

ASSOCIAZIONE
NAZIONALE
MAGISTRATI



5 commissione

DIRITTO E PROCEDURA PENALE

Presidente: Antonio Nicastro

Coordinatori: Enrico Giacomo Infante, Domenico Santoro

PARERE su

«DDL n. 39-Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento giudiziario. Interpretazione autentica dell'articolo 9 della legge 10 aprile 1951, n. 287»

1) Abolizione art. 323 C. p. e rimodulazione art. 346 bis C. p.: il contesto internazionale e le possibili ricadute

Il Disegno di legge all'esame della Commissione, all'art.1, prevede l'abrogazione del reato di abuso di ufficio (attualmente p. e p. dall'art.323 C. p.) ed un'ampia rimodulazione, in senso restrittivo, della fattispecie delittuosa di traffico di influenze illecite (art.346 bis C. p.).

Tali novità legislative si pongono in contrasto con l'indirizzo politico perseguito a livello internazionale (e più nello specifico sul piano euro-unitario), consistente nel potenziamento degli strumenti di prevenzione e repressione della corruzione.

L'obiettivo della lotta alla corruzione si è tradotto, da ultimo, nella proposta di direttiva presentata dalla Commissione Europea il 03/05/2023, che ammodernizza l'attuale quadro giuridico, introducendo una serie di misure rigorose agendo su più piani, non ultimo quello dell'armonizzazione dei reati e dell'aumento del livello delle sanzioni penali. I motivi e gli obiettivi della proposta sono esplicitati nella Relazione introduttiva: << *La corruzione è un fenomeno che reca gravi danni alla società, alle nostre democrazie, all'economia e ai singoli cittadini. Indebolisce le istituzioni da cui dipendiamo, ne compromette la credibilità e la capacità di realizzare politiche pubbliche e di offrire servizi pubblici di qualità. Agisce inoltre da catalizzatore per la criminalità organizzata e le ingerenze straniere ostili. Il successo della prevenzione e della lotta contro la corruzione è essenziale sia per salvaguardare i valori dell'Unione europea e l'efficacia delle politiche dell'UE, sia per conservare lo Stato di diritto e la fiducia nei governanti e nelle istituzioni pubbliche*>>.

L'intervento normativo europeo si pone nel solco degli strumenti internazionali: << *L'Unione europea è parte della convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (UNCAC), che rappresenta il più esaustivo strumento giuridico internazionale in questo campo e offre un'ampia gamma di misure di prevenzione e repressione della corruzione. La presente proposta legislativa aggiornerà il quadro legislativo dell'Unione, anche integrandovi norme internazionali vincolanti per l'UE, come quelle contenute nell'UNCAC. L'obiettivo è garantire che tutte le forme di corruzione siano perseguibili penalmente in tutti gli Stati membri, che anche le persone giuridiche possano essere ritenute responsabili di tali reati e che questi ultimi siano passibili di sanzioni effettive, proporzionate*>>.

e dissuasive. La proposta comprende inoltre misure per prevenire la corruzione conformemente alle norme internazionali, oltre che per agevolare la cooperazione transfrontaliera come richiede l'UNCAC>>.

La proposta di direttiva trova la sua base giuridica nell'art.83, paragrafi 1 e 2, e nell'art.82, paragrafo 1 lett. d) TFUE.

L'art.83, paragrafo 1, individua nella corruzione uno dei settori di criminalità grave che presenta una specifica dimensione transnazionale, per il quale possono essere stabilite norme minime relative alle definizioni dei reati e alle sanzioni. Non esiste, infatti, un'unica definizione di corruzione, perché il fenomeno comprende fatti che possono essere inquadrati nelle diverse fattispecie di corruzione, peculato, abuso di ufficio, traffico di influenze e di informazioni, arricchimento senza giusta causa.

L'art.83, paragrafo 2, afferma la competenza dell'UE ad emanare direttive allorché sia indispensabile il ravvicinamento delle disposizioni normative degli Stati membri al fine di garantire l'attuazione efficace della politica dell'Unione in un settore già oggetto di misure di armonizzazione [è il caso della direttiva (UE) 2017/1371 che viene modificata].

Quanto all'art.82, paragrafo 1, lett. d), esso legittima il Parlamento Europeo e il Consiglio a deliberare le misure intese a facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione all'azione penale e all'esecuzione delle decisioni, ponendo una base comune per le giurisdizioni in materia penale.

L'adozione della proposta di direttiva è stata preceduta dalla consultazione degli Stati membri attraverso due questionari: il primo riguardante i dati giudiziari e gli organismi specializzati nella attività di prevenzione e di repressione della corruzione, il secondo è stato incentrato sulle norme giuridiche relative ai reati rientranti nella categoria di "corruzione", la durata massima delle pene detentive e il termine di prescrizione. I reati oggetto di attenzione sono stati: la corruzione nel settore pubblico e privato, l'appropriazione indebita da parte di un funzionario pubblico o nel settore privato, il traffico di influenze, l'abuso di ufficio, l'arricchimento senza giusta causa e l'intralcio alla giustizia. Dall'analisi delle

informazioni raccolte emerge che, pur prevedendo i Paesi dell'Unione tali fattispecie criminose, molte differenze esistono nelle definizioni, nel trattamento sanzionatorio e nei termini di prescrizione.

La proposta di direttiva aggiorna e uniforma il quadro normativo europeo, con l'obiettivo di garantire che tutte le forme di corruzione siano considerate reato, che anche le persone giuridiche possano essere ritenute responsabili e che i reati siano puniti con sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive.

Sono previste specifiche fattispecie criminose delle quali è fornita dettagliata definizione, tra le quali – per quanto interessa in questa sede – “*trading in influence*” (art.10) e “*abuse of function*” (art.11).

Questo il testo:

art.10 Traffico di influenze

“1. Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché sia punibile come reato la condotta seguente, se intenzionale:

- a) il fatto di promettere, offrire o concedere, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio di qualsiasi natura per una persona o un terzo affinché detta persona eserciti un'influenza reale o presunta in vista di ottenere un indebito vantaggio da un funzionario pubblico;*
 - b) il fatto che una persona solleciti o riceva, direttamente o tramite un intermediario, un indebito vantaggio o la promessa di un indebito vantaggio di qualsiasi natura per sé o per un terzo, al fine di esercitare un'influenza reale o presunta in vista di ottenere un indebito vantaggio da un funzionario pubblico.*
- 2. Affinché la condotta di cui al paragrafo 1 sia punibile come reato è irrilevante che l'influenza sia esercitata o meno o che la presunta influenza porti o meno ai risultati voluti.”*

art.11 Abuso di ufficio

“Gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché sia punibile come reato la condotta seguente, se intenzionale:

- 1. l'esecuzione o l'omissione di un atto, in violazione delle leggi, da parte di un funzionario pubblico nell'esercizio delle sue funzioni, al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo;*
- 2. l'esecuzione o l'omissione di un atto, in violazione di un dovere, da parte di una persona che svolge a qualsiasi titolo funzioni direttive o lavorative per un'entità del settore privato*

nell'ambito di attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o commerciali al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo."

La rilevanza che il legislatore europeo assegna a questi crimini è evidente se si guarda alle disposizioni in tema di entità delle pene stabilite dall'art.15 (pena detentiva massima non inferiore a cinque anni), considerando che le sanzioni rispondono al principio di proporzionalità, limitatamente a quanto strettamente necessario per garantire un'azione penale efficace di fronte ad atti che minacciano la stabilità e la sicurezza sociale, indebolendo le istituzioni democratiche e i valori dell'UE, tra cui la tutela dei diritti fondamentali. Sono previste, inoltre, circostanze aggravanti e attenuanti del reato e forme di responsabilità delle persone giuridiche. Inoltre, sul piano della prescrizione dei reati, il termine è fissato a non meno di dieci anni dal momento della commissione del fatto. Una disposizione apposita (art.23) impegna gli Stati membri a adottare le misure necessarie affinché gli organi investigativi dispongano di strumenti di indagine efficaci, quali quelli utilizzati nella lotta contro la criminalità organizzata o altre forme gravi di criminalità.

Rispetto a questo quadro normativo di prossima introduzione a livello euro-unitario appare distonico l'intervento del DDL in esame che intende abrogare del tutto il reato di abuso di ufficio e riformulare la fattispecie di traffico di influenze illecite.

Il primo è considerato una ipotesi criminosa ormai desueta o peggio "estinta", ma l'analisi dei dati, da cui emerge un elevato numero di archiviazioni, si presta ad una diversa lettura, ossia evidenzia la capacità di filtro dell'autorità giudiziaria, chiamata a valutare la fondatezza di un numero considerevole di denunce per abuso di ufficio. L'obiettivo dichiarato di superare la cd. "*paura della firma*" da parte dei pubblici ufficiali e il conseguente immobilismo della P. A. si presta alla facile obiezione che il campo d'azione non deve essere quello penale, con l'eliminazione della relativa sanzione – imprescindibile baluardo contro gli abusi più gravi – bensì quello proprio della macchina burocratica, attraverso la semplificazione amministrativa. Inoltre, gli interventi sul piano della prevenzione nella lotta alle forme di corruzione non si pongono in antitesi con la repressione penale, trattandosi di strumenti di contrasto che devono integrarsi in un insieme organico.

Non si può trascurare, poi, il fatto che la proposta di abrogare la fattispecie di abuso di ufficio esporrebbe il nostro Paese al rischio di una procedura di infrazione oltre a veicolare, sul piano internazionale, il messaggio di un abbassamento del livello di attenzione nella lotta alla corruzione.

Anche quanto al reato di **traffico di influenze illecite** le modifiche del DDL si pongono in contrasto con la definizione data nella proposta di direttiva UE e con gli strumenti del diritto internazionale.

Si osserva, anzitutto, che il disegno di legge abolisce la fattispecie di millantato credito, precedentemente prevista dall'art. 346 C. p. e trasfusa, con la Legge 19 gennaio 2019, all'interno del corpo dell'art. 346 bis C. p..

Questo effetto, di più immediata evidenza, deriva dall'elisione del riferimento alle relazioni "asserite".

Secondo la relazione illustrativa del Disegno di Legge, le condotte decettive volte a rappresentare la possibilità di intercedere con pubblici ufficiali o incaricati di pubblici servizi in cambio della dazione di denaro o altra utilità, in assenza di volontà e possibilità di esercitare tale influenza, saranno punite per il delitto di truffa.

Tale parziale abolizione si pone in contrasto con due convenzioni internazionali ratificate dall'Italia: la Convenzione penale sulla corruzione, conclusa a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata con la LEGGE 28 giugno 2012, n. 110 (*"Art. 12 Traffico d'influenza - Ciascuna Parte adotta le necessarie misure legislative e di altra natura affinché i seguenti fatti, quando sono commessi intenzionalmente, siano definiti reati secondo il proprio diritto interno: il fatto di promettere, offrire o procurare, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito, per sé o per terzi, a titolo di remunerazione a chiunque afferma o conferma di essere in grado di esercitare un'influenza sulla decisione di una persona di cui agli articoli 2, 4-6 e 9-11, così come il fatto di sollecitare, ricevere o accettarne l'offerta o la promessa a titolo di remunerazione per siffatta influenza, indipendentemente dal fatto che l'influenza sia o meno effettivamente esercitata oppure che la supposta influenza sortisca l'esito ricercato."*) e la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003 e aperta alla firma a Merida dal 9 all'11 dicembre dello stesso anno, entrata in vigore, a livello internazionale, il 14 dicembre 2005 e ratificata dall'Italia con la Legge 3

agosto 2009, n. 116 (*Art. 18 Millantato credito - Ciascuno Stato Parte esamina l'adozione di misure legislative e delle altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale, quando tali atti sono stati commessi intenzionalmente:*

a) *Al fatto di promettere, offrire o concedere ad un pubblico ufficiale o ad ogni altra persona, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio affinché detto ufficiale o detta persona abusi della sua influenza reale o supposta, al fine di ottenere da un'amministrazione o da un'autorità pubblica dello Stato Parte un indebito vantaggio per l'istigatore iniziale di tale atto o per ogni altra persona;*

b) *Al fatto, per un pubblico ufficiale o per ogni altra persona, di sollecitare o di accettare, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio per se o per un'altra persona al fine di abusare della sua influenza reale o supposta per ottenere un indebito vantaggio da un'amministrazione o da un'autorità pubblica dello Stato Parte").*

La lettura degli obblighi pattizi assunti dalla Stato italiano mostra inequivocabilmente la percepita necessità internazionale di sanzionare penalmente, e in modo autonomo, il millantato credito. L'esigenza punitiva, non surrogabile con la fattispecie della truffa, sorge per la particolarità del fatto incriminato, lesivo della reputazione della pubblica amministrazione e sovente originato in contesti di contiguità e aderenze tra privati e settore pubblico, in cui resta difficile immaginare una presentazione della querela da parte del privato nelle ipotesi più gravi. Sicché, la truffa, in assenza della querela e salvo il caso di cui all'art. 640, comma 2 n. 1 ultimo periodo ("*col pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare*" – ipotesi attualmente inverosimile essendo l'arruolamento eseguito su base volontaria –), sarà spesso improcedibile. Peraltro, la giurisprudenza della Suprema Corte già aveva tracciato una demarcazione netta tra la fattispecie della truffa e quella del millantato credito, ritenendo configurabile la prima nell'ipotesi in cui il pubblico agente fosse inesistente ovvero il soggetto non rivestisse realmente tale qualifica (Cass. pen. Sez. VI Sent., 19/03/2019, n. 12210), qualora non fosse possibile individuare il pubblico ufficiale (Cass. Sez. IV 12 luglio 2021 n. 26437). L'orientamento prevalente della Corte di legittimità, in seguito all'intervento del 2019, ha, poi, ritenuto che non vi fosse continuità normativa tra

l'ipotesi autonoma prevista dal previgente comma 2 dell'art. 346 c.p. e la fattispecie di cui all'art. 346 bis c.p., e che tale condotta dovesse essere sussunta nell'art. 640 c.p. (Cass. Sez. IV, 7 febbraio 2020 n. 5221; Cass. sez. VI 22 luglio 2021 n. 28657; Cass. sez. VI 15 giugno 2022 n. 23407).

La conseguenza pratica di tale modifica sarà l'impossibilità di perseguire condotte dannose per l'immagine della pubblica amministrazione. Inoltre, il privato tratto in inganno, correo ai sensi dell'art. 346 bis comma 2 C. p., con le mitigazioni di alcune pronunce della Corte di Cassazione, tornerà ad essere persona offesa, nonostante anche la sua condotta rivesta profili di pericolosità per il buon andamento della pubblica amministrazione; in tal senso deve leggersi la sollecitazione contenuta nell'art. 18 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione.

Inutile tacere che l'assimilazione delle due condotte agevolava l'opera di accertamento processuale, resa ardua dalla necessità di una indagine in ordine alla esistenza di un rapporto di conoscenza effettivo tra mediatore e pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio proprio nei casi più gravi, in cui la mediazione ha ad oggetto l'influenza su soggetti apicali della pubblica amministrazione.

Dall'altro lato, il Disegno di Legge opera un ridimensionamento della fattispecie nel caso le relazioni tra il mediatore e il pubblico agente destinatario delle influenze siano esistenti. A differenza della formulazione vigente, il reato richiederebbe *"lo sfruttamento di relazioni esistenti"*, eliminando la vanteria di una relazione esistente. La condotta alternativa *"sfruttando o vantando"* potrebbe sembrare una superflua ripetizione ma l'analisi semantica restituisce una anticipazione della tutela nella disposizione vigente. La condotta implicata nello sfruttare una relazione esistente è logicamente successiva alla rappresentazione al *"committente dell'intermediazione"* dell'esistenza della stessa. L'elisione del segmento fattuale consistente nella *"vanteria di una relazione esistente"* non è comunque degna di suscitare censure, rilevando limitatamente ai fini dell'applicazione pratica, ed anzi capace di dotare di maggiore determinatezza la fattispecie.

Le perplessità maggiori, invece, conseguono alla modifica in tema di utilità promessa o data al mediatore o a un terzo, in caso di adozione del disegno di legge solo *“economica”*, la finalità dell'utilità e la norma di interpretazione da introdurre al comma 2. Richiedere che l'utilità offerta al mediatore o sollecitata dallo stesso possa essere esclusivamente economica esclude, ad esempio, la configurabilità del delitto nei casi in cui questa consista in una promessa elettorale, nell'apporto di voti, in una prestazione sessuale, in un riconoscimento pubblico, in una carica pubblica che non muti in meglio la situazione economica del mediatore, già pubblico ufficiale, ma da cui derivino maggiori poteri pubblicistici. La Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione richiede il conseguimento di un *“indebito vantaggio”*, senza alcuna specificazione, sintagma certamente di più ampio contenuto rispetto ad una utilità strettamente patrimoniale. In relazione all'utilità rappresentata dalla promessa di voti si evidenziano le maggiori criticità. Non può sfuggire, invero, che il mediatore può essere lui stesso un pubblico ufficiale, possibilità sanzionata con l'aggravante di cui al comma 4 dell'art. 346 bis C. p., ed essere un soggetto candidato per una carica elettiva o già eletto in un organo rappresentativo. In tali evenienze si renderebbe lecita l'intromissione del mediatore/pubblico ufficiale, cui siano stati promessi voti, al fine di influire sui processi decisionali di un suo pari ed allo scopo di favorire il promittente.

Con l'introduzione delle modifiche diventerebbero leciti comportamenti pericolosi per la formazione delle decisioni della pubblica amministrazione, comportamenti suscettibili di inquinare il processo decisionale e la comparazione degli interessi attinti dall'esercizio del potere pubblico. La norma attuale ha lo scopo di intercettare quelle condotte propedeutiche alla realizzazione della corruzione, dell'abuso di ufficio, del turbamento della libertà degli incanti o del turbamento del procedimento di scelta del contraente. La norma svolge un'opera di prevenzione, ponendo riparo a tutte quelle azioni illecite che si collocano nell'area criminologica dei *“faccendieri”*, dei *“lobbisti”*.

L'effetto sarebbe fortemente limitato con il ritorno alla previsione ad una utilità esclusivamente economica.

Secondo il Disegno di Legge, l'utilità economica promessa sarebbe destinata a *“remunerare il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'art. 322 bis c.p. in relazione all'esercizio delle sue funzioni ovvero per realizzare un'altra mediazione illecita”*. La spiegazione del significato *“altra mediazione illecita”* è demandata al comma 2 della norma sottoposta al vaglio parlamentare. Sicché, la dazione o promessa dell'utilità economica deve essere finalizzata alla realizzazione del delitto di cui all'art. 318 C. p. o ad una attività di mediazione volta a persuadere il pubblico agente a commettere un reato da cui discenderebbe un vantaggio indebito (per chi?). La riduzione dell'operatività della norma è palese: o si intende integrare un reato o la fattispecie non è configurabile. La ulteriore limitazione applicativa consegue alla contestuale abrogazione dell'abuso di ufficio. La norma, di fatto, si riduce ad un vuoto simulacro, destinata ad essere applicata in ipotesi residuali e marginali.

Il disegno unitario perseguito dal D. D. L. suscita concreti dubbi in relazione all'osservanza dei trattati internazionali, ratificati dall'Italia, e alla tutela nei confronti di condotte pericolose per la democrazia. A ciò si aggiunga che nel nostro ordinamento ancora non esiste una disciplina organica sull'attività di *“lobbying”*.

Una norma di interpretazione in relazione alla nozione di *“mediazione illecita”* è auspicabile, allo scopo di connotare la norma di una maggiore determinatezza in ossequio al principio di tassatività. Nondimeno, le maglie della norma nella nuova formulazione sembrano alla Commissione inspiegabilmente strette, rendendo la fattispecie asfittica e priva di uno spazio applicativo concreto.

2) Interventi in materia di intercettazioni, a tutela della riservatezza del terzo estraneo al procedimento

Il Disegno di legge incide, poi, sull'art. 114, comma 2 bis C. p. p., prescrivendo che il divieto di pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni venga meno solo quando esso sia riprodotto dal giudice nella motivazione di un provvedimento o utilizzato nel corso del dibattimento.

All'art. 116 C. p. p., poi viene aggiunto un secondo periodo, che sancisce il divieto di rilascio di copie di cui è vietata la pubblicazione a soggetti diversi dalle parti e dai loro difensori.

L'art. 268 c. p. p., ai commi 2 bis e 6 C. p. p., obbliga il Pubblico Ministero a vigilare sulle modalità di redazione dei brogliacci e prevede il dovere, per il Giudice, di stralciare tutte quelle parti delle intercettazioni che contengono, oltre a dati personali sensibili, anche quelle relative a soggetti diversi dalle parti, purché tali informazioni non risultino rilevanti ai fini dell'indagine.

È, altresì, statuito che il Pubblico Ministero, nel formulare la propria richiesta di misura cautelare (sia essa personale che reale), non indichi i dati personali di soggetti diversi dalle parti, tranne che ciò non sia indispensabile per la compiuta esposizione degli elementi di prova.

Analogamente, tali dati non devono essere inseriti nell'ordinanza applicativa di misura cautelare.

La Commissione, nel sottolineare come i concetti di rilevanza ed indispensabilità, così come genericamente tratteggiati, possono prestarsi a diversità di interpretazioni, non può non rilevare che tali disposizioni parrebbero porsi in contrasto con la normativa europea in tema di tutela della libertà di stampa.

Già nel 2007, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ritenuto che nel cd. "caso Depuis e altri" fosse stato violato l'art. 10 (libertà di espressione). Due giornalisti francesi erano stati condannati per ricettazione di documenti derivati da violazione di segreto professionale, per furto e per violazione di segreto professionale, in quanto avevano pubblicato, in un

libro, il contenuto di alcuni “facsimili di ascolto” – e cioè i brogliacci – provenienti dal fascicolo istruttorio, consultabile solo da soggetti tenuti al segreto istruttorio o al segreto professionale. Orbene la Corte ha definito tale condanna come *“una ingerenza nel diritto alla libertà di espressione”*, statuendo che tale diritto non può trovare un limite nel principio di presunzione di non colpevolezza, specie quando vi sia, sull’argomento, un dibattito di considerevole interesse pubblico (e pure a fronte di intercettazioni illegali), in quanto i giornalisti hanno una *“missione”* e un ruolo di *“cani da guardia della democrazia”*.

3) La previsione del Gip. collegiale

Di seguito le norme previste dal D. D. L.:

Art. 2 comma 1 lett. l)

l) all'art. 328 c.p.p., dopo il comma 1-quater, è aggiunto il seguente: "1-quinquies.il giudice per le indagini preliminari decide in composizione collegiale l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere".

Art. 3 (modifiche all'ordinamento giudiziario)

Al Regio decreto 30 gennaio 1941/2012 sono apportate le seguenti modificazioni:

all'art. 7-ter, al comma 1, dopo le parole "dell'udienza preliminare" sono inserite le seguenti: "e prevede in ogni caso la costituzione di un collegio per i provvedimenti cautelari custodiali anche nell'ambito delle tabelle infradistrettuali di cui all'art.7-bis comma 3-bis"

Il disegno di legge presenta alcune criticità che la Commissione non può non evidenziare.

Il testo già offre il fianco ad alcuni rilievi nella parte in cui non appare chiaro se la pronuncia debba essere ugualmente collegiale nel caso in cui il collegio – investito della decisione sulla richiesta di misura custodiale – ritenga di applicare una misura diversa e gradata; la dizione della norma – che riserva al collegio unicamente la *"applicazione della misura"* – sembra escludere tale ultima possibilità, con la conseguenza che, in tal caso, gli atti dovranno essere ritrasmessi al G. i. p. monocratico (sicché è lecito anche domandarsi se possano discenderne questioni in termini di incompatibilità).

Non è ben delineato, poi, se la competenza si mantenga collegiale ove la misura custodiale sia richiesta in caso di arresto in flagranza. Nella relazione illustrativa si legge che la norma non si applica alla convalida ma non c'è traccia di tale esclusione nella proposta di riforma, che riguarda una norma generale (art.328 C. p. p.): sarebbe, dunque, opportuna una previsione specifica.

Sotto un profilo pratico, poi, la competenza del GIP collegiale comporterà che ogni decisione impegnerà tre giudici, i quali diverranno incompatibili per le successive fasi (udienza preliminare e dibattimento), secondo la previsione di cui all'art.34 C. p. p.. Nei piccoli tribunali ciò determinerà una totale alterazione dei ruoli, dovendo gli stessi essere definiti,

in fase organizzativa, tenendo conto delle possibili incompatibilità. Al fine di evitare incompatibilità (come accade già in genere per i componenti del collegio del riesame avverso i provvedimenti dei G. i. p. in sede distrettuale), non è difficile ritenere che il collegio possa essere composto dal magistrato ex se addetto all'ufficio Gip e da due magistrati di altre sezioni, specie quelle civili. Soluzione, anche questa che non scongiurerebbe possibili incompatibilità in caso di condotte poste in essere nell'ambito di contesti familiari ed affettivi (gli artt.473 bis e ss. c. p. c. regolano l'emissione di "ordini di protezione" contro gli abusi familiari; in particolare, il giudice civile può disporre l'allontanamento dalla casa familiare del coniuge o del convivente che abbia tenuto condotte pregiudizievoli, con prescrizione di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dal soggetto beneficiario dell'ordine di protezione; si tratta di un giudizio del tutto coincidente con quello cautelare in caso di condotte di reato ai sensi degli artt. 572 C. p. e 612 bis C. p., per le quali, spesso, viene chiesta la misura massima; è prevedibile, quindi, che la competenza collegiale possa riverberarsi in incompatibilità anche nel settore civile; di contro, è immaginabile che i giudici addetti al settore civile non potranno far parte dei collegi per l'applicazione della misura custodiale in caso di pronuncia per gli stessi fatti in sede civile).

Ulteriori cause di incompatibilità si creeranno, poi, nel periodo feriale, in caso di semplice richiesta di modifica della misura, cui dovrà provvedere un collegio composto dai giudici in servizio.

Grandi difficoltà nella composizione dei collegi vi saranno anche nei piccoli tribunali distrettuali in cui opera il collegio del riesame.

Pur immaginando l'uso della tabella infradistrettuale, previsto dall'art. 3, lettera a), n. 1 del DDL, alla Commissione appare una soluzione impraticabile, per l'oggettiva difficoltà di coordinare gli impegni di tutti e tre i componenti del collegio (costretti alla lettura del medesimo fascicolo in punti diversi del territorio del distretto e in ogni caso obbligati ad incontrarsi fisicamente per assumere la decisione), specie quando essi ordinariamente rivestano funzione di Gip, connotata dalla imprevedibilità degli adempimenti quotidiani,

alla quale si sommerebbero le esigenze dell'intervento del GIP collegiale (magari per reati che richiedano tempestivo intervento, quali quelli in materia di reati da *codice rosso* – peraltro in contrasto con quell'esigenza di velocizzare l'iter cautelare – previsto da altro DDL, cd. *di completamento del codice rosso*, parimenti presentato).

Il rischio, dunque, è che l'entrata in vigore della norma, così come formulata, paralizzi, di fatto, i tribunali in cui il numero dei magistrati in servizio non garantisca la possibilità di formare i collegi necessari, se non a costo di creare incompatibilità per la trattazione dei procedimenti nelle fasi successive e, in ogni caso, di creare arretrato, in netta distonia rispetto alla stessa esigenza di raggiungimento degli obiettivi del PNRR.

4) La riforma dell'interrogatorio di garanzia

2) dopo il comma 1-ter sono inseriti i seguenti:

1 quater. Fermo il disposto dell'art.289, comma 2, secondo periodo, prima di disporre la misura, il giudice procede all'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini preliminari con le modalità indicate negli artt.64 e 65, salvo che sussista talune delle esigenze cautelari di cui all'art.274 comma 1, lettere a) e b), oppure l'esigenza cautelare di cui all'art.274, comma 1, lett.c) in relazione a uno dei delitti indicati nell'art.407, comma 2 lett.a), o nell'articolo 362 comma 1-ter ovvero a gravi delitti commessi con uso di armi o con altri mezzi di violenza personale;

1-quinquies. Nel caso di cui all'art.328, comma 1 quinquies all'interrogatorio procede il presidente del collegio o uno dei componenti da lui delegati.

1-sexies l'invito a presentarsi per rendere l'interrogatorio è comunicato al Pubblico Ministero e notificato alla persona sottoposta alle indagini preliminari e al suo difensore almeno 5 giorni prima di quello fissato per la comparizione, salvo che per ragioni di urgenza il giudice ritenga di abbreviare il termine, purché sia lasciato il tempo necessario per comparire

Va certamente segnalato come l'interrogatorio c.d. *di garanzia* costituisca attuazione del diritto di difesa, tutelato in via generale in ogni stato e grado del procedimento dall'art. 24 della Costituzione e, in caso di limitazione della libertà personale, dall'art.13 Costituzione.

È sufficiente richiamare le pronunce della Corte Costituzionale (sentenze 77/97 e 32/99) per cogliere come l'interrogatorio di garanzia *"è diritto fondamentale della persona sottoposta alla custodia direttamente connesso al bene della libertà personale consacrato quale diritto inviolabile nell'art.13 Cost."* e che *"il cittadino in vinculis deve essere messo nella migliore condizione di apprestare le sue difese nella massima espansione al fine di far valere le ragioni dirette a riacquistare la libertà, che rappresenta il suo status normale..."*

La giurisprudenza di legittimità, poi, rammenta che *"La ratio sottesa alla necessità nei tempi stringenti imposti dal relativo dato normativo, di procedere all'interrogatorio di garanzia in esito alla emissione della misura cautelare appare immediatamente correlata alla necessità di garantire all'indagato, tramite un immediato contatto con il giudice, la possibilità di fornire gli elementi, in*

fatto e in diritto, volti a scalfire la gravità indiziaria e riesaminare le originarie motivazioni sottese all'intervento cautelativo, il tutto per consentire al decidente di rivalutare la perduranza delle ragioni sottese alla misura in esito a siffatto contatto chiarificatore, imposto dalla instaurazione ex post del contraddittorio con il destinatario dell'intervento cautelare" (Cass. Sez. Un. 5.6.2020 n.17274; Cass.3.12.2014 n.50768).

L'attuale assetto normativo, già in alcuni casi, prevede come la garanzia difensiva sia anticipata e come, quindi, la sequenza procedimentale sia invertita. L'ipotesi generale è quella di cui all'art.289 C. p. p., **relativa** all'applicazione della misura interdittiva della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, in cui l'interrogatorio anticipato *"ha la finalità di evitare che il provvedimento che incide sulla funzionalità e continuità della amministrazione possa essere adottato senza la conoscenza e ponderata valutazione di evenienze che l'indagato può fornire anche in ordine alla necessità di adottare il provvedimento"* (Cass. Sez. Un. 17274/2020).

Altra ipotesi è quella di cui all'art.47 D.l.vo 231/2001 (in materia di responsabilità degli enti), in cui *"il legislatore proprio a fronte della potenziale incisività per la vita dell'ente dell'applicazione di misure cautelari interdittive che potrebbero finanche paralizzare l'attività dell'ente, ha privilegiato un momento di interlocuzione anticipata, sì da consentire da un lato all'ente di far valere prima dell'adozione eventuale della misura le proprie ragioni e, dall'altro, da imporre al giudice della misura l'obbligo, in sede di motivazione dell'ordinanza, di esplicitare i motivi per i quali non sono stati ritenuti rilevanti gli elementi forniti dalla difesa per contrastare l'ipotesi accusatoria"* (Sez. Unite citata).

In questo quadro, la proposta di riforma anticipa il contraddittorio e privilegia l'apporto difensivo prima della emissione della misura cautelare, dando, quindi, attuazione agli artt. 24 Cost. e 13 Cost. con una modalità diversa. Il provvedimento appare in linea con l'impostazione della *"Riforma Cartabia"* che ha ampliato le possibilità di intervento della difesa nella fase delle indagini, ma, nondimeno, comporterà alcune conseguenze di ordine tecnico-pratico che questa Commissione ha il dovere di evidenziare:

- il giudice dovrà “*esplicitare i motivi per i quali non siano stati ritenuti rilevanti gli elementi forniti dalla difesa per contrastare l’ipotesi accusatoria*”;
- il P. M. dovrà compiere tutte le attività dirette alla acquisizione di dati di interesse che potrebbero essere frustrate dalla conoscenza della richiesta di misura da parte dell’indagato (perquisizione per il rinvenimento di computer, per il rinvenimento di droga, acquisizione video ecc.);
- all’esito dell’interrogatorio e della acquisizione di dati difensivi, il P. M. potrà chiedere la modifica della misura originariamente richiesta (con tutte le implicazioni già segnalate nel caso entri in vigore la norma sulla competenza collegiale);
- la previsione “*ovvero a gravi delitti commessicon altri mezzi di violenza personale*” appare troppo generica e non tassativa, poiché non correlata a dati oggettivi (es. previsione edittale) ed apre ad un’applicazione diversificata della norma, con conseguente possibilità di disparità di trattamento (fatti di indole *violenta*, in assenza di precisione, potrebbero essere diversamente apprezzati, nella *gravità*, dai diversi giudici);
- la norma è facilmente applicabile in caso di unico indagato nei confronti del quale il P. M. avanzi richiesta di misura cautelare; diverso è quello in cui gli indagati destinatari della richiesta siano più di uno, ipotesi nella quale è possibile che alcuni indagati siano raggiunti da notifica ed altri no (si immaginano, peraltro, le difficoltà, per gli uffici Gip, onerati della notifica, di rintracciare gli indagati nel giro di pochi giorni); ci si domanda, poi, se, nell’ipotesi di mancata notifica ad uno degli indagati, il giudice possa emettere la misura nei confronti di quelli già interrogati o se debba attendere il momento in cui l’intero iter è completo per tutti (ancora, in caso di concorso di persone nel reato, la motivazione relativa a uno dei correi necessariamente esplica refluenze nei confronti di tutti i concorrenti: si verrà, quindi, a creare una situazione di incompatibilità? e, ancora, fino a quando il Gip dovrà attendere il perfezionarsi delle notifiche?);
- è possibile che, per taluno degli indagati, ricorra un pericolo di fuga (non essendo, quindi, previsto il previo interrogatorio) mentre, per altri, non vi siano elementi dai quali desumere

tale pericolo: in tal caso, l'interrogatorio obbligatorio per taluno comporterà discovery anticipata nei confronti degli altri;

- in ipotesi, l'interrogatorio anticipato può quasi rendere concreto il pericolo di inquinamento probatorio anche laddove tale esigenza non sussista nella fase delle indagini: la conoscenza delle dichiarazioni rese da persone informate sui fatti da parte dell'indagato in una fase preliminare all'adozione della misura potrebbe esporre questi ultimi a interventi finalizzati alla ritrattazione o alla modifica delle dichiarazioni, soprattutto in contesti ad alta densità criminale; rende, inoltre, possibile condotte elusive laddove vi siano circostanze non emerse in sede di indagine e di cui l'indagato sia comunque a conoscenza.

Simili problematiche, quindi, potrebbero indurre il p. m. a *muoversi* secondo plurime direttive, per alcuni indagati richiedendo la misura e per altri operando una tale scelta solo successivamente (ad esempio per quelli che non rientrano nelle fattispecie in cui dovrà procedere all'interrogatorio preventivo): se ne intuisce, pertanto, l'ulteriore situazione di sofferenza che potrà derivare per uffici, quali quelli GIP – GUP, già onerati di nuove incombenze all'esito dell'introduzione, recente, della *Riforma Cartabia*

.

5) Limiti al potere di appello per gli Uffici del Pubblico Ministero.

La riforma legislativa introduce rilevanti modifiche sulla possibilità, per l'Ufficio del pubblico Ministero di proporre appello avverso le sentenze di assoluzione, stabilendo che l'organo di accusa non possa appellare le sentenze di proscioglimento per i reati oggetto di citazione diretta indicati all'art. 550 del Codice di procedura penale (contravvenzioni, delitti puniti con la pena della reclusione non superiore nel massimo a quattro anni o con la multa, sola o congiunta alla pena detentiva e altri reati specificamente indicati). Resterebbero appellabili le decisioni di proscioglimento per i reati più gravi e le sentenze di condanna per i reati a citazione diretta nei casi in cui l'ordinamento vigente consente l'appello delle sentenze di condanna da parte del p.m. (per esempio: mancato riconoscimento di circostanze ad effetto speciale; riqualificazione del reato).

Il legislatore del 2023 sembra riprendere il percorso già tracciato con la legge 20 febbraio 2006, n. 46, nella parte in cui non consentiva al pubblico ministero di proporre appello avverso le sentenze di proscioglimento, se non nel caso previsto dall'art. 603, comma 2, del codice di procedura penale – ossia quando sopravvengano o si scoprono nuove prove dopo il giudizio di primo grado – e sempre che tali prove risultino decisive.

Tale disciplina era stata tacciata di incostituzionalità dalla Corte Costituzionale con la nota Sentenza n. 26 del 2007, ravvisandosi una palese distonia rispetto all'art. 111, secondo comma, Cost..

Nella richiamata decisione la Corte ha sottolineato che *“ la disciplina delle impugnazioni, quale capitolo della complessiva regolamentazione del processo, si collochi anch'essa entro l'ambito applicativo del principio di parità delle parti. Il principio in parola non è infatti suscettibile di una interpretazione riduttiva, quale quella che – facendo leva, in particolare, sulla connessione proposta dall'art. 111, secondo comma, Cost. tra parità delle parti, contraddittorio, imparzialità e terzietà del giudice – intendesse negare alla parità delle parti il ruolo di connotato essenziale dell'intero processo, per concepirla invece come garanzia riferita al solo procedimento probatorio: e ciò al fine di desumerne che l'unico mezzo d'impugnazione, del quale le parti dovrebbero indefettibilmente fruire in modo paritario, sia il ricorso per cassazione per violazione di legge, previsto dall'art. 111, settimo comma,*

Cost.. Una simile ricostruzione finirebbe difatti per attribuire al principio di parità delle parti, in luogo del significato di riaffermazione processuale dei principi di cui all'art. 3 Cost., una antitetica valenza derogatoria di questi ultimi: soluzione tanto meno plausibile a fronte del tenore letterale della norma costituzionale, nella quale la parità delle parti è enunciata come regola generalissima, riferita indistintamente ad «ogni processo» e senza alcuna limitazione a determinati momenti o aspetti dell'iter processuale”

La Corte, nel suo argomentare, con la pronuncia del 2007, evidenziava che la limitazione al potere di gravame del pubblico ministero costituiva una dissimmetria radicale del sistema.

A differenza dell'imputato, infatti, il pubblico ministero viene privato del potere di proporre doglianze di merito avverso una sentenza che lo veda totalmente soccombente, negando *per integrum* la realizzazione della pretesa punitiva fatta valere con l'esercizio dell'azione penale.

La Corte sottolineava ancora come l'elisione del potere di appello del pubblico ministero si presentasse generalizzata ed unilaterale perché non riferita a talune categorie di reati, ma bensì estesa indistintamente a tutti i processi: di modo che la riforma, mentre lascia intatto il potere di appello dell'imputato, in caso di soccombenza, anche quando si tratti di illeciti bagatellari, fa invece cadere quello della pubblica accusa .

Su tale ultima considerazione fa leva il legislatore del 2023 nel tentare di schivare i paletti dell'incostituzionalità, limitando il potere di gravame della pubblica accusa ai reati previsti dall'art. 550 cpp., partendo dall'errato presupposto che i reati c.d. “a citazione diretta” siano per definizione non gravi.

Tale affermazione si presta a facile smentita allorché si consideri che nel novero di tale categoria rientrano delitti sanzionati con pene particolarmente severe (si pensi ai furti pluriaggravati o al delitto di ricettazione, punibili la prima fattispecie con pena da tre a dieci anni di reclusione, la seconda con pena da due ad otto anni), indici di una grave contrapposizione tra consociati e Autorità (si pensi ai fenomeni di violenza e resistenza a pubblico ufficiale) o direttamente in grado di incidere sulla salute pubblica (frodi alimentari).

La novella legislativa si palesa altresì irrazionale ove si consideri che l'esercizio del potere di gravame della parte pubblica può dispiegarsi in ragione di delitti in grado di incidere in maniera modesta sul bene giuridico protetto (si pensi ad ipotesi di peculato per poche migliaia di euro) mentre è denegato a fronte, ad esempio, di truffe o appropriazioni indebite milionarie, magari attuate in maniera seriale a danno di soggetti vulnerabili.

A giustificazione della novella legislativa non possono addursi riferimenti alla presunzione di non colpevolezza che impedirebbe che l'imputato, già dichiarato innocente da un giudice, possa essere considerato da altro giudice colpevole del reato contestatogli «*al di là di ogni ragionevole dubbio*», anche perché proprio in previsione di tale eventualità processuale la recente riforma Cartabia ha previsto il rimedio rafforzato ex art. 603 comma 3-bis C. p. p. con rinnovazione obbligatoria dell'istruttoria dibattimentale per le prove dichiarative assunte dal giudice di primo grado.

Giova da ultimo sottolineare, come ha fatto la Corte Costituzionale, che "l'iniziativa del pubblico ministero volta alla verifica dei possibili (ed eventualmente, anche evidenti) errori commessi dal primo giudice nel negare la responsabilità dell'imputato, non può qualificarsi, in sé, "persecutoria"; essa ha, infatti, come scopo istituzionale quello di assicurare la corretta applicazione della legge penale nel caso concreto e – tramite quest'ultima – l'effettiva attuazione dei principi di legalità e di eguaglianza, nella prospettiva della tutela dei molteplici interessi, connessi anche a diritti fondamentali, a cui presidio sono poste le norme incriminatrici".

Si evidenzia infine che prevedere di fatto un solo grado di giudizio di merito per i reati disciplinati dall'art. 550 C. p. p. espone il Magistrato Giudicante (spesso non togato) al rischio della *solitudine decisionale*, essendo limitata la possibilità che la determinazione assunta sia sottoposta al vaglio della Corte di Appello.

Il legislatore del 2023 ha dimostrato inoltre scarsa sensibilità per le ragioni delle persone offese, che subiscono una ingiustificata menomazione delle aspettative di giustizia affidate alla Parte Pubblica.