittimamente acquisite in forza del combinato disposto di cui agli artt. 511-bis e 238, commi 1 e 2-bis, cod. proc. pen., **sono utilizzabili nei suoi confronti**, non essendo, in tal caso, analogicamente applicabile il divieto sancito dall'art. 197-bis, comma 5, cod. pen., espressamente riferibile al solo esame di persona imputata in procedimento connesso ex art. 12, comma 1, lett. c), cod. proc. pen. o di un reato collegato ex art. art. 371, comma 2, lett. b), cod. proc. pen. (Sez. 3, n. 36331 del 30/06/2021 Ud. (dep. 07/10/2021) Rv. 282210 – 01)

Art. 512. Lettura di atti per sopravvenuta impossibilità di ripetizione

I principali problemi interpretativi sul tema della c.d. irripetibilità sono stati risolti dalle **Sezioni Unite**:

- Ai fini della legittimità della lettura di atti assunti dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero, dal difensore di una parte privata o dal giudice nel corso dell'udienza preliminare, a norma dell'art. 512 cod. proc. pen., **l'irreperibilità sopravvenuta** del soggetto che abbia reso dichiarazioni predibattimentali - alla quale non può attribuirsi presuntivamente il significato della volontaria scelta di sottrarsi all'esame da parte dell'imputato o del suo difensore - integra, se accertata con rigore, un'ipotesi di oggettiva impossibilità di formazione della prova in contraddittorio e di conseguente irripetibilità dell'atto dovuta a fatti o circostanze imprevedibili (Sez. U, n. 36747 del 28/05/2003 Ud. (dep. 24/09/2003), **Torcasio**, Rv. 225470 – 01)
- Le **dichiarazioni predibattimentali rese in assenza di contraddittorio**, ancorché legittimamente acquisite, **non** possono - conformemente ai principi affermati dalla giurisprudenza europea, in applicazione dell'art. 6 della CEDU - fondare in modo esclusivo o significativo l'affermazione della responsabilità penale (Sez. U, n. 27918 del 25/11/2010 Ud. (dep. 14/07/2011), D.F., Rv. 250199 – 01)

Pacifico peraltro è che **la prevedibilità o meno della successiva irreperibilità** del teste in fase dibattimentale **deve essere valutata dal giudice "ex ante"** e, quindi, con riferimento alle conoscenze che la parte processuale interessata alla testimonianza aveva al momento in cui avrebbe potuto chiedere l'incidente probatorio (da ultimo: Sez. 1, n. 3135 del 14/12/2021 Ud. (dep. 27/01/2022) Rv. 282492 – 01).

Importante è anche l'aver chiarito che ai fini dell'utilizzabilità, mediante lettura, delle **dichiarazioni rese in sede predibattimentale dal cittadino straniero divenuto irreperibile**, l'obbligo di **effettuare ricerche**, anche all'estero, va necessariamente **correlato** all'esistenza di precisi elementi di collegamento tra tale soggetto e il paese di origine, desumibili dagli atti o allegati dall'interessato, in assenza dei quali dette ricerche avrebbero carattere esplorativo e si risolverebbero, in mancanza di qualsiasi altro elemento,

in un'attivazione meramente formale di difficile realizzazione, e pertanto non esigibile secondo canoni di ragionevolezza (Sez. 3, n. 12927 del 23/03/2022 Ud. (dep. 06/04/2022) Rv. 283129 – 01).

Infine, va ribadito che le dichiarazioni predibattimentali acquisite con il **consenso** delle parti **possono costituire base "esclusiva e determinante" dell'accertamento di responsabilità**, a prescindere dall'osservanza delle "adeguate garanzie procedurali" indicate dalla Grande Camera della Corte EDU con le sentenze 15 dicembre 2011, Al Khawaja e Tahery c/ Regno Unito e 15 dicembre 2015, Schatschaachwili c/ Germania in relazione all'accurato vaglio di credibilità dei contenuti accusatori e alla compatibilità delle dichiarazioni con i dati di contesto, in quanto **tale acquisizione scaturisce dalla rinuncia delle parti al diritto di esaminare un testimone**, che è consentita dall'art. 6 Conv. EDU, conformemente alla giurisprudenza della Corte EDU, alle sole **condizioni** che risulti consapevole, informata e inequivocabile, sia assistita da un minimo di garanzie proporzionate alla sua rilevanza e non si palesi in contrasto con alcun interesse pubblico di rilievo (Sez. 2, n. 22 del 24/11/2021 Ud. (dep. 04/01/2022) Rv. 282509 – 01).

Art. 512-bis Lettura di dichiarazioni rese da persona residente all'estero

I principali problemi interpretativi sul tema sono stati risolti dalle **Sezioni Unite**:

- Ai fini dell'acquisizione mediante lettura dibattimentale, ex art. 512 *bis* cod. proc. pen., delle dichiarazioni rese, nel corso delle indagini, da persona residente all'estero, **è necessario preliminarmente accertare l'effettiva e valida citazione del teste non comparso** - secondo le modalità previste dall'art. 727 cod. proc. pen. per le rogatorie internazionali o dalle convenzioni di cooperazione giudiziaria - verificandone l'eventuale irreperibilità mediante tutti gli accertamenti opportuni. Occorre, inoltre, che **l'impossibilità di assumere in dibattimento il teste sia assoluta ed oggettiva**, e, non potendo consistere nella mera impossibilità giuridica di disporre l'accompagnamento coattivo, occorre che **risulti assolutamente impossibile la escussione del dichiarante attraverso una rogatoria internazionale concelebrata o mista**, secondo il modello previsto dall'art. 4 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959 (Sez. U, n. 27918 del 25/11/2010 Ud. (dep. 14/07/2011), D.F., Rv. 250197 – 01)

Si noti che la disciplina di cui all'art. 512-*bis* cod. proc. pen. **non è applicabile alle dichiarazioni dei cittadini stranieri che abbiano avuto dimora in Italia per un periodo di tempo comunque apprezzabile, risiedendovi anche solo di fatto**, riguardando coloro che, al momento del rilascio, si siano trovati solo transitoriamente sul territorio italiano (Sez. 5, n. 4945 del 20/01/2021 Ud. (dep. 08/02/2021) Rv. 280669 – 01). Dunque, **l'art. 512 *bis* cod. proc. pen. trova applicazione esclusivamente nel caso in cui le dichiarazioni della cui lettura si tratta siano state rese da soggetto effettivamente residente in quel momento all'estero**, dovendo invece trovare applicazione la disciplina di cui all'art. 512 cod. proc. pen. qualora tale soggetto fosse, al momento della deposizione, anche di fatto residente in Italia (Sez. 5, n. 13522 del 18/01/2017 Ud. (dep. 20/03/2017) Rv. 269398 – 01).

Art. 513 Lettura delle dichiarazioni rese dall'imputato nel corso delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare

Ai fini dell'applicabilità della disciplina contemplata nell'ambito dell'art. 513 è necessario che l'imputato sia assente o, pur presente, si avvalga della facoltà di non rispondere.

Sono invece **utilizzabili nella fase procedimentale**, e dunque nell'incidente cautelare e negli eventuali riti a prova contratta, **le dichiarazioni spontanee rese dalla persona sottoposta alle indagini alla polizia giudiziaria** ai sensi dell'art. 350, comma 7, cod. proc. pen., purché emerga con chiarezza che l'indagato ha scelto di renderle liberamente, ossia senza alcuna coercizione o sollecitazione (Sez. 3, n. 20466 del 03/04/2019 Ud. (dep. 13/05/2019) Rv. 275752 – 01).

La **volontaria assenza dell'imputato all'udienza dibattimentale fissata per l'assunzione del suo**

esame legittima il giudice a dare lettura delle dichiarazioni già rese nelle indagini preliminari, in applicazione dell'art. 513, primo comma, cod. proc. pen., né la mancata rinnovazione di tale atto durante la prosecuzione dell'istruttoria è suscettibile di determinare alcuna nullità ex art. 178, lett. c), cod. proc. pen. o, comunque, una concreta menomazione del diritto di difesa, atteso che egli può avvalersi della facoltà di rendere dichiarazioni spontanee e di domandare per ultimo la parola in sede di discussione (Sez. 1, n. 31624 del 23/05/2014 Ud. (dep. 17/07/2014) Rv. 261465 – 01)

Si è poi chiarito che **ai fini dell'utilizzabilità delle dichiarazioni predibattimentali "contra alios"** rese da imputati contumaci, assenti o rifiutatisi di sottoporsi ad esame, **la non opposizione all'acquisizione equivale al consenso previsto dall'art. 513, primo comma, ultima parte, cod. proc. pen.**, giacché esso non deve necessariamente manifestarsi in modo espresso e formale. (Sez. 5, Sentenza n. 9867 del 29/01/2014 Ud. (dep. 28/02/2014) Rv. 262739 – 01).

A ciò va aggiunto che le **dichiarazioni rese durante l'interrogatorio in sede di convalida dell'arresto dal coimputato successivamente deceduto** sono recuperabili in dibattimento tramite lettura, ai sensi dell'art. 513, comma 2, cod. proc. pen., essendo la posizione di quest'ultimo **equiparabile** a quella dell'imputato per il quale si procede separatamente, ai sensi dell'art. 210, comma 1, cod. proc. pen. (Sez. 1, n. 21534 del 10/07/2020 Ud. (dep. 20/07/2020) Rv. 279339 – 01).

Art. 514 Letture vietate

Nessun particolare problema interpretativo.

Va solo qui ricordato che in tema di prova testimoniale, il testimone (nella specie, un appartenente alla polizia giudiziaria) **può essere autorizzato a consultare**, in aiuto alla memoria, **documenti da lui non formalmente redatti o sottoscritti**, purché **abbia partecipato** alle operazioni, agli scambi o ai rapporti cui gli stessi si riferiscono (Sez. 5, n. 22115 del 22/03/2022 Ud. (dep. 07/06/2022) Rv. 283438 – 02) e purché gli stessi **possano essere esaminati** da tutte le parti del processo (Sez. 6, n. 41768 del 22/06/2017 Ud. (dep. 13/09/2017) Rv. 271279).

Inoltre, **gli atti contenuti nel fascicolo del Pubblico Ministero** ed acquisiti, sull'accordo delle parti, al fascicolo per il dibattimento, possono essere legittimamente utilizzati ai fini della decisione, non ostandovi neppure i divieti di lettura di cui all'art. 514 cod.proc.pen., **salvo che detti atti siano affetti da inutilizzabilità cosiddetta "patologica"** qual è quella derivante da una loro assunzione "contra legem" (Sez. 3, n. 35372 del 23/05/2007 Ud. (dep. 24/09/2007) Rv. 237412 – 01).

Il **giudizio abbreviato** comporta la definizione del processo allo stato degli atti, senza, cioè, l'osservanza delle regole previste per il dibattimento; **per cui non è applicabile il divieto di utilizzazione degli atti indicati nell'art. 514 c.p.p.**, ivi comprese le dichiarazioni rese dai testimoni alla polizia giudiziaria (Sez. 3, n. 6635 del 27/04/1998 Ud. (dep. 05/06/1998) Rv. 210973 – 01).

Art. 515 Allegazione di atti al fascicolo per il dibattimento

Nessun problema interpretativo.

3. Fase C) La valutazione della prova

Infine, al giudice compete la valutazione dell'elemento di prova raccolto, cosicché può ritenere non credibile il dichiarante e non attendibile la sua narrazione del fatto.

Il **principio del libero convincimento** non esime, però, il giudice dall'obbligo di motivare la sua valutazione.

In base **all'art. 192 c.p.p.**, infatti, il giudice deve “dare conto dei risultati acquisiti e dei criteri adottati” nel valutare la credibilità e l'attendibilità delle prove.

La valutazione del giudice può avere ad oggetto **soltanto** l'area delle prove legittimamente ammesse ed acquisite, dunque utilizzabili.

L'**obbligo di motivazione**, citato nel 1 comma dell'art. 192 è a tal proposito fondamentale.

Esso, da un lato rappresenta un **limite intrinseco** alla libertà di convincimento del giudice, dall'altro si

configura come **premessa logica imprescindibile** per l'esercizio del successivo controllo sulle linee di formazione di quel convincimento.

Se ne ricava la conclusione secondo cui il principio del libero convincimento sarà **ancorato** alla necessità di indicazione specifica dei risultati acquisiti e dei criteri adottati, onde evitare che lo stesso trasmodi in un uso arbitrario di tale principio.

Motivare vuol dire condurre un percorso logico-giuridico che porti il giudice ad apprezzare le prove disponibili indicando sì le prove poste a base della decisione, ma anche le ragioni per le quali il giudice non accetti le prove contrarie.

Ad ogni modo il giudice di merito potrà valutare le prove raccolte, organizzandole e dando a ciascuna di esse, come pure al loro complesso, il peso e il significato ritenuti più opportuni.

Non sarà adempiuto tale onere “della motivazione” ove il giudice si limiti ad una mera considerazione del valore autonomo dei singoli elementi probatori senza pervenire ad una **valutazione unitaria** della prova.

In base all'art. 192 comma 1 c.p.p. “*il giudice valuta la prova dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati*” e cioè delle regole di esperienza e delle leggi scientifiche che ha utilizzato.

L'obbligo di motivazione ha una fonte costituzionale **nell'art. 111 comma 6 della Carta Costituzionale**. Ciò implica che il Giudice nella motivazione non possa trascurare di esaminare i risultati di una prova che appaia pertinente e rilevante, pena la possibilità per la parte di attaccare il provvedimento che si ritenga inficiato.

In particolare, per rendere effettivo il diritto delle parti alla valutazione della prova, il codice di procedura penale prescrive che nella sentenza il giudice debba indicare le prove poste a base della decisione e le “ragioni per le quali ritiene non attendibili le prove contrarie” (art. 546 comma 1 lettera e) c.p.p.).

I principali nodi interpretativi in G sulla regola del co. 1, esaminati segnatamente dalle **Sezioni Unite** hanno riguardato:

- **le dichiarazioni della persona offesa costituita parte civile** possono essere poste, anche da sole, a fondamento dell'affermazione di responsabilità penale dell'imputato, previa verifica, più penetrante e rigorosa rispetto a quella richiesta per la valutazione delle dichiarazioni di altri testimoni, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto e, qualora risulti opportuna l'acquisizione di riscontri estrinseci, questi possono consistere in qualsiasi elemento idoneo a escludere l'intento calunniatorio del dichiarante, non dovendo risolversi in autonome prove del fatto, né assistere ogni segmento della narrazione (da ultimo: Sez. 5, n. 21135 del 26/03/2019 Ud. (dep. 15/05/2019) Rv. 275312)
- **in generale, la testimonianza della persona offesa**, che, ove ritenuta intrinsecamente attendibile, costituisce una vera e propria fonte di prova, purché la relativa valutazione sia sorretta da un'adeguata motivazione, che dia conto dei criteri adottati e dei risultati acquisiti. (Sez. 6, n. 27322 del 14/04/2008 Ud. (dep. 04/07/2008) Rv. 240524 – 01)

Particolare rilievo assume, soprattutto nei reati in cui è vittima un minore, la distinzione tra accertamento della capacità a deporre (art. 196 c.p.p.) e accertamento dell'attendibilità. Pacifico infatti è che **l'accertamento della capacità a testimoniare**, diretto ad appurare se questi sia in grado di percepire la realtà e riferire sui fatti di cui è a conoscenza senza influenze dovute a patologie, **deve essere distinto dalla valutazione di attendibilità**, che riguarda, invece, la veridicità del narrato (Sez. 3, n. 15207 del 26/11/2019 Ud. (dep. 15/05/2020) Rv. 278780 – 01) e **tale operazione rientra nei compiti esclusivi del giudice** (tra le tante: Sez. 4, n. 44644 del 18/10/2011 Ud. (dep. 01/12/2011) Rv. 251662) che deve esaminare il modo in cui il minore abbia vissuto e rielaborato la vicenda, in maniera da selezionare sincerità, travisamento dei fatti e menzogna (Sez. 3, n. 35397 del 20/06/2007 Ud. (dep. 24/09/2007) Rv. 237539).

Grande rilevanza rivestono anche i **commi successivi dell'art. 192 c.p.p.**

Il **secondo**, in particolare, sancisce che “*l'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti*”.

Solo in quest'ultimo caso, infatti, essi diventeranno senz'altro idonei ad integrare la piattaforma di convincimento del giudice.

Gli **indizi** sono, in realtà, quelle circostanze note, non direttamente rappresentative del fatto da provare, che se prese in considerazione possono consentire di pervenire a conoscere l'esistenza di un fatto non noto indispensabile per la conclusione del giudizio. La differenza tra prova e indizio non è quantitativa, nel senso che l'indizio è meno idoneo della prova ad assicurare l'accertamento dei fatti, ma **qualitativa ed ontologica**.

L'indizio acquista rilevanza quando plurimi indizi risultino **gravi, precisi e concordanti**. Certo, parlare di indizi vuol dire parlare di prova indiziaria, racchiudendoli tutti, altrimenti se essi da soli potessero già considerarsi esaustivi, avrebbero lo stesso valore della prova.

La Suprema Corte tiene a precisare che la "**gravità**" dell'indizio "*sta a denotare che il fatto noto deve avere una rilevante contiguità logica con il fatto ignoto*", mentre la "**precisione**" sta a significare che "*il fatto noto deve essere indiscutibile, certo nella sua oggettività*".

Ritornando sui tre elementi fondamentali si può anche ricordare che per "**gravità** dell'indizio" si intende l'elemento che sia dotato di capacità dimostrativa determinata dalla notevole contiguità logica con il fatto ignoto da accertare, resistente alle obiezioni e convincente.

L'indizio può ritenersi **preciso** se il fatto noto si palesa certo storicamente, con carattere di univocità, nel senso di esclusione di difforme o antitetica significazione alternativa. Infine, **concordanti** sono definibili gli indizi che non contrastano tra loro e con altri dati o elementi certi.

Altrettanto importante, a riguardo delle prove indiziarie, è l'**indicazione del loro metodo di valutazione**, caratterizzata dal massimo rigore e dalla più assoluta correttezza, sia per pervenire a quella certezza morale che costituisce il necessario presupposto logico di una sentenza di condanna, sia per neutralizzare nel contempo il pericolo della approssimazione a cui può appunto condurre la prova indiziaria.

In sede di applicazione, allora, il giudice procederà dapprima all'esame di ciascun indizio, identificando i collegamenti logici possibili, e accertandone la gravità e solo alla fine procederà alla sintesi finale, accertando l'esistenza o meno del fatto da provare.

Si noti che i gravi indizi di colpevolezza di cui all'art. 273, primo comma cod. proc. pen. e la prova indiziaria di cui all'art. 192, secondo comma cod. proc. pen. **operano su piani diversi**, riferendosi il primo alla necessità, per l'applicazione delle misure cautelari, dell'esistenza di una qualificata probabilità di colpevolezza, indipendentemente dal tipo di prova acquisita, e attenendo il secondo alla prova critica, logica, contrapposta alla prova diretta acquisibile con i mezzi previsti dal codice di rito. (Sez. 2, n. 48276 del 24/11/2022 Ud. (dep. 20/12/2022))

Le principali questioni sulla prova indiziaria sono state esaminate dalle **Sezioni Unite**:

- In tema di **intercettazioni di conversazioni o comunicazioni**, l'interpretazione del linguaggio adoperato dai soggetti intercettati, anche quando sia criptico o cifrato, costituisce questione di fatto, rimessa alla valutazione del giudice di merito, la quale, se risulta logica in relazione alle massime di esperienza utilizzate, si sottrae al sindacato di legittimità. (Sez. U, n. 22471 del 26/02/2015 Ud. (dep. 28/05/2015), Sebbar, Rv. 263715 – 01)
- In tema di valutazione della prova indiziaria, il metodo di lettura unitaria e complessiva dell'intero compendio probatorio non si esaurisce in una mera sommatoria degli indizi e non può perciò prescindere dalla operazione propedeutica che consiste nel **valutare ogni prova indiziaria singolarmente**, ciascuna nella propria valenza qualitativa e nel grado di precisione e gravità, per poi valorizzarla, ove ne ricorrano i presupposti, in una prospettiva globale e unitaria, tendente a porne in luce i collegamenti e la confluenza in un medesimo contesto dimostrativo (Sez. U, n. 33748 del 12/07/2005 Ud. (dep. 20/09/2005), Mannino, Rv. 231678 – 01; Sez. U, n. 6682 del 04/02/1992 Ud. (dep. 04/06/1992), Musumeci, Rv. 191230)
- In tema di prova del mandato a commettere omicidio, la "**causale**", pur potendo costituire elemento di conferma del coinvolgimento nel delitto del soggetto interessato all'eliminazione fisica della vittima allorché converge, per la sua specificità ed esclusività, in una direzione univoca, tuttavia, poiché conserva di per sé un margine di ambiguità, in tanto può fungere da fatto catalizzatore e rafforzativo della valenza probatoria degli elementi positivi di prova della

responsabilità, dal quale poter inferire logicamente, sulla base di regole di esperienza consolidate e affidabili, l'esistenza del fatto incerto (cioè la possibilità di ascrivere il crimine al mandante), in quanto, all'esito dell'apprezzamento analitico di ciascuno di essi e nel quadro di una valutazione globale di insieme, gli indizi, anche in virtù della chiave di lettura offerta dal movente, si presentino chiari, precisi e convergenti per la loro univoca significazione (Sez. U, n. 45276 del 30/10/2003 Ud. (dep. 24/11/2003), Andreotti, Rv. 226094 – 01).

Venendo al **terzo comma**, si guarda ai coimputati nel medesimo reato.

Si stabilisce che le dichiarazioni, di natura sostanzialmente testimoniale, provenienti da una di tali persone non possano venire valutate in sé, ma devono esserlo unitamente ad altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità.

In tema di prove, la disposizione di cui all'art. 192 c.p.p. non rappresenta un limite al principio della libera valutazione della prova da parte del giudice, ma costituisce soltanto una indicazione di carattere metodologico.

Infatti, nelle valutazioni delle risultanze processuali, la scelta che il giudice del merito compie in ordine al credito da prestare alle dichiarazioni rese nella fase delle indagini preliminari legittimamente acquisite nel processo, non è sindacabile in sede di legittimità quando la scelta sia stata fatta in base ad ineccepibili criteri logici e di metodo e sia suffragata da una motivazione convincente.

Questo articolo non fa altro che condurre ad una **presunzione relativa di inattendibilità delle suddette dichiarazioni se non quando si riesca a comprovarne la credibilità**, una vera e propria deroga al principio del libero convincimento del giudice.

Sulla valutazione della prova ex co. 3, plurimi gli interventi delle **Sezioni Unite**:

- le **dichiarazioni auto ed etero accusatorie registrate nel corso di attività di intercettazione regolarmente autorizzata** hanno piena valenza probatoria e, pur dovendo essere attentamente interpretate e valutate, non necessitano degli elementi di corroborazione previsti dall'art. 192, comma terzo, cod. proc. pen. (Sez. U, n. 22471 del 26/02/2015 Ud. (dep. 28/05/2015), Sebban, Rv. 263714 – 01)
- nella **valutazione della chiamata in correità o in reità**, il giudice, ancora prima di accertare l'esistenza di riscontri esterni, deve verificare la credibilità soggettiva del dichiarante e l'attendibilità oggettiva delle sue dichiarazioni, ma **tale percorso valutativo non deve muoversi attraverso passaggi rigidamente separati**, in quanto la credibilità soggettiva del dichiarante e l'attendibilità oggettiva del suo racconto devono essere vagliate unitariamente, non indicando l'art. 192, comma terzo, cod. proc. pen., alcuna specifica tassativa sequenza logico-temporale. (Sez. U, n. 20804 del 29/11/2012 Ud. (dep. 14/05/2013), Aquilina, Rv. 255145 – 01)
- in tema di **valutazione della chiamata in reità o correità in sede cautelare**, le dichiarazioni accusatorie rese dal coindagato o coimputato nel medesimo reato o da persona indagata o imputata in un procedimento connesso o collegato, integrano i gravi indizi di colpevolezza di cui all'art. 273, comma primo, cod. proc. pen. - in virtù dell'estensione applicativa dell'art. 192, commi terzo e quarto, ad opera dell'art. 273, comma primo *bis*, cod. proc. pen., introdotto dall'art. 11 L. n. 63 del 2001 - soltanto se esse, oltre ad essere intrinsecamente attendibili, risultino corroborate da **riscontri estrinseci individualizzanti**, tali cioè da assumere idoneità dimostrativa in ordine all'attribuzione del fatto-reato al soggetto destinatario di esse, ferma restando la diversità dell'oggetto della delibazione cautelare, preordinata a un giudizio prognostico in termini di ragionevole e alta probabilità di colpevolezza del chiamato, rispetto a quella di merito, orientata invece all'acquisizione della certezza processuale in ordine alla colpevolezza dell'imputato (Sez. U, n. 36267 del 30/05/2006 Cc. (dep. 31/10/2006), Spennato, Rv. 234598 – 01).
- In tema di prova, ai fini di una **corretta valutazione della chiamata in correità** a mente del disposto dell'art. 192, comma terzo, cod. proc. pen., il giudice deve in primo luogo sciogliere il **problema della credibilità del dichiarante** (confitente e accusatore) in relazione, tra l'altro, alla sua personalità, alle sue condizioni socio-economiche e familiari, al suo passato, ai rapporti con i chiamati in correità ed alla genesi remota e prossima della sua risoluzione alla confessione ed alla accusa dei coautori e complici; in secondo luogo deve **verificare l'intrinseca consistenza, e le**

caratteristiche delle dichiarazioni del chiamante, alla luce di criteri quali, tra gli altri, quelli della precisione, della coerenza, della costanza, della spontaneità; infine egli **deve esaminare i riscontri cosiddetti esterni**. L'esame del giudice deve esser compiuto seguendo l'indicato ordine logico perché non si può procedere ad una valutazione unitaria della chiamata in correità e degli "altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità" **se prima non si chiariscono gli eventuali dubbi che si addensino sulla chiamata in sé** indipendentemente dagli elementi di verifica esterni ad essa. (Sez. U, n. 1653 del 21/10/1992 Ud. (dep. 22/02/1993), Marino, Rv. 192465 – 01).

Tale deroga marcia di pari passo anche nel **comma 4**, che si richiama espressamente all'articolo precedente.

Si rende, quindi, necessario il controllo concreto di elementi di riscontro *ab externo*, senza i quali le dichiarazioni rese non potrebbero venire utilizzate ai fini della decisione.

Anche su tale disposizione, fondamentali sono alcune decisioni delle **Sezioni Unite**:

- Le **dichiarazioni rese da persona imputata di un reato collegato** a quello per cui si procede nel caso previsto dall'art. 371, comma 2 lett. b) Cost. proc. pen., valutare unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità, ai sensi dell'art. 192, comma 4, Cod. proc. pen., sono quelle rese da imputato di un reato che sia collegato a quello per cui si procede con un **vero e proprio rapporto di connessione probatoria**, ravvisabile quando un unico elemento di fatto proietti la sua efficacia probatoria in rapporto ad una molteplicità di illeciti penali, tutti contemporaneamente da esso dipendenti per quanto attiene alla prova della loro esistenza ed a quella della relativa responsabilità, o quando gli elementi probatori rilevanti per l'accertamento di un reato, o di una circostanza di esso, oggetto di un procedimento spieghino una qualsiasi influenza sull'accertamento di un altro reato, o di una circostanza di esso, oggetto di un diverso procedimento (Sez. U, n. 1048 del 06/12/1991 Ud. (dep. 01/02/1992), Scala, Rv. 189181 – 01)
- L'art 192, comma 3 e 4, del Codice di procedura penale **non ha svalutato sul piano probatorio** le dichiarazioni rese dal coimputato di un medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso ex art. 12 Cod. proc. pen. o di un reato collegato a quello per cui si procede nel caso previsto dall'art. 371, comma 2, lett. B) Cod. proc. pen. perché ha riconosciuto a tali dichiarazioni **valore di prova e non di mero indizio** e ha stabilito che esse debbano trovare riscontro in altri elementi o dati probatori che possono essere di qualsiasi tipo o natura (Sez. U, n. 1048 del 06/12/1991 Ud. (dep. 01/02/1992), Scala, Rv. 189182 – 01).