

QUESTIONI APERTE

Abuso del processo

La decisione

Giudizio – Istruzione dibattimentale – Nuove contestazioni – Contestazione suppletiva del pubblico ministero – Azione penale – Procedibilità a querela – Obbligo di immediata declaratoria di improcedibilità – Possibilità – Esclusione – Abuso del processo – Condizioni (c.p.p. artt. 516, 517, c.p. 624, 625 co. 1 n. 7 d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150).

In tema di nuove contestazioni, l'esercizio da parte del pubblico ministero di una potestà che, anche se prevista dalla legge, è esercitata per finalità che travalicano le ragioni per le quali è stata riconosciuta dall'ordinamento, costituisce un abuso del processo.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE IV, 10 luglio 2024 (ud. 21 febbraio 2024) – DOVERE, *Presidente* – CENCI, *Relatore* – COSTANTINI, *P.G.* (diff.) – Grigoli, *ricorrente*.

Contestazione suppletiva di aggravante valutativa: quando il p.m. abusa del processo

Il presente lavoro fornisce un commento a un arresto della Corte di cassazione, depositato lo scorso luglio, relativo ai limiti imposti al pubblico ministero laddove proceda in udienza a contestazione suppletiva di un'aggravante che rende il reato procedibile d'ufficio e non più a querela di parte. Il tema si presenta di particolare attualità, considerato che il d.lgs. n. 150 del 2022 (riforma Cartabia) ha modificato il regime di procedibilità per talune fattispecie delittuose, prevedendo al contempo che il termine dei tre mesi per la presentazione della querela ricominciasse a decorrere dall'entrata in vigore della novella. La Corte, con la sentenza qui annotata, ha stabilito che il pubblico ministero non può contestare all'imputato nuove circostanze aggravanti, quando ciò risponde al solo scopo di perseguire d'ufficio il reato in assenza di querela. In tal caso si configurerebbe, infatti, da parte del magistrato inquirente, un abuso del processo.

Supplementary contestation of evaluative aggravating circumstances: when the public prosecutor abuses the process

The essay analyses an Italian Supreme Court decision, sentenced on July 2024, concerning the limits imposed to the Prosecutor in amending the indictment during the trial, in particular when he charges the accused with a supplementary aggravating circumstance that makes the offence prosecutable ex officio and no longer on complaint by the victim. The issue is particularly topical, considering that Legislative Decree no. 150 of 2022 (Cartabia reform) amended the procedural regime for certain criminal offences, at the same time providing that the three-month time limit for filing a complaint would start to run again from the entry into force of the reform. The Court, in the judgment annotated herein, sentenced that the Prosecutor may not charge the defendant with new aggravating circumstances when this serves the sole purpose of prosecuting the offence ex officio in the absence of a complaint. In such a case, in fact, the prosecutor would commit an abuse of process.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il caso. – 3. Le questioni affrontate. – 3.1. La “contestazione in fatto”. Aspetti definitivi. – 3.2. La soluzione offerta nel 2019 dalle sezioni unite con riguardo al falso in atto

pubblico. – 4. I termini del contrasto interpretativo. Le aggravanti valutative... – 4.1. ed il rapporto tra gli artt. 129 e 157 c.p.p. – 5. La soluzione adottata. – 5.1. L'abuso del processo. – 6. Il ruolo del pubblico ministero: un "interprete senza partito?" – 6.1. La soluzione accolta dalla sentenza. – 7. Riflessioni conclusive.

1. *Premessa.* Con la sentenza n. 27181 del 21 febbraio 2024 (depositata il 10 luglio 2024), la quarta sezione della Suprema Corte di cassazione è intervenuta sul dibattuto tema del rapporto tra modifica dell'imputazione idonea a incidere sul regime di procedibilità e declaratoria di improcedibilità del reato. La questione si è fortemente riattualizzata all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (c.d. riforma Cartabia) che – in un'ottica dichiaratamente deflattiva e funzionale al miglioramento e all'efficientamento del processo penale, in linea con gli obiettivi del P.N.R.R. – ha inciso sulla procedibilità di numerose fattispecie incriminatrici, ampliando quelle che richiedono la querela¹.

Il nuovo regime di procedibilità ha dato luogo a non pochi contrasti interpretativi, dovuti alla sua applicabilità ai reati commessi prima dell'entrata in vigore della riforma e ancora *sub iudice*. Quanto a questi ultimi, l'art. 85 del d.lgs. 150/2022 ha concesso alla persona offesa un termine di tre mesi per presentare la querela, previsto a pena di decadenza, che decorreva dall'entrata in vigore della nuova disciplina²; lo scopo di tale previsione è da rinvenirsi nella volontà di sfoltire in tempi rapidi il carico giudiziario ed eliminare numerosi procedimenti penali la cui prosecuzione è stata rimessa alla volontà della persona offesa, con l'effetto che la mancata presentazione della querela entro il termine stabilito a pena di decadenza comporta per il giudice l'obbligo di dichiarare l'improcedibilità del reato *ex art.* 129 c.p.p. per sopravvenuta carenza della condizione di procedibilità. Tuttavia, non sono mancati casi in cui le procure hanno fatto ricorso alla modifica dell'imputazione originariamente

¹ Il riferimento è agli artt. 2 e 3 del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, da ultimo ampliato, con riguardo al delitto di danneggiamento, per effetto dell'art. 1, co. 1 lett. b) del d.lgs. 19 marzo 2024, n. 31.

² GATTA, *L'estensione del regime di procedibilità a querela nella riforma Cartabia e la disciplina transitoria dopo la l. n. 199/2022*, nota a Cass., Sez. V, 4 novembre 2022, n. 45104, in *Sist. Pen.*, 2023, 1, 36 ss. Il regime di procedibilità era già stato inciso dalla riforma Orlando, in ordine al quale la dottrina ha fornito nutriti contributi. Senza pretesa di esaustività, si vedano GARGANI, *Riforma Orlando: la modifica del regime di procedibilità per taluni reati*, in *Dir. Proc. Pen.*, 2018, 579 ss.; IASEVOLI, *La procedibilità a querela: verso la dimensione liquida del diritto postmoderno?*, in www.laegislazionepenale.eu, 7 dicembre 2017; MASULLO, *Ampliati gli spazi della procedibilità a querela per i reati che offendono la persona e il patrimonio: valorizzato (adeguatamente) l'interesse privato alla punizione del colpevole?*, in *dir. pen. cont.*, 2018, 4, 134 ss.; AMATO, *Uno sforzo di tipo deflattivo a portata limitata*, in *Guida dir.*, 2018, 21 ss.; PAONESSA, *Le modifiche al regime di procedibilità a querela introdotte dal d.lgs. 10 aprile 2018, n. 36*, in www.laegislazionepenale.eu, 6 marzo 2019; PALAZZO, *Querela e strategie deflative. La querela: un istituto rivitalizzato, tra diritto e processo penale*, in *Giur. It.*, 2021, 984 ss.

formulata, mediante la contestazione in udienza di un'aggravante idonea a ripristinare, dopo la novella, la procedibilità d'ufficio del reato, così ovviando all'inerzia della persona offesa. Si deve, forse, pensare che *where there is a law, there is a loophole?*

Posto il tema nei termini anzidetti, la sentenza in commento si inserisce nel vivo del dibattito fornendo un contributo originale che, aldilà dei profili specifici che saranno qui oggetto di analisi, ripropone sullo sfondo la questione sempre più cogente per la giustizia penale contemporanea delle profonde interconnessioni tra diritto sostanziale e processuale; tema, a proposito del quale rimane insuperato il monito, seppur risalente, di una delle voci più autorevoli della nostra dottrina, allorquando, a proposito della trasformazione del processo penale, avvertiva come quest'ultimo, da «*servo muto del diritto penale sostanziale*», sia divenuto a poco a poco «*sempre più loquace, assumendo prima il ruolo di socio paritario*» e, financo, quello di «*socio tiranno*»³.

2. *Il caso.* La vicenda analizzata prende avvio dal processo celebrato dinanzi al Tribunale di Siracusa per furto di energia elettrica aggravato dal mezzo fraudolento, secondo l'accusa perpetrato mediante la manomissione di un contatore installato presso un'abitazione privata. All'udienza del 6 febbraio 2023, dopo l'apertura del dibattimento e l'ammissione delle prove, era emerso che il Servizio elettrico nazionale s.p.a., in qualità di persona offesa, non aveva presentato la querela nel termine perentorio di tre mesi previsti dalla disposizione transitoria (decorrente dal 30 dicembre 2022), divenuta *medio tempore* necessaria condizione di procedibilità per effetto del d.lgs. 150/2022. Il pubblico ministero, pertanto, all'udienza del 3 aprile 2023 aveva manifestato di voler contestare la circostanza aggravante, prevista dall'art. 625 co. 1 n. 7 c.p., rilevando che l'energia elettrica rientrasse tra i beni destinati a pubblico servizio, nel tentativo di riportare il processo sui binari della procedibilità d'ufficio. Il giudice del dibattimento, tuttavia, non aveva consentito tale contestazione e, sentite le parti, all'esito della camera di consiglio aveva emesso sentenza di proscioglimento ex artt. 129 e 529 c.p.p.

In parte motiva la pronuncia, pur avendo ritenuto l'energia elettrica un bene oggettivamente destinato a un pubblico servizio (sebbene funzionale a servire un'abitazione privata), aveva reputata tardiva la contestazione poiché intervenuta in un momento successivo al maturare dell'improcedibilità del reato. A sostegno di tale decisione si richiamava un orientamento costante della giuri-

³ PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 2, 527 ss.

sprudenza di legittimità formatosi in tema di prescrizione, ritenendolo applicabile a tutte le cause di proscioglimento previste dall'art. 129, co. 1 c.p.p., in base al quale il giudice ha l'obbligo di dichiarare immediatamente la sussistenza di una causa di estinzione del reato, di talché, la contestazione di un'aggravante che determini il prolungamento del termine prescrizionale deve ritenersi illegittima essendo il reato ormai prescritto. La contestazione di un'aggravante, infatti, come già in passato aveva chiarito la Cassazione, non può essere il volano per la reviviscenza di un reato estinto, in quanto, ove sia maturato il termine di prescrizione, la prosecuzione del processo è preclusa dall'obbligo di immediata declaratoria della causa estintiva del reato⁴. Tale assunto, consolidato in ordine alla recidiva, era stato ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità altrettanto valido anche per la contestazione di altre circostanze aggravanti, sussistendo una matrice comune all'origine del divieto⁵.

Il Tribunale siciliano richiamava, inoltre, una sentenza della Suprema Corte del 2016 che affermava il principio secondo il quale il difetto della condizione di procedibilità, impedendo la valida costituzione del rapporto processuale, ha come conseguenza di inibire ogni valutazione del fatto e di precludere la pronuncia di proscioglimento, sussistendo la regola della prevalenza della causa di non punibilità sul merito⁶. Infatti, qualora si sia proceduto per un reato perseguibile a querela e questa manchi fin dall'origine o non sia stata tempestivamente proposta, il giudice deve emettere una sentenza meramente processuale, senza valutazioni di merito in ordine alla fondatezza dell'accusa, in quanto il rapporto processuale, proprio per il difetto di tali requisiti, non si è validamente costituito⁷. Il medesimo esito era ritenuto estensibile dal Tribunale di Siracusa alla carenza sopravvenuta della condizione di procedibilità in quanto alla data dell'udienza era già maturata l'improcedibilità per difetto di querela.

Avverso tale pronuncia il Procuratore della Repubblica del Tribunale di Siracusa presentava ricorso per cassazione, censurando la surrettizia introduzione, ad opera del Tribunale, di un termine di decadenza alla facoltà del pubblico

⁴ Cass., Sez. V, 10 settembre 2019, n. 48205, in *CED Cass. pen.*, 2020.

⁵ In effetti, la Corte di legittimità ritiene che qualora si proceda per un reato perseguibile a querela e questa manchi o non sia stata tempestivamente proposta, il giudice deve emettere una sentenza meramente processuale, dichiarando che l'azione penale non poteva essere iniziata. Non può compiere, quindi, alcuna indagine o valutazione di merito in ordine alla fondatezza dell'accusa, atteso che, il rapporto processuale, in ragione dell'improcedibilità dell'azione, non si è validamente costituito. Cass., Sez. V, 17 marzo 2010, n. 24687, in *Cass. pen.* 2012, 4, 1438.

⁶ Cass., Sez. III, 6 luglio 2016, n. 43240.

⁷ Cass., Sez. V, 17 marzo 2010, n. 24687, cit.

ministero di procedere alla contestazione di un'aggravante, ex art. 517 c.p.p., invero non previsto dal codice di rito che, anzi, riserva tale potestà all'organo dell'accusa quale prerogativa sua propria senza preclusioni e, quindi, fino alla chiusura del dibattimento. Il Procuratore lamentava, inoltre, che il Tribunale non avesse fatto buon governo dei principi affermati dalla giurisprudenza in materia di contestazione suppletiva, trasponendo erroneamente quanto affermato in tema di prescrizione al diverso tema della improcedibilità.

3. *Le questioni affrontate.* Così sintetizzata la vicenda, la sentenza (che, si anticipa, ha ritenuto inammissibile il ricorso) esamina il corretto esercizio del potere di contestazione suppletiva dell'aggravante della destinazione del bene a pubblico servizio, prevista dall'art. 625, co. 1 n. 7 c.p., che, mutando il regime di procedibilità, rende il reato di furto perseguibile d'ufficio, ai sensi dell'art. 624, co. 3 c.p. A siffatta questione fa, tuttavia, da premessa un'approfondita analisi, svolta dall'arresto dello scorso luglio, a proposito della distinzione tra "contestazione in fatto di un'aggravante" e "riqualificazione giuridica del fatto", posto che solo quest'ultima concerne, come si legge in sentenza, «un'ipotesi criminosa difforme da quella contestata»⁸.

3.1. *La "contestazione in fatto". Aspetti definitivi.* Il primo tema affrontato nella decisione, come si è ora detto, è volto ad accertare se la contestazione suppletiva dell'aggravante integri nel caso concreto una mera contestazione in fatto di una circostanza oppure una riqualificazione giuridica del fatto⁹. Mentre quest'ultima comporta, infatti, secondo il diritto vivente, la contestazione di «un'ipotesi criminosa difforme da quella [originariamente] contestata, pur se tale da potervi ricondurre il fatto materialmente descritto nell'imputazione»¹⁰, per contestazione in fatto si intende, secondo le linee tracciate dalla giurisprudenza di legittimità con particolare riguardo alle circostanze aggravanti, una formulazione dell'imputazione che, pur se non chiaramente «espressa nell'enunciazione letterale della fattispecie circostanziale o nell'indicazione della specifica norma di legge che la prevede», riporti gli ele-

⁸ Cass., Sez. IV, 21 febbraio 2024, n. 27181, in *Cass. pen. 2024, Considerato in diritto*, punto 2.1. che richiama Cass., Sez. IV, 10 gennaio 2024, n. 5687, Chiola, in *Cass. pen.*, 2024.

⁹ In generale, in tema di nuove contestazioni si vedano, *ex multis*, AIUTI, *Le nuove contestazioni*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, a cura di Spangher-Marandola-Garuti-Kalb, Torino, 2015, 1415 ss.; nonché FELICIONI, *Correlazione tra accusa e sentenza: il principio iura novit curia e la sentenza Drassich contro Italia*, in Gaito - Chinnici, *Regole europee e processo penale*, Padova, 2018, 229 ss.

¹⁰ Cass., Sez. IV, 10 gennaio 2024, n. 5687, Chiola, in *Cass. pen.*, 2024.

menti di fatto che integrano la fattispecie in maniera sufficientemente chiara e precisa, consentendo così all'imputato di averne piena cognizione e di espletare in maniera adeguata la propria difesa sugli stessi¹¹. Ne consegue che la contestazione può ritenersi sussistente "in fatto", quando si riferisce ad una fattispecie che, in fatto, è già contestata come aggravata, anche se nell'imputazione formale non sono esattamente indicati i relativi richiami normativi¹². Secondo questa impostazione, ai fini della contestazione di un'aggravante, non sarebbe necessaria una formula specifica o una puntuale espressione letterale, né la precisa indicazione della norma che la prevede, potendosi ritenere sufficiente, nel rispetto del principio della correlazione tra accusa e sentenza¹³, la chiara enunciazione della stessa, sì da consentire all'imputato di avere piena cognizione degli elementi di fatto che integrano la circostanza aggravante¹⁴, e non affievolirne le garanzie difensive.

3.2. La soluzione offerta nel 2019 dalle sezioni unite con riguardo al falso in atto pubblico. La questione del rapporto (e della differenza) tra contestazione in fatto e riqualificazione giuridica del fatto, oggetto di confronto tra due differenti orientamenti con riguardo al falso in atto pubblico, è stata affrontata dalle sezioni unite nel 2019 chiamate a decidere «se possa essere ritenuta in sentenza dal giudice la fattispecie aggravata del reato di falso in atto pubblico, ai sensi dell'art. 476, co. 2 c.p., qualora la natura fidefacente dell'atto considerato falso non sia stata esplicitamente contestata ed esposta nel capo di imputazione»¹⁵.

Secondo un primo orientamento, ai fini della contestazione dell'aggravante del falso in atto pubblico era necessario che l'addebito dell'ipotesi aggravata risultasse nell'imputazione dall'indicazione della specifica violazione dell'art. 476, co. 2 c.p. o, quanto meno, dall'utilizzo di sinonimi o di formule linguisti-

¹¹ Id.; Cass., Sez. I, 8 febbraio 2017, n. 51260, Archinito, in *Cass. pen.*, 2017.

¹² In alcune pronunce, infatti, la Cassazione ha ritenuto che, ai fini della contestazione della circostanza aggravante della premeditazione, non è necessaria una formula specifica né l'indicazione della disposizione di legge che la prevede, essendo sufficiente, conformemente al principio di correlazione tra accusa e sentenza, che l'imputato sia posto nella condizione di esercitare con pienezza la sua difesa sugli elementi di fatto che lo integrano (Cass., Sez. I, 8 febbraio 2017, n. 51260, Archinito, Rv. 271261). In tempi più risalenti si era affermato che, ai fini della contestazione di una aggravante, non è necessaria la specifica indicazione della norma che la prevede, essendo sufficiente la precisa indicazione "in fatto" della stessa, così che l'imputato possa avere cognizione degli elementi di fatto che la integrano (Cass., Sez. II, 10 gennaio 2013, n. 14651, in *Cass. pen.* 2014, 3, 941).

¹³ RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 53.

¹⁴ Cass., Sez. VI, 28 settembre 2012, n. 40283, in *CED Cass. pen.*, 2012.

¹⁵ Cass., Sez. un., 18 aprile 2019, n. 24906, in *Foro it.*, 2019, 9, II, 481.

che equivalenti al contenuto della previsione normativa¹⁶ o, ancora, dall'uso di formule chiaramente evocative dell'efficacia fidefacente dell'atto ritenuto falso¹⁷. In alcune pronunce adesive a questo primo filone, poi ritenuto preminente dalle sezioni unite anche alla luce delle acquisizioni nel noto caso EDU "Drassich", veniva rilevato che sussiste l'innegabile diritto dell'imputato di essere tempestivamente e dettagliatamente informato non solo dei fatti materiali posti a suo carico, ma anche della qualificazione giuridica ad essi attribuita, sì da evitare "l'effetto sorpresa" e consentire un'adeguata interlocuzione su ogni punto, ed esercitare, così, in maniera piena ed effettiva il diritto di difesa¹⁸.

Il diverso indirizzo giurisprudenziale, opportunamente ritenuto recessivo dalle sezioni unite, ammetteva invece la contestazione dell'aggravante anche senza l'indicazione di una specifica norma, cioè anche in assenza dell'indicazione della disposizione di legge che la prevede, reputandosi sufficiente la precisa enunciazione in fatto della stessa. Movendo dal principio di correlazione tra accusa e decisione, si considerava, infatti, sufficiente che l'imputato fosse posto nelle condizioni di espletare pienamente la difesa sugli elementi di fatto integranti l'aggravante stessa. La soluzione prospettata ometteva, tuttavia, di considerare come in questo modo il diritto di difesa non poteva essere adeguatamente esercitato proprio a causa della mancanza di specificità dell'accusa¹⁹. A sostegno di tale orientamento soggiaceva, invero, una conce-

¹⁶ Si è ritenuto, infatti, che sussiste violazione del diritto di difesa nel caso in cui sia riconosciuta in sentenza l'ipotesi aggravata del reato di falso in atto pubblico, ex art. 476, co. 2 c.p., ove non adeguatamente e correttamente esplicitata nella contestazione, poiché, anche alla luce dei vincoli posti dalla giurisprudenza della Corte EDU con la sentenza Drassich c. Italia, 11 dicembre 2007, è diritto dell'imputato essere informato tempestivamente e dettagliatamente sia dei fatti materiali posti a suo carico, che della qualificazione giuridica ad essi attribuiti. In particolare, la Suprema Corte, rilevato che la natura fidefacente dell'atto assunto come falso non era esplicitamente indicata nel capo d'imputazione, né indicata in fatto con sinonimi o formule equivalenti, e che neanche era richiamato l'art. 476, co. 2 c.p., ha escluso l'operatività dell'aggravante di cui al predetto art. 476, co. 2 c.p., ritenendo sussistente l'ipotesi di falso in forma non aggravata (Cass., Sez. V, 13 febbraio 2014, n. 12213, in *Cass. pen.*, 2015, 3, 1170).

¹⁷ In particolare, è stato affermato che, pur non essendo indispensabile, ai fini della corretta contestazione, l'indicazione specifica della norma relativa all'aggravante, è comunque necessario l'uso di formule linguistiche chiaramente evocative della peculiare efficacia fidefacente dell'atto ritenuto falso. Così Cass., Sez. V, 18 aprile 2018, n. 30435, in *Cass. pen.*, 2019, 2, 765.

¹⁸ Assai ampia la letteratura in commento alla pronuncia della Corte EDU, Sez. II, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia, in *Cass. pen.*, 2008, 1646 ss., con osservazioni di DE MATTEIS, e in *Giur. it.*, 2008, 2581 ss., con nota di IACOBACCI, *Riqualificazione giuridica del fatto ad opera della Corte di Cassazione: esercizio di una facoltà legittima o violazione del diritto di difesa?*

Si segnalano, inoltre, ZACCHÈ, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 6, 781 ss.; BIGIARINI, *Il caso Drassich dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 7, 845 ss.

¹⁹ In base a questo indirizzo, si era ritenuto che «non può dirsi pertanto indispensabile la contestazione espressa della aggravante di cui all'art. 476 c.p., comma 2, lì dove la falsità ideologica riguardi un tipo di

zione dell'imputazione, da taluni ritenuta "sostanzialistica", la cui completezza era stimata alla luce dell'apporto garantito dalla necessaria difesa tecnica assicurata all'imputato²⁰. Detto altrimenti, l'imputazione si riteneva completa anche se rinviava ad atti contenuti nel fascicolo processuale (intelligibili, non equivoci e conoscibili), in quanto così era comunque assicurata all'imputato la possibilità di elaborare una strategia difensiva in relazione ad ogni elemento di accusa²¹.

Dinnanzi ai due orientamenti ora sommariamente richiamati, le sezioni unite hanno chiarito che «non può essere ritenuta in sentenza dal giudice la fattispecie aggravata del reato di falso in atto pubblico, ai sensi dell'art. 476 c.p., comma 2, qualora la natura fidefacente dell'atto considerato falso non sia stata esplicitamente contestata ed esposta nel capo di imputazione con la precisazione di tale natura o con formule alla stessa equivalenti, ovvero con l'indicazione della norma di legge di cui sopra», ammonendo, inoltre, come tali principi non siano applicabili in modo indifferenziato a tutte le fattispecie circostanziali²².

In questo quadro, al giudice, per effetto del principio *iura novit curia*, è consentito attribuire al fatto contestato una veste giuridica diversa rispetto alla qualificazione offerta dal pubblico ministero, senza che tale esito comporti la violazione dell'art. 521 c.p.p., alla luce degli artt. 111, co. 2 Cost. e 6 CE.D.U., ogniquale volta la nuova qualificazione del reato sia nota o quanto meno prevedibile per l'imputato²³.

atto - indicato nella contestazione - che abbia la particolare attitudine probatoria richiesta da tale norma» (Cass., Sez. I, 12 marzo 2015, n. 24870).

²⁰ Cass., Sez. V, 4 aprile 2018, n. 23609, con nota adesiva di TRINCI, *La contestazione "in fatto" delle circostanze aggravanti*, in *www.ilpenalista.it*, 15 giugno 2018.

²¹ In questi termini Cass., Sez. V, 19 gennaio 2017, n. 10033, in *CED Cass. pen.*, 2017. In alcune pronunce, anche della giurisprudenza della Corte EDU, veniva affermata in maniera ancora più esplicita la decisività dell'assistenza tecnica necessariamente assicurata all'imputato al fine di comprendere a pieno le contestazioni mosse. Cass., Sez. V, 4 aprile 2018, n. 23609, in *Foro it.*, 2018, 7-8, II, 420. Per approfondimenti sul punto si rinvia a QUATTROCOLO, *Riquilificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli, 2011, 7 ss.

²² Cass., Sez. un., 18 aprile 2019, n. 24906, in *Foro it.*, 2019, 9, II, 481.

²³ Secondo quanto affermato dalle sezioni unite nel 2015 «l'attribuzione all'esito del giudizio di appello, pur in assenza di una richiesta del pubblico ministero, al fatto contestato di una qualificazione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione non determina la violazione dell'art. 521 c.p.p., neanche per effetto di una lettura della disposizione alla luce dell'art. 111, comma 2, Cost., e dell'art. 6 CEDU come interpretato dalla Corte europea, qualora la nuova definizione del reato fosse nota o comunque prevedibile per l'imputato e non determini in concreto una lesione dei diritti della difesa derivante dai profili di novità che da quel mutamento scaturiscono. (Nell'affermare il principio indicato, la Corte ha escluso la violazione dell'art. 521 c.p.p. in una fattispecie in cui l'imputato era stato condannato in primo grado per il reato di concussione e in appello per quello di corruzione)». Cass., Sez. un., 26 giugno

4. *I termini del contrasto interpretativo. Le aggravanti valutative...* Dopo aver richiamato la decisione delle sezioni unite del 2019, la sentenza in commento, considerata la natura valutativa dell'aggravante di cui all'art. 625, co. 1 n. 7 c.p., esclude che la contestazione della stessa possa integrare una mera contestazione in fatto. La sezione IV, pur dando atto della non univocità di vedute, aderisce, infatti, senza indugi a quell'orientamento di legittimità secondo cui, in caso di furto di energia elettrica, deve escludersi che si possa legittimamente ritenere integrata l'aggravante della destinazione a pubblico servizio del bene sottratto, qualora la natura del bene non emerga in maniera esplicita dall'imputazione, direttamente o anche indirettamente, mediante l'utilizzo di formule equivalenti oppure attraverso l'indicazione della relativa norma²⁴. L'arresto prende le distanze, quindi, da differenti approdi ermeneutici a cui pure è giunta la Cassazione, laddove ha affermato che, in caso di furto di energia elettrica, deve essere ritenuta integrata l'aggravante ex art. 625, co. 1 n. 7 c.p. siccome l'energia elettrica oggetto della fornitura e materialmente sottratta è un bene funzionalmente destinato a un pubblico servizio²⁵. Secondo quest'ultimo orientamento il furto di energia elettrica sarebbe aggravato dalla destinazione a un pubblico servizio del bene sottratto sia nell'ipotesi in cui la sottrazione avvenga mediante l'allaccio abusivo alla rete esterna sia nel caso in cui l'allaccio sia avvenuto sui terminali collocati in una proprietà privata; ciò perché, a venire in rilievo non sarebbe l'esposizione alla pubblica fede dell'energia che transita nella rete quanto la destinazione finale dell'energia, che consiste nel rendere un pubblico servizio da cui è distolta, indipendentemente dalla circostanza che la condotta illecita abbia arrecato effettivo nocumento alla fornitura di energia di altri utenti²⁶. In base a tali pronunce, le ipotesi tipizzate nell'art. 625, co. 1 n. 7 c.p. trovano una *ratio* comune nell'esigenza di protezione rafforzata offerta a determinati beni, con l'effetto che si devono qualificare destinate a un pubblico servizio le cose che servono a un uso di pubblico vantaggio o a una utilità collettiva sia per volontà del detentore o del proprietario che per le qualità inerenti alle stesse, indipenden-

2015, n. 31617, in *Cass. pen.*, 4, 2016, 1384, con nota di LUMINO, *La confisca del prezzo o del profitto del reato nel caso di intervenuta prescrizione*.

²⁴ Cass., Sez. V, 13 aprile 2021 n. 26511, in *CED Cass. pen.*, 2021; Cass., Sez. IV, 26 ottobre 2023 n. 46859, in *CED Cass. pen.*, 2024.

²⁵ Cass., Sez. IV, 7 novembre 2023, n. 48529, con osservazioni di SACCHETTO, in *Cass. pen.*, 3, 2024, 936.

²⁶ Cass., Sez. IV, 7 gennaio 2016, n.1850, in *CED Cass. pen.*, 2016; Cass., Sez. V, 3 novembre 2021, n. 1094, in *CED Cass. pen.*, 2022; Cass., Sez. IV, 17 aprile 2002, n. 21456, in *Riv. pen.* 2002, 682.

temente dal rilievo che detti beni appartengano alla pubblica amministrazione o al privato, risultando sufficiente la loro destinazione attuale a un'utilità generale. Con l'effetto che l'aggravante sarebbe sussistente *in nuce* fin dalla formulazione dell'imputazione e, di conseguenza, l'eventuale contestazione ad opera del pubblico ministero ai sensi dell'art. 517 c.p.p. altro non sarebbe che una semplice precisazione²⁷.

La sentenza in commento, in senso contrario alla prospettiva fin qui esposta, ritiene, invece, che il giudizio circa la destinazione della *res* oggetto di furto implica necessariamente una valutazione in concreto che si impinge su elementi di fatto, quali la natura del bene e la sua specifica destinazione; è, pertanto, da respingersi l'opposto orientamento, sopra descritto, secondo cui il bene energia elettrica assumerebbe *tout court* la finalità di pubblico servizio, indipendentemente dalle modalità concrete con cui è stata disposta la sottrazione²⁸. Più precisamente, il Collegio ha ritenuto che la circostanza dell'essere il furto commesso su cose destinate a un pubblico servizio o a una pubblica utilità necessariamente implica un'opzione valutativa, perché impone di "valutare" caso per caso la natura della *res* oggetto di furto, la sua specifica destinazione e il concetto di pubblico servizio, che rientrano in un ambito di nozioni variabili²⁹. La finalità di pubblico servizio è, quindi, tutt'altro che immanente e non ricorre costantemente, necessitando di un accertamento sulle modalità concrete di esecuzione della sottrazione, anche alla luce dei continui e repentini cambiamenti tecnologici cui si assiste, che, ad esempio, oggi offrono la possibilità che il privato stesso produca direttamente energia elettrica per il proprio consumo o per cederlo a terzi³⁰.

In ragione di ciò, la sentenza ha ritenuto di dover escludere che si fosse in presenza di una contestazione in fatto, vertendosi, invece, nell'ipotesi di una aggravante valutativa «in alcun modo resa riconoscibile dall'indicazione del Servizio elettrico nazionale quale soggetto al quale il bene sarebbe stato sottratto»³¹ e, pertanto, in una ipotesi di riqualificazione giuridica del fatto. Lo stesso pubblico ministero, d'altra parte, si era determinato ad effettuare la contestazione suppletiva sul presupposto che gli elementi dell'aggravante non

²⁷ Cass., Sez. IV, 7 novembre 2023, n. 48529, in *Cass. pen.*, 3, 2024, 943.

²⁸ Cass., Sez. IV, 21 febbraio 2024, n. 27181, cit., *Considerato in diritto*, punto 2.1. e, in termini adesivi Cass., Sez. IV, 26 ottobre 2023, n. 46859, in *CED Cass. pen.*, 2024.

²⁹ Per approfondimenti sul tema cfr. MANTOVANI-FLORA, *Diritto penale. Parte speciale I. Delitti contro il patrimonio*, Padova, 2024, 67 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. II, 2, I delitti contro il patrimonio*, Bologna, 2023, 45 ss.; LANZI, *Furto*, in *Enc. Giur.*, XIV, Roma, 1989, 1 ss.

³⁰ Cfr. Cass., Sez. V, 22 gennaio 2024, n. 3741, in *CED Cass. pen.*, 2024.

³¹ Cass., Sez. IV, 21 febbraio 2024, n. 27181, cit., *Considerato in diritto*, punto 2.3.

erano presenti nella descrizione del fatto contenuta nel capo d'imputazione.

4.1. *ed il rapporto tra gli artt. 129 e 517 c.p.p.* Imboccata la strada della natura valutativa dell'aggravante e, di conseguenza, escluso di poter risolvere la questione prospettata ritenendo ammissibile la contestazione in fatto, la sentenza affronta un articolato percorso, in ordine al quale sono emersi orientamenti contrastanti, sul potere-dovere del pubblico ministero di contestazione suppletiva di una circostanza aggravante idoneo a ripristinare la procedibilità d'ufficio, e sul rapporto in termini di prevalenza con l'art. 129, co. 1 c.p.p. che prevede, invece, tra i poteri-doveri del giudice quello di rilevare la mancanza della condizione di procedibilità "in ogni stato e grado del processo".

Il primo filone, nel valorizzare l'art. 517 c.p.p., norma più volte incisa da pronunce di incostituzionalità³², rileva come non vi sia alcun limite al potere-dovere che grava sul pubblico ministero di modificare l'imputazione, se non quello temporale di procedere in tal senso entro la discussione finale³³. Infatti, la possibilità per il pubblico ministero di modificare l'imputazione in udienza mediante la contestazione di una circostanza aggravante discende dal fatto che lo stesso è investito, anche in difetto di sopravvenienze dibattimentali rilevanti, del potere-dovere di esercitare l'azione penale, obbligatorio in base all'art. 112 Cost. Sicché, secondo questo primo approdo, la scelta del giudice del dibattimento di negare al pubblico ministero il compimento di un atto imperativo e obbligatorio qual è la contestazione della circostanza aggravante, rilevandone la tardività, deve ritenersi illegittima³⁴.

Secondo un diverso orientamento, tuttavia, ove si accerti il difetto originario o sopravvenuto di una condizione di procedibilità, al giudice è precluso lo svolgimento di qualsiasi attività processuale e qualsiasi ulteriore accertamento in punto di fatto, avendo questi l'obbligo di dichiarare l'immediata improcedibilità dell'azione penale *ex art. 129 c.p.p.*, non trovando spazio la modifica dell'imputazione *ex art. 517 c.p.p.* mediante contestazione dell'aggravante da parte del pubblico ministero³⁵.

³² Corte cost., 14 giugno 2022, n. 146, in *Giur. cost.*, 3, 2022, 1526, con nota di MARANDOLA, *Contestazione suppletiva di reati connessi: diritto alla messa alla prova per l'intera imputazione*; Corte cost., 11 aprile 2019, n. 82, in *Giur. cost.*, 2019, 2, 998, con nota di RAFARACI, *"Via libera" al patteggiamento anche in ordine alla nuova contestazione "fisiologica" del reato connesso*; Corte cost., 5 luglio 2018, n. 141, in *Cass. pen.*, 5-6, 2018, 2010, con nota di TESSITORE, *Contestazione suppletiva e messa alla prova. La soluzione della Corte costituzionale*.

³³ Cass., Sez. IV, 22 novembre 2023, n. 50258, in *Guida dir.*, 2024, 5; Cass., Sez. fer., 22 agosto 2023, n. 43255, in *Foro it.*, 2023, 11, II, 574.

³⁴ Cass., Sez. IV, 22 novembre 2023, n. 50258, *ibid.*

³⁵ In questi termini Cass., Sez. un., 24 settembre 2009, n. 49783, con nota di ANDREAZZA, *Le sezioni*

In tale confronto giurisprudenziale, un primo contributo importante era giunto, in tempi ormai risalenti, già dalla pronuncia a sezioni unite del 25 gennaio 2005 (*De Rosa*), in cui la Suprema Corte aveva affermato che l'immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità non si riferisce alla "tempestività temporale" in termini di assolutezza, ma sta ad indicare la precedenza che tale pronuncia deve avere su altri sbocchi decisionali, sempre a condizione che l'immediatezza non penalizzi quel valore – preminente rispetto ad altri – che si rinviene nel principio del contraddittorio. L'art. 129 c.p.p. non può pregiudicare il diritto-dovere del pubblico ministero di modificare la contestazione, da esso derivando solo l'indicazione di come si articolano tra loro i poteri del giudice laddove si sia in presenza di una causa di non punibilità. Consegua da ciò che il provvedimento eventualmente deliberato *de plano* è affetto da nullità di ordine generale, ai sensi dell'art. 178, co. 1 lett. b) e c) c.p.p., sia perché incide negativamente sulla partecipazione al procedimento del pubblico ministero, a cui è precluso l'esercizio di facoltà tese eventualmente a meglio definire e a suffragare l'accusa, sia perché implica la violazione del diritto di difesa dell'imputato³⁶.

Qualche anno dopo le sezioni unite hanno in parte rivisto il proprio orientamento con la sentenza del 28 settembre 2023 (*Domingo*), che si è pronunciata espressamente sul rapporto tra il potere-dovere del pubblico ministero di modificare l'imputazione secondo quanto previsto dall'art. 517 c.p.p. e l'obbligo di immediata declaratoria di una causa estintiva già maturata³⁷. La questione affrontata in quest'ultimo caso riguardava la contestazione suppletiva della recidiva qualificata da parte del pubblico ministero, formulata al momento in cui era già spirato il termine massimo di prescrizione³⁸. Le sezioni unite hanno affermato che laddove si è già in presenza di una causa di non punibilità che il giudice del dibattimento avrebbe dovuto riconoscere e dichiarare ai sensi dell'art. 129 c.p.p., essendogli preclusa ogni ulteriore attività,

unite tra disciplina del diritto d'autore delle opere cinematografiche e cause estintive del reato, in *Cass. pen.*, 6, 2010, 2160 ss.; *Cass.*, Sez. II, 22 ottobre 2015, n. 45160, in *CED Cass. pen.*, 2016; più di recente *Cass.*, Sez. IV, 3 ottobre 2023, n. 44157, in *CED Cass. pen.* 2024. Si consideri, poi, che il nuovo art. 554 *bis* c.p.c., introdotto dalla riforma Cartabia ammette le contestazioni suppletive *in limine litis*, posto che la modifica dell'imputazione, come la contestazione di un reato concorrente o di una circostanza aggravante, possono essere effettuate anche sulla scorta degli atti acquisiti dal pubblico ministero nelle indagini.

³⁶ *Cass.*, Sez. un., 25 gennaio 2005, n. 12283, con nota di VARRASO, *Richiesta di rinvio a giudizio, proscioglimento immediato e «diritto delle parti all'ascolto»*, in *Cass. pen.*, 6, 2005, 1843 ss.

³⁷ *Cass.*, Sez. un., 28 settembre 2023, n. 49935, in *Foro it.*, 2, II, 78.

³⁸ Si vedano le osservazioni di NAPPI, *Contestazione suppletiva e prescrizione del reato*, nota a *Cass. pen.*, Sez. un., 28 settembre 2023, n. 49935, in *www.sistemapenale.it*, 18 dicembre 2023.

il pubblico ministero non può operare la contestazione suppletiva della recidiva. Ciò non comporta che il giudice possa interporre uno sbarramento totale, potendo sempre sollecitare uno specifico contraddittorio sul punto. Tuttavia, ove il giudice non emetta la pronuncia *ex art.* 129 c.p.p., tale omissione non può arrecare pregiudizio all'imputato, facendo rivivere, a seguito della contestazione suppletiva della recidiva qualificata, un reato per il quale era già spirato il termine massimo di prescrizione. D'altra parte, ove il giudice si fosse pronunciato tempestivamente ai sensi dell'art. 129 c.p.p., sarebbe mancato lo iato temporale idoneo a consentire al pubblico ministero di effettuare tale contestazione suppletiva³⁹.

Da siffatte premesse, sorge l'ulteriore quesito se quanto affermato dalle sezioni unite *Domingo* valga solo per la prescrizione o sia principio estensibile a tutte le cause di non punibilità menzionate dall'art. 129 c.p.p. e si riferisca a ogni ipotesi di circostanza aggravante oggetto di contestazione suppletiva ai sensi dell'art. 517 c.p.p. A questo interrogativo risponde la sentenza in rassegna rilevando, in primo luogo, come la questione sia tutt'altro che peregrina posto che, con riguardo alla contestazione della recidiva, diversamente dalla contestazione di tutte le altre aggravanti, l'art. 519 c.p.p. non riconosce all'imputato la possibilità di chiedere un termine a difesa; ciò potrebbe indurre a ritenere che siffatta preclusione abbia inciso sulla soluzione del caso specifico, proprio perché nell'ipotesi della recidiva, e non delle altre aggravanti, l'imputato sarebbe penalizzato dalla mancata previsione di un termine per approntare la difesa. In realtà una simile soluzione esegetica configurerebbe una mera illazione, non confortata, secondo la sezione IV, da una lettura

³⁹ Per approfondimenti sul tema si veda RAFARACI, *Prescrizione del reato e contestazione della recidiva (quale aggravante a effetto speciale)*, nota a Cass., Sez. un., 28 settembre 2023, n. 49935, in *Cass. pen.*, 7-8, 2024, 2154. L'Autore, nell'analizzare la pronuncia in merito alla natura "costitutiva" o "ricognitiva" della contestazione della recidiva (come, invero, di ogni altra circostanza aggravante), rileva come, secondo un orientamento, la contestazione di tale aggravante avrebbe natura costitutiva, dato che la recidiva non rappresenta un mero *status* desumibile dal certificato penale; tale natura «non consente di tener conto, ai fini del calcolo dei termini di prescrizione, dell'aumento di pena derivante dalla recidiva medesima ove questa non sia stata contestata prima dello spirare del tempo necessario a prescrivere il reato nella forma non aggravata». Così, ove sia maturato il termine massimo di prescrizione, la prosecuzione del processo è incompatibile con l'obbligo di immediata declaratoria della causa estintiva del reato; né la contestazione della recidiva, con il conseguente prolungamento dei termini di prescrizione, può comportare la reviviscenza di un reato ormai estinto. Un diverso orientamento ritiene invece che la contestazione suppletiva dell'aggravante avrebbe natura meramente ricognitiva, in quanto ogni circostanza è preesistente alla contestazione e ontologicamente indipendente da essa; di conseguenza, l'aggravante ad effetto speciale sarebbe valutabile, ai fini del calcolo del termine di prescrizione, anche se contestata per la prima volta successivamente al decorso del termine previsto per l'imputazione non aggravata. Le sezioni unite, tuttavia, si sganciano dalla stretta di questa alternativa, reputando fuorviante la contrapposizione fra natura costitutiva e natura dichiarativa della contestazione della recidiva.

complessiva delle sezioni unite *Domingo*. Quel che appare, infatti, decisivo in quella decisione, evidenzia la sentenza in nota, non è tanto l'esigenza di garantire il valore rappresentato dal diritto di difesa, quanto piuttosto la «necessità di porre l'imputato al riparo dal “pregiudizio” che gli sarebbe stato evitato» ove il giudice avesse correttamente adempiuto al proprio dovere di dichiarare una delle cause di non punibilità ai sensi dell'art. 129 c.p.p.⁴⁰ Sicché la mancata sentenza liberatoria arrecherebbe un pregiudizio non consentito all'imputato che di detta decisione avrebbe, invece, dovuto beneficiare.

La decisione in esame passa, quindi, a valutare se quanto affermato dalla *Domingo* sulla preclusione alla contestazione della recidiva nel corso del giudizio una volta decorso il termine di prescrizione sia estensibile al caso scrutinato, in cui la decisione adottata dal Tribunale siciliano ha dichiarato il difetto della condizione di procedibilità del reato come contestato originariamente. La sentenza osserva come non sussistano validi motivi per non ritenere estensibili i principi tracciati dalla *Domingo* all'ipotesi di improcedibilità del reato anzitutto perché l'art. 129, co. 1 c.p.p. considera alla stessa stregua tanto le cause di estinzione del reato quanto l'assenza di una condizione di procedibilità, operando una perfetta equiparazione tra le due situazioni. È pur vero che il co. 2 non menziona le cause di improcedibilità. Ciò non deve, tuttavia, indurre a ritenere che le cause di estinzione del reato abbiano un valore preminente rispetto all'improcedibilità e che questa sia degradata ad ipotesi di “rango inferiore”. Infatti, la carenza della condizione di procedibilità (nella specie querela), precludendo la valida costituzione del rapporto processuale, impedisce – rileva la Suprema Corte, riprendendo un orientamento consolidato – ogni valutazione del fatto e, di conseguenza, la stessa pronuncia di proscioglimento⁴¹.

⁴⁰ Cass., Sez. IV, 21 febbraio 2024, n. 27181 cit., *Considerato in diritto*, punto 3.2.

⁴¹ Cfr. *ibid.* che riprende Cass., Sez. III, 6 luglio 2016, n. 43240, in CED Cass. pen. 2016, dove si afferma che il difetto della condizione di procedibilità impedisce ogni valutazione di merito del fatto imputato e, quindi, anche della pronuncia di proscioglimento (in precedenza cfr. Cass., Sez. V, 17 marzo 2010, n. 24687, in Cass. pen., 2012, 4, 1438). Anche sotto il vigore del codice di rito del 1930, la giurisprudenza non ha mai dubitato di tale assunto, affermando il principio, a cui ha aderito anche la giurisprudenza successiva, secondo il quale le formule di proscioglimento nel merito prevalgono rispetto a quelle per estinzione del reato, ma non su quelle per improcedibilità dell'azione penale (Cass., Sez. V, 7 giugno 1989, n. 2842, Palazzetti, Rv. 182514). Queste ultime, quindi, precludono al giudice di affrontare l'esame del merito, anche al fine di stabilire se esistano le prove evidenti che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto non costituisce reato (Cass., Sez. II, 26 maggio 1967, n. 2367, del Specie, Rv. 105213). Infatti, la mancanza della querela inerisce alla costituzione del rapporto processuale, impedendo lo stesso promovimento dell'azione penale, e così esclude e preclude ogni cognizione di merito del giudice (Cass., Sez. II, 29 febbraio 1972, n. 5466, Ciricofalo, Rv. 121778). Sicché la declaratoria di pieno proscioglimento nel merito in relazione alle ipotesi previste da tale norma

5. *La soluzione adottata.* Nel suo snodo concettuale più originale, la pronuncia della sezione IV depositata nello scorso luglio prende l'abbrivio dalla sentenza delle sezioni unite *Domingo*, nella parte in cui ha affermato che «la omessa pronuncia della doverosa sentenza liberatoria da parte del giudice non può creare un pregiudizio all'imputato che di detta decisione avrebbe dovuto beneficiare, facendo "rivivere", a seguito della contestazione suppletiva della recidiva qualificata, un reato per il quale era già spirato il termine massimo di prescrizione, causa di estinzione che il giudicante avrebbe dovuto riconoscere e che, "ora per allora", va riconosciuta e dichiarata»⁴². Tale conclusione, secondo l'arresto qui annotato, è espressione di un più generale principio, la cui *ratio* è quella «porre l'imputato al riparo dall'esercizio da parte del p.m. di un diritto che le norme processuali riconoscono alla Pubblica Accusa»⁴³. Il tema si presenta particolarmente delicato anche su di un piano teorico-generale posto che «di regola, l'esercizio del diritto è ammesso anche se da esso possono derivare effetti pregiudizievoli per coloro che vengono coinvolti» dal suo esercizio. Tuttavia – continua il Collegio – «... quando il diritto viene esercitato con modalità e per finalità che travalicano le ragioni per le quali viene riconosciuto...» le sue «diverse manifestazioni vengono ricondotte al concetto di abuso del diritto, che, nel peculiare contesto del processo penale, si propone come abuso del processo»⁴⁴.

Fatta questa premessa, la decisione passa ad analizzare il caso portato alla sua attenzione alla luce della categoria ora richiamata e osserva come, nella vicenda scrutinata, la prima udienza di merito si fosse celebrata il 6 febbraio del 2023 e, nel corso della stessa, verificata la regolare instaurazione del contraddittorio, fosse stato aperto il dibattimento e fossero state ammesse le prove, con rinvio all'udienza del 3 aprile 2023. L'iniziativa integrativa del pubblico ministero adottata a tale ultima udienza aveva, pertanto, il «solo scopo di ovviare alla - ormai consolidata - improcedibilità del reato, come originariamente contestato per difetto della prescritta querela»⁴⁵.

Non si era, quindi, in presenza di un ordinario esercizio del diritto di contestazione di una circostanza aggravante per adeguare l'imputazione a quanto

presuppone la valida costituzione del rapporto processuale, esclusa là dove la querela sia mancata o sia intempestiva (Cass., Sez. V, 8 maggio 1992, n. 8260, Piccione, Rv. 191430).

⁴² In questi termini Cass., Sez. un., 28 settembre 2023, n. 49935, in *Foro it.*, 2, II, 78, *Considerato in diritto*, punto 9.

⁴³ Cass., Sez. IV, 21 febbraio 2024, n. 27181 cit., *Considerato in diritto*, punto 3.4.

⁴⁴ Cfr. *ibid.*

⁴⁵ Cfr. *ibid.*, *Considerato in diritto*, punto 4.

era emerso dagli atti processuali, ma, trattandosi di contestazione sopraggiunta all'inutile spirare del tempo, l'unico scopo perseguito era quello di ovviare alla mancata presentazione della querela, travolgendo, così, un effetto connesso all'imputazione originaria e superare l'improcedibilità dell'azione. Muovendo da siffatta scansione, la sentenza rinviene nella *Domingo* il rimedio per porre l'imputato al riparo da un esercizio processuale distorto di un diritto pur pienamente riconosciuto dall'ordinamento al pubblico ministero, allorché sia integrato da quest'ultimo un abuso del processo⁴⁶.

5.1. *L'abuso del processo.* Si tratta, come è noto, della trasposizione, nella sfera processuale, della nozione dell'abuso del diritto che dottrina e giurisprudenza hanno elaborato in ambito sostanziale e che si ravvisa, secondo le linee tracciate a livello pretorio, nel «vizio, per sviamento, della funzione», ovvero in una frode alla funzione, allorché (nel caso più comune) l'imputato abbia abusato dei diritti o delle facoltà che l'ordinamento processuale astrattamente gli riconosce⁴⁷. Da qui il divieto dell'abuso del diritto, vigendo nel nostro sistema un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva⁴⁸.

Buona parte dell'elaborazione giurisprudenziale sull'abuso del processo è sorta per porre un freno alle strategie difensive che, sotto l'abito del preteso diritto, coltivano nella realtà interessi diversi. Dalle linee tracciate dalla giurisprudenza di legittimità emerge il non raro fenomeno di diritti di difesa ritenuti

⁴⁶ Tra le prime e significative pronunce della Consulta sul tema dell'uso distorto di un diritto, in particolare della riproposizione della richiesta di remissione del processo per fini meramente dilatori, si veda Corte cost., 22 ottobre 1996, n. 353, con nota di GREVI, *Un freno all'uso distorto della richiesta di remissione a tutela dell'«efficienza» del processo penale: la parziale illegittimità dell'art. 47 comma 1 c.p.p. (con un corollario sulla correlativa illegittimità dell'art. 37 comma 2 c.p.p. in tema di ricusazione)*, in *Cass. pen.*, 5, 1997, 1276 ss.

⁴⁷ Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, n. 155, con nota di CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensiva*, in *Cass. pen.*, 7-8, 2012, 2444 ss. Il caso scrutinato dalle sezioni unite aveva ad oggetto «...un numero esagerato di iniziative difensive - attraverso il reiterato avvicendamento di difensori in chiusura del dibattimento, la proposizione di eccezioni di nullità manifestamente infondate e di istanze di ricusazione inammissibili - con il solo obiettivo di ottenere una reiterazione tendenzialmente infinita delle attività processuali».

⁴⁸ Per approfondimenti sul tema si vedano *ex multis* CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004, 52; FELICIONI, *L'abuso del diritto nel processo penale*, a cura di Furguele, *Abuso del diritto. Significato e valore di una tecnica argomentativa in diversi settori dell'ordinamento*, Napoli, 2017, 285; CORDOPATRI, *L'abuso del processo. Presupposti storici*, Padova, 2000; NOTARO, *In foro illecito versari. L'abuso del processo fra dimensione etica e risposta penale*, Torino, 2015; ORLANDI, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, a cura di Velluzzi V., *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012, 105; ROMANO, *Abuso del diritto e diritto penale: un pericoloso ossimoro*, in *Cass. pen.*, 2020, 1700; SANTORIELLO, *L'abuso del processo*, Pisa, 2018; SPANGHER, voce *Abuso del processo (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir. Annali*, vol. IX, Milano, 2016, 1.

sconfinanti nello sviamento della funzione⁴⁹. La casistica evoca, ad esempio, i casi di diritti o facoltà processuali cui si appigliano avvocati al solo fine di eccipire strumentalmente, soltanto in sede di legittimità, la nullità dell'avviso di fissazione dell'udienza di riesame per violazione delle norme procedurali, alla cui verifica gli stessi hanno dolosamente dato causa⁵⁰, o il caso in cui si richieda l'interrogatorio non in maniera esplicita e inequivocabile, ma con modalità ambigue⁵¹.

L'ordinamento da sempre si è sforzato di impedire l'utilizzo di istituti processuali non "per" il processo ma "contro" di esso⁵², così da evitare che i presidi di garanzia posti per l'imputato siano da quest'ultimo usati per ritardare la marcia del processo e trarne vantaggi reputati indebiti⁵³. La giurisprudenza ha, così, ritenuto che l'imputato che abusa dei diritti o delle facoltà che l'ordinamento processuale astrattamente gli riconosce, non ha titolo poi per invocare la tutela di interessi che non sono stati effettivamente lesi⁵⁴.

Sebbene parte della giurisprudenza abbia fatto ricorso in più occasioni alla figura dell'abuso del processo per neutralizzare gli atteggiamenti ostruzionistici dell'imputato all'esercizio della giurisdizione, perché non sorretti da alcun autentico interesse processuale, la dottrina ha caldeggiato un approccio più ponderato⁵⁵. Muovendo dall'insegnamento di Francesco Carrara per cui l'imputato si difende dal processo e poi anche, eventualmente, nel processo⁵⁶, un'autorevole voce ricorda come «l'idea che la difesa dal processo costituisca

⁴⁹ Cfr. VOENA, voce *Difesa: III) difesa penale*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1989, 15. Si vedano inoltre COMANDUCCI, *Abuso del diritto e interpretazione giuridica*, a cura di Velluzzi, *L'abuso del diritto*, cit., 19; COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 319.

⁵⁰ Cass., Sez. V, 17 marzo 2021, n. 20891, in *CED Cass. pen.* 2021.

⁵¹ Cass., Sez. II, 14 giugno 2024, n. 28050, in *CED Cass. pen.* 2024.

⁵² GREVI, *Ancora e sempre alla ricerca del processo giusto*, in *Leg. pen.*, 2001, 478.

⁵³ È questo il caso della remissione del processo, in ordine al quale la Corte costituzionale ha ritenuto "costituzionalmente illegittimo l'art. 37 comma 2 c.p.p., nella parte in cui, qualora sia riproposta la dichiarazione di ricusazione, fondata sui medesimi motivi, fa divieto al giudice di pronunciare o concorrere a pronunciare la sentenza fino a che non sia intervenuta l'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la ricusazione (richiamando quanto già rilevato nella sentenza n. 353 del 1996, la Corte ha osservato che la reiterazione della dichiarazione di ricusazione fondata sui medesimi motivi è idonea a determinare la paralisi della funzione processuale, con conseguente compromissione del bene costituzionale dell'efficienza del processo)". Corte cost., 23 gennaio 1997, n. 10, con nota di VENTURA, *Dalla rimessione alla ricusazione: analogie e differenze in ordine alle sorti della sentenza di merito*, in *Giur. cost.*, 1, 1997, 81. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a PERFETTI, *Abuso del diritto, abuso del processo, deontologia*, in *Rass. Forense*, 2008, 831; COMOGLIO, *Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1684.

⁵⁴ Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, n. 155, in *Cass. pen.*, 7-8, 2012, 2410.

⁵⁵ PADOVANI, *A.d.r. sul c.d. abuso del processo*, in *Cass. pen.*, 10, 2012, 3605.

⁵⁶ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, vol. II, Firenze, 1907, 513.

alcunché di censurabile o di giuridicamente “sospetto” non è solo peregrina, è anche pericolosa, perché rappresenta l’anticamera della negazione stessa del diritto di difesa. Essa postula infatti la doverosità, da parte dell’imputato, di un atteggiamento in qualche modo collaborativo (magari espresso soltanto nel divieto, per dir così, di disturbare il manovratore, o i manovratori della vicenda processuale); atteggiamento cui l’imputato non può invece mai essere tenuto ad acconciarsi, men che meno per assicurare la sollecita definizione del procedimento, se questo obiettivo non collima con il proprio interesse»⁵⁷.

Nonostante gli sforzi della giurisprudenza di ricomporlo in termini di positività, l’abuso del processo resta un tema tutt’altro che pacifico, soprattutto nell’ambito del processo penale dove, la peculiarità dei diritti sottesi rovescia i termini della prospettiva rispetto agli altri rami del diritto. A questo deve aggiungersi che, sovente, la giurisprudenza ha stigmatizzato come abuso del processo condotte processuali eterogenee, accomunando i casi in cui l’imputato si era avvantaggiato di situazioni al cui avverarsi non aveva apportato alcun contributo causale a quelle a cui vi aveva volutamente dato causa⁵⁸.

Storicamente, la chiusura del legislatore rispetto alla figura dell’abuso del diritto si rinviene nel fatto che, all’epoca della codificazione, il formalismo giuridico che contrassegnava tale periodo era incompatibile con un divieto volto a reprimere comportamenti abusivi⁵⁹. Il *Code Napoleon*, prima, e il codice civile italiano del 1865, dopo, volutamente non avevano contemplato tale divieto poiché disfarsi dell’apparato formale avrebbe potuto consentirne utilizzi impropri da parte dell’interprete. Ancora oggi il codice civile vigente non prevede una norma che sanzioni, in via generale, l’abuso del diritto. Nella cultura giuridica dell’epoca della codificazione, infatti, attenta a garantire la certezza del diritto o, quantomeno la sua prevedibilità, si avvertiva pulsante il timore della eccessiva latitudine di potere interpretativo che una clausola generale come quella dell’abuso del diritto avrebbe potuto attribuire al giudice; pertanto, queste ragioni indussero il legislatore a non inserire nella stesura definitiva del codice civile italiano del 1942, la norma prevista nel progetto preliminare che, all’art. 7, proclamava in termini generali che «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto». Si optò, così, per una tutela non generale, ma specifica,

⁵⁷ PADOVANI, *A.d.r. sul c.d. abuso del processo*, cit., 3605.

⁵⁸ *Amplius* PALAZZO, *L’abuso del processo e i suoi rimedi tra legalità processuale e legalità sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2012, 3609.

⁵⁹ ASTONE, *Il divieto di abuso del diritto. Diritto scritto e diritto vivente*, Milano, 2017, 4 ss.

per sanzionare l'abuso in relazione a particolari categorie di diritti⁶⁰.

Si deve alla dottrina e alla giurisprudenza francese di inizio Novecento la moderna elaborazione dell'abuso del diritto cui, ancora oggi, pur in assenza di un richiamo normativo, si fa ricorso richiamando l'art. 1134 *code civil*, che pone l'obbligo delle parti di agire secondo buona fede⁶¹. Se in altri paesi europei l'abuso del diritto ha trovato nel corso del tempo una sua collocazione, nei sistemi di *common law*⁶² si continua a escludere che l'esercizio di un diritto possa trasformarsi in illecito, «per la difficoltà di utilizzare concetti come quello di buona fede, che potrebbero consentire al giudice di modificare ex post il contenuto del contratto, contravvenendo alla volontà delle parti»⁶³.

Nella ricostruzione dell'istituto in ambito civilistico interno, i principi della buona fede oggettiva e del divieto di abuso del diritto devono, infine, essere rivisitati alla luce della funzione sociale della proprietà ex art. 42 Cost. In questa prospettiva, essi si integrano a vicenda, rappresentando la buona fede, da un lato, un canone generale che deve lumeggiare la condotta delle parti di un rapporto privatistico, così come l'interpretazione dell'atto giuridico di autonomia privata, dall'altro, il divieto di abuso del diritto, la necessaria correlazione tra poteri conferiti al soggetto e scopo per i quali gli stessi sono attribuiti, tale per cui sussiste abuso ogniqualvolta la finalità perseguita non sia quella consentita dall'ordinamento.

Ecco allora emergere, in maniera dirompente, la problematica declinazione di abuso proiettata nel processo penale, dove il diritto di difesa, quale parametro costituzionale fondamentale, trasfigura a ben vedere lo stesso concetto di abuso. Collocata in un ambito in cui vige e domina il principio di legalità, la nozione di “abuso del processo” finisce, infatti, per soffrire di un'incurabile indeterminatezza che le impedisce di integrarsi nelle maglie del giudizio penale senza che non ne siano erosi almeno in parte i fondamentali principi posti a suo presidio. Proprio «l'indeterminatezza della nozione di “abuso del pro-

⁶⁰ Tra i numerosi e pregevoli contributi sul tema si vedano, *ex multis*, GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963, 79-86; PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di Maniaci, Milano, 2006, 122; DI MARZIO, *Le basi romanistiche del Codice Civile*, Torino, 1950; NEGRI, *Appunti per uno studio sull'abuso del diritto*, in *Jus*, 2009, 1, 107, spec. 112 ss.; SALVI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e di poteri del giudice*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 1, 27 ss.

⁶¹ Cfr. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Il diritto. Enc. giur.*, Milano, 2007, I, 8; GAMBARO, voce *Abuso del diritto - II) diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, vol. I, Roma, 1988, 6 ss.

⁶² Sull'esperienza di *common law* si rinvia a GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, in *Cambridge L.J.*, 22, 1933-1935.

⁶³ TORRI, *Abuso del diritto: entelechia di un istituto. Evoluzione, casistica, profili processuali*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2023, 6, 2 ss. Si veda, altresì, CARPENTIERI, *L'abuso del diritto*, Torino, 2018, 3.

cesso” e il suo proiettarsi, dal terreno dell’oggetto al cielo delle finalità, finisce» – come è stato detto in dottrina – «col disvelare così una prospettiva autoritaria: espressa con misura, in termini suadenti, politicamente corretta (verrebbe quasi fatto di dire), ma pur sempre inevitabilmente autoritaria. Ed è questa una buona ragione per respingerla»⁶⁴.

6. *Il ruolo del pubblico ministero: un “interprete senza partito?”*⁶⁵. Svolti alcuni richiami essenziali alle nozioni di abuso del diritto e del processo, si tratta ora di approfondire come la Corte di cassazione ne abbia fatto ricorso, nella decisione qui annotata, con riferimento alla contestazione suppletiva compiuta dal pubblico ministero al solo fine di ovviare al regime di improcedibilità, introdotto *medio tempore* dalla riforma Cartabia.

In esergo, può ricordarsi, che nell’ordinamento italiano l’indipendenza dei giudici rinviene il proprio fondamento in Costituzione che stabilisce, all’art. 101, co. 2, la loro soggezione soltanto alla legge, con una formula che enuclea i limiti inerenti alla funzione ed esclude interferenze, dirette o indirette, provenienti tanto dall’autorità di governo quanto da qualsiasi altro soggetto. In tale ambito, in cui buona parte della dottrina ritiene di poter includere anche la magistratura requirente⁶⁶, l’indipendenza di quest’ultima si spiega e si giustifica perché, nonostante il ruolo di parte rivestito dal pubblico ministero nella dialettica del processo, il suo compito è quello di rappresentare l’interesse generale dello Stato alla repressione dei reati e al rispetto della legalità⁶⁷. Una siffatta collocazione, essenziale per l’amministrazione della giustizia, tuttavia, non immunizza la figura del pubblico ministero da possibili abusi e la sentenza in commento, senza velare i molteplici profili di criticità che discendono dall’essere la contestazione suppletiva espressione dell’obbligatorietà dell’azione penale, ne offre un esempio⁶⁸.

⁶⁴ PADOVANI, *A.d.r. sul c.d. abuso del processo*, cit., 3605.

⁶⁵ L’espressione è tratta da SATTI, *Interprete senza partito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2022. L’opera, pur se sotto il differente profilo della discrezionalità del giudice amministrativo, affronta la questione, ritenuta indiscussa ed incontrovertibile, che attualmente, nel rapporto tra giudice e legge, emerge una sempre «più accentuata giurisdizionalizzazione della produzione delle regole normative, a discapito della produzione naturale delle stesse da parte del legislatore», lamentando la «fuga verso un diritto sempre più giurisdizionale» (ivi, 17-29).

⁶⁶ NOBILI, *Accusa e burocrazia. Profilo storico-costituzionale*, in AA.VV., *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di Conso, Bologna, 1979, 89 ss. e 122 ss.

⁶⁷ Per approfondimenti cfr., ad es., SPAGNA MUSSO, *Problemi costituzionali del pubblico ministero*, in *Studi di diritto costituzionale*, Napoli, 1966, 17; DOMINIONI, *Azione obbligatoria penale ed efficienza giudiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 869; PIZZORUSSO, *L’organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino, 1990, 37.

⁶⁸ *Amplius* ZANON – BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2019, 249 ss.

Coerente alla logica del processo di parti, l'arresto offre, infatti, un'originale prospettiva la quale, anziché disconoscere *tout court* il potere di contestazione suppletiva del pubblico ministero ove sia decorso il termine trimestrale previsto dalla norma transitoria senza che sia stata presentata la querela, ne coglie, piuttosto, gli aspetti più problematici, ravvisando, in tale contestazione, a determinate condizioni, un possibile sconfinamento nell'abuso del processo, ancorché la pubblica accusa, quale «parte connotata da un interesse giuridicamente qualificato alla realizzazione dell'istanza punitiva»⁶⁹, agisca pur sempre per fini di giustizia, rendendo netta ed evidente la differenza rispetto alle altre parti che perseguono finalità, pur se legittime, necessariamente egoistiche.

Proprio ricorrendo alla categoria dell'abuso, può, tuttavia, essere considerata la scelta del pubblico ministero di “gonfiare” la qualificazione giuridica dei fatti anche attraverso la contestazione di circostanze aggravanti per determinare una modifica sulla competenza o incidere su misure restrittive della libertà, con inevitabile rischio di rarefazione delle garanzie difensive che ne derivano⁷⁰. Lo stesso legislatore, d'altra parte, reputando evidentemente non peregrine simili ipotesi, ha previsto diverse norme a presidio della lealtà processuale del pubblico ministero, nell'intento di prevenire possibili abusi. È il caso dell'art. 63, co. 2 c.p.p., che sanziona con l'inutilizzabilità le dichiarazioni rese da chi doveva essere sentito sin dall'inizio in qualità di imputato/indagato: norma dettata «in funzione deterrente rispetto alle prassi illiberali di sentire una persona senza le garanzie dell'imputato o dell'indagato al fine di poter continuare a svolgere indagini informali, ignorando deliberatamente l'esistenza di indizi di reità a suo carico...»⁷¹; o della disciplina delle contestazioni a catena, in cui il pubblico ministero, in tempi successivi, chiede e ottiene l'emissione di più ordinanze applicative della custodia cautelare nei confronti del medesimo imputato in relazione allo stesso fatto o a fatti che erano comunque già noti

⁶⁹ Per approfondimenti sul tema, più che mai attuale, si rinvia alle considerazioni di RONCO, *Sulla separazione del ruolo del giudice dal ruolo del pubblico ministero*, in *Arch. pen.*, 2011, 321.

⁷⁰ Cfr. BRICCHETTI, *Nullità degli atti: il principio di tassatività all'esame dell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Criminalia*, 2010, 456 ss.

⁷¹ Infatti, secondo Cass., Sez. un., 9 ottobre 1996, n. 1282, «le dichiarazioni della persona che fin dall'inizio avrebbe dovuto essere sentita come indagata o imputata sono inutilizzabili anche nei confronti dei terzi, sempre che provengano da soggetto a carico del quale già sussistevano indizi in ordine al medesimo reato ovvero a reato connesso o collegato con quello attribuito al terzo, per cui dette dichiarazioni egli avrebbe avuto il diritto di non rendere se fosse stato sentito come indagato o imputato...».

Si veda, altresì, Cass., Sez. un., 13 febbraio 1997, Carpanelli, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 600 ss. con nota di SANNA, *Ristretto l'uso delle dichiarazioni autoindizianti*, *ivi*, 603 ss., anche in *Giust. pen.*, 1999, III, c. 75 ss., con nota di RIZZO, *Dichiarazioni indizianti e incompatibilità a testimoniare*.

ab initio, onde spostare in avanti la durata della misura e superare i limiti stabiliti dalla legge e, per evitare il quale, l'art. 297, co. 3 c.p.p. prevede un'apposita disciplina come argine a una prassi illegittima⁷². Va qui ricordato, infatti, che la Corte costituzionale ha ritenuto costituzionalmente illegittimo l'art. 297, co. 3 c.p.p., nella parte in cui non si applica anche a fatti diversi non connessi, quando risulti che gli elementi per emettere la nuova ordinanza erano già desumibili dagli atti al momento della emissione della precedente ordinanza⁷³, ribadendo come, in una cornice normativa attenta a calibrare l'intera disciplina dei termini di durata delle misure limitative della libertà personale, nessuno spazio può residuare in capo agli organi titolari del potere cautelare di scegliere il momento a partire dal quale possono essere fatti decorrere i termini custodiali, ove sussistano una pluralità di titoli e di fatti reato cui essi si riferiscono. Nella medesima direttrice di controllo dell'operato del pubblico ministero si pone, tra l'altro, la nuova previsione codicistica sulla retrodatazione del termine di inizio delle indagini preliminari, introdotta dal d.lgs. n. 150/2022 che, all'art. 335 *quater* c.p.p. di nuovo conio, sotto la rubrica "*accertamento della tempestività dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato*", ha previsto un potere di sindacato sull'attività del pubblico ministero. Si è cercato, così, di rimediare all'impostazione della giurisprudenza di legittimità che, a far tempo dalla sentenza a sezioni unite 21 giugno 2000 n. 16⁷⁴,

⁷² Cass., Sez. un., 28 maggio 2020, n. 23166, in *Cass. pen.*, 2020, 12, 4516.

⁷³ Ad avviso della Consulta, infatti, «premesso che la disciplina in tema di divieto di contestazione a catena per fatti diversi, introdotta nel 1995, risultando applicabile solo per fatti diversi commessi anteriormente alla emissione della prima ordinanza in relazione ai quali sussiste connessione qualificata ai sensi dell'art. 12 comma 1 lett. b) e c) c.p.p., limitatamente ai casi di reati commessi per eseguire gli altri, può determinare, in tema di reati non commessi, un illegittimo prolungamento dei termini di custodia cautelare se il p.m. diluisce nel tempo le contestazioni dei singoli reati, anche allorché risulti che gli elementi per emettere la nuova misura fossero già desumibili dagli atti al momento della emissione della precedente ordinanza, l'esclusione della retrodatazione dei termini di durata in relazione a reati diversi non avvinati da una connessione cosiddetta "qualificata", risulta del tutto ingiustificata nelle ipotesi in cui, al momento dell'emissione della prima ordinanza, erano già desumibili dagli atti gli elementi che hanno legittimato l'emissione delle ordinanze successive, sicché il regime di garanzia approntato dal legislatore nel caso in cui tra i diversi titoli sussista un nesso di connessione qualificata, a maggior ragione dovrà operare in tutti i casi in cui, pur potendo i diversi provvedimenti coercitivi essere adottati in un unico contesto temporale, per qualsiasi causa l'autorità giudiziaria abbia invece prescelto momenti diversi per l'adozione delle singole ordinanze». Corte cost., 3 novembre 2005, n. 408, in *Cass. pen.*, 2006, I, 19, con nota di ROMEO, *Osservazione a Corte Cost. n. 408 del 2005*, ivi, 23 ss.

⁷⁴ Secondo le sezioni unite, infatti, «l'apprezzamento della tempestività dell'iscrizione, il cui obbligo nasce solo ove a carico di una persona emerga l'esistenza di specifici elementi indiziari e non di meri sospetti, rientra nell'esclusiva valutazione discrezionale del p.m. ed è sottratto, in ordine all'*an* e al *quando*, al sindacato del giudice, ferma restando la configurabilità di ipotesi di responsabilità disciplinari o addirittura penali nei confronti del p.m. negligente». Così Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, n. 16, con nota di VITALE, *Nullità assoluta e inutilizzabilità delle prove nel «nuovo» giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 7-8,

aveva ritenuto di sottrarre l'apprezzamento giudiziale della tempestività dell'iscrizione, ritenendola prerogativa discrezionale del pubblico ministero⁷⁵, nonostante il rischio, ben colto da autorevole dottrina all'indomani dell'introduzione del nuovo codice di rito, che i termini delle indagini preliminari potessero generare schermaglie tattiche tra le parti processuali⁷⁶.

6.1. *La soluzione accolta dalla sentenza.* Nella soluzione del caso, la sezione IV tiene a sottolineare come la questione dei limiti al potere di contestazione suppletiva del pubblico ministero, pena l'integrazione di un abuso del processo, non ruoti attorno al suo indiscusso diritto-dovere di modificare l'imputazione con le modalità previste dall'art. 517 c.p.p.⁷⁷, né alle prerogative a lui riservate, il cui esercizio non necessita di alcuna previa autorizzazione del giudice⁷⁸, ma alla necessità di verificare se, nella vicenda scrutinata, si sia inteso o meno esercitare il diritto-dovere di contestazione per gli scopi suoi propri. Spetta al giudice, infatti, il compito di valutare se debba essere preclusa alla pubblica accusa, non già il suo compito ordinario di conformare l'imputazione alle emergenze processuali, quanto il ricorso a tale potestà per finalità ultronee.

Ma come può il giudice accertare che il pubblico ministero, pur esercitando facoltà proprie riconosciutegli dall'ordinamento, ne ha in concreto abusato? Tratto qualificante dell'abuso sembra potersi individuare, in generale, nel carattere oggettivamente "inappropriato" dello strumento processuale utilizzato rispetto alle finalità astrattamente contemplate dall'ordinamento⁷⁹, dovendosi

2001, 2034.

⁷⁵ Per approfondimenti sul tema si rinvia CONTI, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 142 ss.; NOCERINO, *La durata delle indagini e il controllo giurisdizionale sui tempi del procedimento*, in *Cass. pen.*, 7, 1 luglio 2023, 2616.

⁷⁶ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1995, 703. Ben si comprende, quindi, come il riconoscimento in capo al giudice del potere di ordinare al titolare delle indagini, con decreto motivato, di provvedere all'iscrizione (previsto dal nuovo art. 335-ter c.p.p.), in uno con la disciplina della retrodatazione su impulso di parte ex art. 335-quater c.p.p., mirino ad intervenire sul delicato tema del ricalcolo del termine di durata delle indagini e, di conseguenza, sulla inutilizzabilità degli esiti delle attività espletate *ex post*. Per Cass., Sez. I, 11 luglio 2024, n. 36918, in CED Cass. pen. 2024, «chi intenda eccepire l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese, in violazione degli artt. 61 e 63 c.p.p., da un soggetto il cui nome è stato tardivamente iscritto dal pubblico ministero nel registro delle notizie di reato, deve necessariamente presentare richiesta di retrodatazione dell'iscrizione, nelle forme ed entro i termini prescritti dall'art. 335-quater c.p.p.».

⁷⁷ Cass., Sez. IV, 3 ottobre 2023, n. 44157, in CED Cass. pen. 2024.

⁷⁸ *Ex plurimis* Cass., Sez. IV, 4 ottobre 2023, n. 48347, in *Guida dir.*, 2024, 3; Cass., Sez. III, 15 dicembre 2017, n. 29877, in CED Cass. pen. 2018.

⁷⁹ PAOLOANTONIO, *Abuso del processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir. Annali*, II, Mi-

riconoscere un abuso del processo, come sintetizzano le sezioni unite, in ogni scelta processuale che abbia «finalità oggettivamente non già solo diverse ma collidenti (“pregiudizievoli”) rispetto all’interesse in funzione del quale il diritto è riconosciuto»⁸⁰. Così, ogniqualvolta si aspiri alla realizzazione di un vantaggio contrario allo scopo per cui il diritto stesso è stato riconosciuto, con un impatto pregiudizievole tanto sulla situazione giuridica della controparte, quanto sui valori generali tutelati dal processo penale, la relativa condotta non dovrebbe ammettere tutela⁸¹. In tale contesto è opportuno considerare che il d.lgs. 150/2022, in linea con gli obiettivi tracciati dal PNRR, si propone di deflazionare e ridurre i tempi processuali, come stabilito dalla L. 27 settembre 2021, n. 134 recante la “delega al governo per l’efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari” che, all’art. 1, co. 15, allarga i margini della procedibilità a querela, nell’ambito di una più estesa strategia politico-criminale funzionale al miglioramento dell’efficienza del processo penale. Inoltre, il d.lgs. 150/2022, recependo una prassi diffusa in giurisprudenza e dettata da intenti dichiaratamente deflattivi, ha introdotto, in ossequio alla previsione contenuta nella legge delega, la disposizione di cui all’art. 152, co. 3, n. 1) c.p., in virtù della quale vi è remissione tacita di querela quando il querelante, senza giustificato motivo, non compare all’udienza alla quale è stato citato in qualità di testimone⁸². Posto, quindi, che il legislatore ha voluto rimettere alla persona offesa la valutazione anche dell’attualità dell’interesse alla pretesa punitiva, la scelta del pubblico ministero di effettuare una contestazione suppletiva al solo fine di ripristinare la procedibilità d’ufficio, riflette una scelta quanto meno disarmonica sia rispetto al dettato normativo di ultimo conio sia rispetto alle finalità proprie che giustificano l’attribuzione del potere di contestazione suppletiva.

Ove effettivamente si riscontri tale sviamento, esso deve restare privo di effetto, in modo che non si traduca in un pregiudizio per l’interesse o il diritto dell’altra parte processuale, sì da neutralizzare la destrezza con cui, in un processo di parti, è la pubblica accusa a profittare di tali circostanze. La previsio-

lano, 2008, 2.

⁸⁰ Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, n. 155, cit.

⁸¹ CATALANO, *L’abuso del processo*, cit., 38 e ss.

⁸² La richiamata disposizione ha, così, “codificato” l’orientamento della giurisprudenza di legittimità in forza del quale integra remissione tacita di querela la mancata comparizione all’udienza dibattimentale del querelante, laddove previamente ed espressamente avvertito dal giudice che l’eventuale sua assenza sarà interpretata come fatto incompatibile con la volontà di persistere nella querela. Cass., Sez. un., 23 giugno 2016, n. 31668, in *Foro it.*, 2016, 10, II, 553.

ne di tale inefficacia, introduce così l'unico rimedio esperibile, una sorta di "sanzione innominata", volta a ripristinare la simmetria alterata dall'abusato diritto.

La Corte, però, opportunamente mette in guardia sulla necessità di rifuggire da ogni standardizzazione, poiché l'eventuale abuso deve essere colto nella specificità del singolo caso. Le nuove contestazioni, infatti, mirano proprio ad assicurare la necessaria correlazione tra accusa e sentenza, il che implica conseguentemente che il pubblico ministero possa intervenire sull'enunciazione nell'atto che instaura il giudizio, al fine di adeguarla a quanto emerge dalle prove raccolte e far sì che il dibattimento possa proseguire, garantendo la conformità della decisione alla fattispecie concreta così come corretta ed ampliata. Del resto, il potere di effettuare una nuova contestazione costituisce una prerogativa propria del pubblico ministero che inerisce all'esercizio dell'azione penale, la cui obbligatorietà è prevista a livello costituzionale dall'art. 112; tale potere si pone come asse portante del processo penale sia nella prospettiva accusatoria, quale estrinsecazione di un dovere funzionale del pubblico ministero di contestare all'imputato un'aggravante che si ritenga sussistente, sia nella prospettiva difensiva, assicurando all'imputato di essere messo in condizione di conoscere in maniera completa gli addebiti che gli sono mossi. Lo scopo della contestazione, tanto originaria quanto suppletiva è, infatti, quello di delimitare la *vis* espansiva dell'accusa e consentire all'imputato di approntare un'adeguata difesa, in ossequio all'art. 24 Cost. D'altra parte, non sono poche le pronunce anche recenti in cui la Corte di legittimità ha reputato legittimo tale atto propulsivo del pubblico ministero, proprio per non compromettere i valori tutelati dagli artt. 3 e 112 Cost., evidenziando come l'esercizio del potere di contestazione suppletiva dell'aggravante, come riconosciuto dall'art. 517 c.p.p., non preveda decadenze o limitazioni, neppure nel caso in cui tale circostanza fosse emersa già prima dell'esercizio della azione penale⁸³.

Muovendo dalle sezioni unite *Domingo*, la sentenza in commento ancora una volta rileva come in quel caso la contestazione della recidiva non rispondeva alla necessità di adempiere al dovere di esercizio dell'azione penale, ma aveva come unico scopo quello di travolgere l'effetto estintivo, in realtà già prodotto, ed aggirare l'intervenuta estinzione del reato. Allo stesso modo integra un abuso del processo la contestazione di un'aggravante che non sia ancorata a dati nuovi incontestabili, ma che abbia come solo ed esclusivo scopo quello di

⁸³ Cass., Sez. V, 21 gennaio 2025, n. 4767, in CED Cass. pen. 2025.

aggirare la dichiarazione di improcedibilità del reato⁸⁴.

La pronuncia, nel far propri i principi affermati dalle sezioni unite, rammenta come l'art. 129, co. 1 c.p.p. assolve ad una funzione ancillare al principio della ragionevole durata del processo, ponendosi come norma di portata generale di tenuta del sistema che, nella prospettiva di privilegiare l'*exitus processus* ed il *favor rei*, impone al giudice il proscioglimento immediato dell'imputato, al ricorrere di determinate tassative condizioni nella consapevolezza che, per dirla con Carnelutti, «il processo penale è di per sé una pena»⁸⁵.

7. Riflessioni conclusive. L'abuso del processo – non diversamente dall'abuso del diritto dal quale è germinato – calato nell'ambito della giustizia penale pone problemi ulteriori all'interprete, non tanto in linea teorica, quanto in un'ottica funzionale sotto il profilo dei rimedi, della sanzione atipica o innominata di privare di effetto l'esercizio asseritamente sviato del diritto⁸⁶. La sanzione, si sa, «interviene a correggere la dissimmetria» e ricostruire l'ordine violato⁸⁷, ma si può pensare ad una simmetria alterata nel processo penale in cui è immanente un fisiologico squilibrio?

La “parità di armi” tra le parti del processo, che la Corte europea dei diritti dell'uomo fa da tempo discendere dalla nozione di “processo equo” previsto dall'art. 6 C.E.D.U.⁸⁸, fa parte, oggi, dei principi del giusto processo, espressamente contemplato dal novellato art. 111 Cost., che prevede che “ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità”⁸⁹. Già il dato testuale sembra escludere, dal cerchio della parità, la fase del procedi-

⁸⁴ Cass., Sez. un., 28 settembre 2023, n. 49935, in *Foro it.*, 2024, 2, II, 78. Cfr. Cass., Sez. I, 15 luglio 2015, n. 39358, in *Guida dir.*, 2015, 49-50, 74.

⁸⁵ CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Roma, 1947, 5; Id., *Pena e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, 161 ss. Più in generale sulla pena si veda il sempre attuale RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996.

⁸⁶ Come nel caso emblematico, più volte enunciato, in cui la Corte di legittimità ha negato la nullità in astratto determinata dal rifiuto di rinviare ex art. 108 c.p.p. un processo che aveva visto il susseguirsi di continui avvicendamenti di difensori (sentenza Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, n. 155, con nota di CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensiva*, cit.).

Allo stesso modo, con un approdo ormai consolidato, la giurisprudenza ritiene che l'uso arbitrario della facoltà riconosciuta dall'ordinamento processuale circa la nomina di un nuovo difensore a seguito di rinuncia, revoca o incompatibilità del precedente, sfoci in una patologia processuale qualora a suo dire sia mero strumento di paralisi e ritardo del procedimento. In questi termini Cass., Sez. V, 28 giugno 2018, n. 43593, in *Dir. giust.*, 2018, 3.

⁸⁷ D'AGOSTINO, voce *Sanzione (teoria generale)*, in *Enc. del dir.*, XLI, Milano, 1989, 308.

⁸⁸ FANOTTO, *Il diritto ad un equo processo nel prisma della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Habeas corpus. Tutela multilivello della libertà personale*, a cura di Mezzetti-Romano, Pisa, 2023, 87.

⁸⁹ ILLUMINATI, *I principi generali del sistema processuale penale italiano*, in *Pol. dir.*, 1999, 305.

mento⁹⁰. Ma a smorzare l'enfasi sul declamato principio di parità, è intervenuta a più riprese la Corte costituzionale che, con un certo disincanto, ha chiarito che la parità tra accusa e difesa non comporta necessariamente l'identità tra i poteri processuali del pubblico ministero e dell'imputato, in quanto il processo penale è dotato di un ineliminabile squilibrio di posizioni tra i due antagonisti principali⁹¹. A ben guardare, peraltro, tra le pieghe dell'anelata parità potrebbero annidarsi risvolti non sempre vantaggiosi. Come rilevato efficacemente da un'autorevole dottrina, «l'attuazione cieca e letterale del principio di parità» tra le parti, condurrebbe a situazioni grottesche come, ad esempio, l'obbligo per il difensore di produrre anche gli elementi a carico del proprio assistito, eventualmente emersi nell'investigazione⁹². Così contestualizzato il tema, la Cassazione con la decisione in commento si è lodevolmente adoperata ritenendo sussistente un abuso del diritto da parte del pubblico ministero e, mettendo in guardia dal pericolo di standardizzazione, ha chiarito come la sussistenza di tale abuso debba essere verificato “*case by case*”.

Munire il giudice del potere di sindacare le condotte devianti della pubblica accusa⁹³ può essere, così, la strada per ristabilire l'armonia alterata all'interno del prisma del giusto processo⁹⁴. Senza con ciò oscurare i delicati profili che

⁹⁰ UBERTIS, voce *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enc. Dir.* Annali II (t. I), Milano 2008, 43. Meno recenti ma sempre attuali le riflessioni di CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona. II - Le garanzie fondamentali*, Milano, 1984, 27.

⁹¹ Corte Cost. 26 febbraio 2020, n. 34, con nota di SPANGHER, *La pena resta inappellabile per il p.m.: 'decisione corretta' motivazione inadeguata*, in *Cass. pen.*, 6, 2020, 2358B.

In termini altrettanto chiari si è espressa Corte cost., 30 luglio 2003, n. 286, in *Giur. cost.*, 2003, 4, laddove ha affermato, con riguardo alle spese di giustizia nel processo penale, che «... il principio della parità delle parti trova la sua concretizzazione nell'eguale diritto alla prova e nella regola che questa deve formarsi in contraddittorio, ma non comporta che i poteri e i mezzi di cui le parti sono dotate debbano essere gli stessi e, del resto, nel processo penale, atteso l'ineliminabile squilibrio di posizioni, il problema non è quello della rifusione delle spese da parte dello Stato nel caso di infondatezza dell'azione penale esercitata, quanto piuttosto quello della individuazione di ipotesi di responsabilità conseguenti all'esercizio dell'azione penale e più in generale dell'attività giudiziaria nei casi di dolo e colpa grave».

⁹² Così FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2012, 113.

Si consideri, infatti, che per l'indagato non è previsto l'obbligo speculare, stabilito dall'art. 358 c.p.p., che impone al pubblico ministero di svolgere “*accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini*”.

⁹³ Sulla figura del pubblico ministero si veda, tra tanti, ORLANDI, *Pubblico ministero (ufficio del)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, 1094; ZANON, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, 1996, 18 ss.; CHIEFFI, *La magistratura. Origini del modello costituzionale e prospettive di riforma*, Napoli, 1998, 125; DAGA, *Pubblico ministero (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, 3; BIGNAMI, *L'indipendenza interna del pubblico ministero*, in *Quest. giust.*, 2018, I, 2; GAMBINO, *La magistratura nello stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Milano, 2004, 32 ss.

⁹⁴ D'altra parte, l'ordinamento ha già sperimentato strumenti di tutela volti a ripristinare l'asimmetria di un rapporto, il cui utilizzo è riconosciuto in forma “selettiva”, in favore del solo soggetto debole del rapporto, al fine di assicurarne la protezione. Il riferimento è alle c.d. nullità di protezione, su cui anche

conseguono ogniqualvolta si apra un varco nel tessuto formale del diritto per immettervi un correttivo informale, affinché, in quel varco, per usare un'immagine felicemente proposta, non penetri «qualsiasi corpo estraneo»⁹⁵, si renderà quanto mai necessario un ricorso autenticamente prudente – che non significa timoroso – alla categoria dell'abuso del processo vuoi rispetto all'esercizio della difesa vuoi rispetto all'esercizio delle prerogative del pubblico ministero.

LUISA TALDONE

di recente si è pronunciata la Cass. civ., Sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Rivista del Notariato*, 2, 2020, 327, con nota di RINALDO, *Quando la nullità ("selettiva") invocata dall'investitore trascende in abuso*.

⁹⁵ SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *La parte generale del diritto civile*, 2, *Il diritto soggettivo*, a cura di Alpa-Graziadei-Guarnieri-Mattei-Monateri-Sacco, Torino, 2001, 281-373 e 321.