

QUESTIONI APERTE

Condizioni di procedibilità

La decisione

Condizioni di procedibilità - Querela - Elemento essenziale del reato - Modifiche legislative - Esclusione procedibilità a querela - Effetti - *Tempus regit actum* - (C.p., artt. 2, 646; C.p.p., artt. 336, 673; D.lgs. n. 36 del 2018).

Il giudice dell'esecuzione non può revocare la condanna rilevando la mancata integrazione dei presupposti di procedibilità. Il sopravvenuto regime di procedibilità a querela, non integrando un elemento costitutivo della fattispecie penale, da cui dipenda la sua accertabile esistenza, non è idoneo a produrre l'abolitio criminis, capace di prevalere sul giudicato e di determinare la revoca della sentenza di condanna in sede esecutiva.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE PRIMA, 16 gennaio 2020 (c.c. 03 novembre 2019) - MAZZEI, *Presidente* - BONI, *Relatore* - SPINACI, *P.G.*, (*diff.*) - Cela, *ricorrente*.

L'insensibilità del giudicato penale al mutamento del regime di procedibilità dell'azione

Lo scritto ripercorre gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che negli anni si sono avvicinati nel definire la natura giuridica della querela, si sofferma, poi, sulla novella legislativa che ha modificato il regime di procedibilità del reato previsto dall'art. 646 c.p., e analizza, infine, la *ratio* della riforma e le prime storture applicative.

The insensitivity of the criminal judgment to change of the action procedure

The paper traces the doctrinal and jurisprudential guidelines that over the years have taken turns in defining the legal nature of the lawsuit, and then dwells on the legislative news that changed the procedure for prosecuting the lawsuit for the crime received by art. 646 of the Penal Code. Finally, it analyzes the ratio of the reform and the first application distortions.

SOMMARIO: 1. La Corte rigetta l'interpretazione della natura "ibrida" della querela. - 2. I percorsi esegetici sulla natura giuridica della querela. - 3. La giurisprudenza: dalla natura ibrida della querela al principio dell'applicazione della norma più favorevole. - 4. La modifica del regime di procedibilità: la *ratio* della riforma. - 5. Dubbi sulla legalità e ragionevolezza dei risvolti applicativi della riforma.

1. *La Corte rigetta l'interpretazione della natura "ibrida" della querela. A seguito dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 36 del 2018, sul presupposto della sopravvenuta modifica del regime di procedibilità dell'azione penale per il reato di cui all'art. 646 c.p., nel caso di specie veniva proposto incidente di esecuzione al fine di chiedere la revoca della condanna. Il giudice dell'esecuzione rigettava l'istanza sulla base di una duplice argomentazione: preliminarmente,*

dichiarava l'ininfluenza della modifica del regime di procedibilità dell'azione penale in ordine al reato di appropriazione indebita poiché tale modifica interveniva successivamente alla formazione del giudicato e, poi, riscontrava comunque in atti l'avvenuta proposizione della querela. Tali argomentazioni sono state condivise dalla sentenza che qui si annota.

La Corte di cassazione, pur prendendo atto della nuova natura dell'appropriazione indebita - ora sempre procedibile a querela della persona offesa¹ - e pur non mettendo in discussione le posizioni assunte dalla giurisprudenza precedente in relazione all'applicabilità dell'art. 2 c.p. in riferimento alla modifica *de qua*² ed all'interpretazione della querela quale istituto di natura mista (sia sostanziale che processuale)³, ha sottolineato come tali interpretazioni debbano essere riferite a rapporti processuali attualmente trattati in sede di cognizione per reati commessi in data antecedente alla novella e, pertanto, non siano applicabili alla fase di esecuzione.

Quanto all'operatività dell'art. 2, co. 4, c.p., se ne è ribadita l'inapplicabilità ai casi in cui sia già intervenuta una sentenza irrevocabile.

Sulla natura giuridica della querela la Corte, riprendendo il principio di diritto già espresso dalla Sezioni unite⁴, ha escluso che il giudice dell'esecuzione possa revocare una sentenza di condanna a fronte della rilevata mancanza dei presupposti di procedibilità. In effetti, il sopravvenuto regime di procedibilità a querela, non integrando un elemento costitutivo del reato, da cui dipenda la sua accertabile esistenza, non potrebbe comportare l'*abolitio criminis*.

In altre parole, la modifica della condizione di procedibilità non può prevalere sul giudicato e condurre alla revoca della sentenza di condanna avendo la querela natura strettamente processuale ed essendo soggetta al principio del *tempus regit actum*.

2. I percorsi esegetici sulla natura giuridica della querela. La posizione assunta dalla Corte di cassazione probabilmente non ha ben considerato le diverse interpretazioni che negli anni sono state fornite da dottrina e giurisprudenza circa

¹ Tranne nel caso in cui ricorrano le ipotesi previste dall'art. 11 del D.lgs., per le quali è stato mantenuto il regime di procedibilità d'ufficio in presenza di circostanze aggravanti ad effetto speciale.

² Idoneo a determinare l'attuazione del precetto penale e da consentire l'applicazione retroattiva delle disposizioni favorevoli all'imputato anche in tema di sostituzione del regime di procedibilità d'ufficio con quello di procedibilità a querela.

³ Cass., Sez. un., 21 giugno 2018, Salatino, in *Mass. Uff.*, n. 273552; Id., Sez. II, 17 aprile 2019, Sibio, *ivi*, n. 276651; Id., Sez. II, 18 giugno 2019, Mumlek, *ivi*, n. 276540; Id., Sez. II, 8 novembre 2018, Razzaq, *ivi*, n. 274734.

⁴ Cass., Sez. un., 21 giugno 2018, Salatino, cit.

la natura della querela⁵.

L'evoluzione interpretativa sul punto ha subito nel corso degli anni imponenti mutamenti e tortuosa è stata la traiettoria che ha disegnato la strada per identificarne la configurazione. Secondo il codice penale⁶ "in quanto la querela accade a taluni reati per condizionarne la punibilità, è un elemento essenziale del reato"⁷. In maniera ancor più chiara la Relazione al progetto definitivo di quel codice⁸ affermava che "costituendo la querela una condizione di punibilità⁹, il reato non sorge se la persona offesa non creda di querelare e non è concepibile la denuncia di un reato che giuridicamente ancora non esiste"¹⁰. Nel tempo la querela è stata diversificata da tutte le altre forme di denuncia, poiché in essa è stato riconosciuto oltre al significato sostanziale, anche un intimo significato processuale¹¹, potendo condizionare l'attuazione del diritto penale obiettivo¹². Assegnandole valore processuale la dottrina affermava che essa, sollecitando gli organi dell'attività giurisdizionale, determinava l'inizio del processo. La manifestazione della volontà di querelare, quindi, era concepita come condizione di attuazione del diritto in generale, rendendo perciò evidente che la querela costituisse il diritto di azione (un'azione penale privata); di contro, la manife-

⁵ CRISAFULLI, *Sulla natura giuridica della querela*, Milano, 1934, 3 ss. BATTAGLINI, *La querela*, Torino, 1958; CANDIAN, *La querela*, Milano, 1951; DINACCI, *Querela*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, 1987, 39 ss.; CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, 216; ID., *Giustizia penale minorile e legalità costituzionale*, in *Giust. pen.*, 1980, II, 254 ss.; ID., *Profili sistematici del falso documentale*, Napoli, 1979, 12 ss. GRISPIGNI, *Il consenso dell'offeso*, Roma, 1924, 372; ALIMENA, *Principi di procedura penale*, Napoli, 1914, 296; ed inoltre per una critica ancora attuale PAOLI, *L'intervento dell'attività privata nell'esercizio dell'azione penale*, Firenze, 1913, 130 ss. RICCIO, *La natura giuridica della querela*, 1934, 71 ss.; di diversa opinione CONSO, voce *Atti processuali*, in *Enc. Dir.*, 1959, 152 ss.; SABATINI, *Il pubblico mistero nel diritto processuale penale*, 1948, 152 ss.; TRAMONTI, *Della querela: studio storico-esegetico*, Palermo, 1950, 14 ss.

⁶ Artt. 9 ss. c.p.

⁷ Art. 120 c.p.

⁸ Relazione al progetto definitivo del codice penale (Vol. V, parte I, 178).

DELITALA, *Le dottrine generali del reato nel Progetto Rocco*, in *Osservazioni intorno al Progetto preliminare di un nuovo codice di penale*, Milano, 1929, 67 ss. ID., *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, 106.

⁹ LEONE, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Napoli, 1950, 11 ss.

¹⁰ CRISAFULLI, *La giustizia punitiva del nuovo codice*, Messina, 1934. *Relazione introduttiva al codice di procedura penale*.

¹¹ LANZA, *Sulla natura giuridica della querela*, Palermo, 1911, 14 ss.; SALTELLI, *Sulla natura giuridica della querela*, in *Annali di dir. e proc. pen.*, 1935, 834 ss.

¹² LANZA, *Principi di dir. proc. pen.*, Roma, 1914, 55 ss.; nello stesso senso RANIERI, *L'azione penale*, 1928, 65 ss.

stazione di volontà dell'organo dell'attività amministrativa costituiva l'azione penale pubblica¹³.

Proprio dal concetto di condizione la dottrina ha fatto discendere il concetto di azione in generale, ed in particolare quello dell'azione penale¹⁴.

La querela, quindi, rappresentava il concretizzarsi della potestà che il diritto penale concedeva agli offesi o danneggiati dal fatto criminoso di dar moto al procedimento. Essa era inquadrabile come diritto di azione¹⁵.

Insomma, intervenuta “la querela, l'iniziativa del pubblico ministero discendeva dalla legge, così come si verificava per la denuncia o qualsiasi altro veicolo di conoscenza della notizia”¹⁶.

Di diverso avviso erano i sostenitori della teoria sostanzialista. Per questi ultimi la querela si identificava in una condizione obiettiva di punibilità¹⁷ (art. 44 c.p.). Nello specifico era qualificata come un “*quid* che in talune previsioni della legge penale sarebbe stato aggiunto alla enunciazione del fatto in senso stretto quale presupposto del terzo elemento essenziale del *crimen*, costituito dalla punibilità (diritto di punire in astratto)”¹⁸.

Ma per poter includere la querela nelle condizioni di punibilità, bisognava intenderla quale istanza di punizione; ed emergeva subito che se era esatto considerare l'istanza di procedimento del lesa come l'elemento per il quale si avverava la condizione di procedibilità, le cose non stavano allo stesso modo ove si considerasse la istanza di punizione del privato come la realizzazione della condizione di punibilità¹⁹. Al più poteva seguirsi la tesi secondo cui, per parlare di istanza di punizione, occorreva poter configurare la querela come una condizione della pena.

¹³ CHIAVARIO, *Riflessioni sul principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, Milano, 1977, 77 ss.; Id., *Appunti sulla problematica dell'azione nel processo penale italiano: incertezza, prospettive, limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 864.

¹⁴ VANNINI, COCCIARDI, *Manuale di diritto processuale penale*, Milano, 1973, 43 ss.; BATTAGLINI, *La querela*, cit. 142 ss.; SANTORO, *Querela*, cit., 645 ss.; LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, 1972, 254.

¹⁵ Ed infatti la norma di riferimento (art. 104 c.p.p. 1930 stabiliva che: “ogni persona, che si pretenderà offesa o danneggiata da un reato, potrà portarne querela”, di conseguenza la querela assumeva un carattere ed un significato del tutto specifico per i processi aventi ad oggetto i delitti di azione privata, in quanto l'attuazione del diritto penale obiettivo era soltanto relativamente ad essi condizionata alla manifestazione di volontà della persona offesa.

¹⁶ DINACCI, *Querela*, cit., 49 ss.

¹⁷ BRICOLA, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Nuovis. Dig.*, XIV, 1967, 600; CURATOLA, *Condizioni obiettive di punibilità*, in *Enc. Dir.*, 1986, 345. Sul rapporto tra discrezionalità ed autonomia privata, MESSINA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Roma, 1986, 17 ss.

¹⁸ BATTAGLINI, *Il diritto di querela*, cit., 143 ss.

¹⁹ LEONE, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Napoli, 1950, 11 ss.

Senonché la privata doglianza non aveva a che fare né con il diritto di punire in astratto, cioè con la punibilità stabilita dal legislatore, né con il diritto di punire in concreto, ossia con la pena da dichiararsi del giudice.

Successivamente, ritenuta non appagante né la prima né la seconda teoria, altro orientamento prese in considerazione la cosiddetta natura mista o duplice (sostanziale e processuale), che si fondava sul convincimento formatosi in alcuni studiosi, secondo cui la privata doglianza aveva sì carattere sostanziale, ma non poteva tuttavia negarsi il suo carattere processuale, essendo un istituto destinato e coordinato al fine della instaurazione del procedimento penale²⁰.

Per queste ragioni si riteneva che la materia dovesse essere regolata sia nel codice penale sia in quello di procedura penale.

Precisamente, nella legge processuale dovevano trovare sede le disposizioni relative al modo di proporre querela e all'autorità avanti alla quale proporla²¹, mentre dovevano rimanere di pertinenza del codice penale le norme che si riferivano all'essenza e alla titolarità del diritto di querela, che fissavano le condizioni di capacità per esercitarlo. Da ciò poteva definirsi la querela come un negozio giuridico misto²², fatto di aspetti di diritto sostanziale in rapporto alla soggettività del diritto di querela e di aspetti di diritto formale in rapporto alle modalità del suo esercizio²³.

²⁰ MANZINI, *Dir. proc. pen.*, 1949, 2 ss.; LEONE, *Lineamenti di diritto processuale penale*, cit., 11 ss.; PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, Torino, 1950, 281 ss.; SABATINI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Città di Castello, 1931, 131 ss.; GABRIELLI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Roma, 1946, 14 ss. Da questo punto di vista essenziale risultava l'indicazione della Relazione dei lavori preparatori del 1939, orientata verso l'inquadramento della querela alla stregua di un istituto "di pertinenza sia del diritto materiale sia del diritto processuale", poichè accedeva a taluni reati per condizionarne la punibilità, e non poteva essere altro che un elemento essenziale di reato, e viceversa, esigendo l'osservanza di forme per esser fatta valere, aveva valore strumentale rispetto all'esercizio del diritto di punire, inserendosi così nell'ordinamento giuridico processuale.

²¹ BATTAGLINI, *Il diritto di querela*, cit. 159 ss.; SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALÀ, DI CHIARA, PATANÈ, *La querela*, in *Diritto processuale penale*, a cura di Siracusano, Galati, Tranchina, Zappalà, Milano, 2013, 407 ss.

²² SABATINI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Città di Castello, 1931, 131. Nello stesso senso Cass., Sez. III, 20 febbraio 1973, Candela, in *Mass. Uff.*, n. 123226; Id., Sez. III, 8-4-1971, Ginatta, *ivi*, n. 117553.

²³ A sostegno di tale tesi interpretativa si poneva l'accento su due passi della Relazione. Il primo riguardante l'esenzione dall'obbligo di denuncia da parte del pubblico ufficiale e dell'incaricato del pubblico servizio (art. 361, co. 3, e 362, co. 2, c.p.). Poiché la Relazione scriveva: "la querela nel costituire una condizione di punibilità, non faceva sorgere il reato, se la persona offesa non credeva di querelarsi, e non era concepibile la denuncia di un reato, giuridicamente inesistente. Il secondo in tema di ricettazione, ovvero, nell'art. 648 c.p.: in rapporto alla querela si leggeva che era considerata quale elemento del reato e da ciò discendeva che "se per il delitto anteriore non sia stata proposta querela, non poteva affermarsi l'esistenza della ricettazione". Relazione, Vol. II, 162 ss.

Nel corso degli anni i tre orientamenti tratteggiati sono stati ulteriormente approfonditi: il primo ha continuato ad inquadrare l'istituto all'interno della categoria delle condizioni di punibilità, riconducibili alle norme proprie della disciplina sostanzialista, basandosi sul fatto che il codice di procedura penale disciplina solo gli aspetti formali di presentazione e di ingresso della querela all'interno del processo. L'orientamento c.d. "misto" invece, continua a ritenere la querela al tempo stesso condizione di procedibilità e di punibilità²⁴.

Da ultimo, la teoria processualista²⁵ – che sembrerebbe oggi quella maggiormente accreditata – ha inquadrato l'istituto *de quo* all'interno delle condizioni di procedibilità. La querela, infatti, costituisce il presupposto per l'instaurazione di un valido processo e il difetto di querela, statuendo in capo al pubblico ministero «un dovere omissivo»²⁶, comporta la nullità assoluta di tutti gli atti eventualmente compiuti in sua mancanza²⁷; viene preclusa qualsiasi pronuncia sul merito e imposta la formulazione dell'archiviazione o di una declaratoria di non doversi procedere; se invece la querela fosse una condizione di punibilità la sua mancanza comporterebbe l'assoluzione dell'imputato²⁸. Inoltre, il divieto di procedere ad arresto (*ex artt.* 380 e 381 c.p.p.)²⁹ in mancanza di querela (anche orale) è significativo della natura processuale dell'atto *de quo*³⁰ chiudendo la questione sulla collocazione della querela tra le condizioni di procedibilità e non tra quelle di punibilità.

Non è in dubbio che la querela, insomma, instauri il processo, costituendo il presupposto di certe imputazioni, che non possono essere formulate dall'accusa in sua assenza. Dal punto di vista metodologico va premesso che l'inter-

²⁴ SANTORO, «Querela», in *Nuov. Dig. Ita.* (vedi sopra; tra l'altro l'hai citato con criteri diversi), XI, Torino, 1967, 643.

²⁵ In questo senso ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 1975, 599; BATTAGLINI, *La querela*, cit., 142; BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1982, 698; SEMERARO, *Il diritto di querela*, cit., 3; CALDERANO, *Contributo allo studio della querela*, Padova, 1978, 45; CANDIAN, *La querela*, cit., 38; CONSO, «Capacità processuale penale», in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 197; CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003, 408; GIARDA, *La persona offesa dal reato*, cit., 45; GIUNTA, *Interessi privati*, cit., 100; LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, 1961, 160; ID., *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, 1988, 369.

²⁶ DINACCI, *Querela*, cit., 49 ss.

²⁷ MAZZONE, *Procedibilità a querela*, cit., 59 (altro autore che in precedenza non è stato citato). Nello stesso senso Cass., Sez. VI, 21 settembre 1992, Porcellana, *Mass. Uff.*, n. 117553.

²⁸ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 409; Cass., Sez. I, 5 maggio 1985, in *Riv. pen.*, 1987, 352.

²⁹ In questi casi la querela può essere proposta anche oralmente all'ufficiale di polizia o all'agente presente sul luogo del fatto oggetto di reato.

³⁰ GAITO, *Electa una via: i rapporti fra azione civile e azione penale, nei reati perseguibili a querela*, Milano, 1984; ID., «Querela, richiesta, istanza», in *Enc. Giur. Treccani*, 1992, 1; VOLPE, «Querela», cit., 554.

prete non è vincolato dall'ambiguità del dettato legislativo, concretata con l'inserimento delle norme sulla querela in parte nel codice sostanziale ed in parte nell'assetto di rito³¹.

Ciò in quanto «se il legislatore vincola l'interprete allorchè *iubet*, non lo vincola quando enuncia mere classificazioni», ed «un istituto trae la sua natura non già dalla collocazione che abbia avuto in un complesso legislativo piuttosto che in un altro, ma da quelli che sono i suoi tratti caratteristici e la funzione che esplica in seno all'ordinamento giuridico»³².

Ed allora, la diatriba se la querela, «configuri una condizione di procedibilità ovvero di punibilità od ancora integri simultaneamente l'una e l'altra, trova una facile soluzione solo che si imponi il problema nei suoi retti termini»³³.

In caso di reato perseguibile a querela, «la potestà di iniziativa del P.M. diretta ad ottenere dal giudice una decisione sulla notizia *criminiis* rimane vincolata al concreto verificarsi dell'evento richiesto. Donde la qualificazione dei «fatti» condizionali in termini di estremi costitutivi della fattispecie procedimentale determinante il dovere di decidere il merito»³⁴.

Dunque, nei casi in cui sia prevista la procedibilità a querela, la mancanza della stessa paralizza l'esercizio dell'azione. Si tratta di un presupposto di validità del processo.

La dottrina³⁵ ha inquadrato la querela come quell'atto facoltativo, rinunciabile e normalmente revocabile, attraverso il quale la persona offesa, o altro, avente diritto, manifesta la volontà che si proceda in ordine ad un fatto previsto dalla legge come reato per cui non debba procedersi d'ufficio o a seguito di richiesta o di istanza. Interpretazione che potrebbe essere censurata in quanto sembrerebbe ignorare totalmente le ripercussioni e gli effetti in ambito sostanziale che possono scaturire dall'istituto in argomento.

Perplessità che vengono sottolineate soprattutto con l'avvento del «nuovo» codice che ha sicuramente creato non pochi dubbi rispetto alla precedente interpretazione dell'istituto, anche se gran parte della dottrina è ferma nell'inquadrare la querela esclusivamente come condizione di procedibilità³⁶. L'incidenza diretta della querela è nell'ambito processuale e non in quello sostanziale della

³¹ GAITO, *Procedibilità (condizioni di) dir. proc. pen.*, in *Enc. Dir.*, 1998, 808 ss.

³² Il primo periodo: GAITO, voce «*Procedibilità*», cit., 805; il secondo periodo: BETTIOL, *Dirittopenale*, cit. 224.

³³ GAITO, voce «*Procedibilità*», cit., 813.

³⁴ GAITO, voce «*Procedibilità*», cit., 814; DOMINIONI, *Improcedibilità*, cit., 120 ss.

³⁵ SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALÀ, DICHIARA, PATANÈ, *La querela*, cit., 407 ss.

³⁶ VANNINI, *Lineamenti di diritto penale*, cit., 532 ss.

illiceità³⁷. Sul punto, inoltre, è stato specificato senza mezzi termini: “uno schiaffo non cessa di essere uno schiaffo ... solo perchè l’offeso non se ne quereli”³⁸. Pertanto, seguendo questa interpretazione³⁹ la querela non è elemento essenziale dei reati per i quali è prevista, perché non concorre mai a definire il tipo di illecito e il contenuto di disvalore di azione e/o di evento suo proprio, presupponendolo già integralmente dato (art. 120 c.p.); e non può nemmeno essere considerata una condizione oggettiva di punibilità poiché questa condizione riguarda la fattispecie materiale in senso ampio e si riferisce al dovere sostanziale di punire. Dalle teorizzazioni esposte emerge però che inquadrare dogmaticamente la querela nel solo alveo delle condizioni di procedibilità potrebbe essere riduttivo. Infatti, appare preferibile conferire alla querela un carattere ibrido soprattutto in riferimento a quanto previsto dall’art. 158, co. 2, c.p. Poggiandosi a tale norma è agevole sostenere che l’intento del legislatore è quello di annoverare la querela oltre che tra le condizioni di procedibilità anche tra quelle di punibilità, in quanto all’interno della norma viene utilizzata la congiunzione avversativa nondimeno⁴⁰, precisazione dalla quale discende che il termine per la prescrizione decorrerebbe dal verificarsi della condizione da cui dipende la punibilità del reato, ovvero il momento in cui la querela è stata proposta e non invece dal giorno in cui è stato commesso il reato. Inoltre, la natura sostanziale dell’istituto può bene desumersi dalla complessa disciplina contenuta nel codice penale (dagli art. 120 a 127 c.p.) in riferimento alla legittimazione, all’esercizio, all’astensione, al termine e all’estinzione del diritto di querela⁴¹.

3. *La giurisprudenza: dalla natura ibrida della querela al principio dell’applicazione della norma più favorevole.* La giurisprudenza, al contrario della dottrina e da epoca oramai risalente ha attribuito alla querela natura mista⁴². Di recente

³⁷ VANNINI, *Lineamenti di diritto penale*, cit., 532 ss.

³⁸ RENDE, *Le condizioni del reato e le condizioni di punibilità e di procedibilità*, in *Foro it.*, 1993, 169.

³⁹ CORSO, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Manuale di procedura penale*, a cura di Pisani, Molinari, Corso, Perchinunno, Dominioni, Gaito, Spangher, Bologna, 2008, 351 ss.

⁴⁰ Il riferimento è al co. 2 che recita: quando la legge fa dipendere la punibilità del reato dal verificarsi di una condizione, il termine della prescrizione decorre dal giorno in cui la condizione di è verificata. Nondimeno nei reati punibili a querela, istanza o richiesta, il termine della prescrizione decorre dal giorno del commesso reato.

⁴¹ Nello stesso senso si è già espresso MASTIO, *Successione di leggi penali. La portata dell’art. 2 c.p. in relazione alle modifiche del regime di procedibilità*, in www.ilpenalista.it.

⁴² Cass., Sez. un., 7 settembre 2018, Salatino, in www.penalecontemporaneo.it, con osservazioni di SCOLLO, *Le Sezioni unite sulla procedibilità a querela sopravvenuta in pendenza dei giudizi in cassazione*.

anche le Sezioni unite⁴³, a differenza della giurisprudenza civile⁴⁴, hanno confermato il carattere ibrido della querela⁴⁵. È in virtù di tale polimorfismo che oggi è divenuto complicato gestire le questioni inerenti al rapporto tra querela e successione di leggi nel tempo ovvero quando la necessità di tale condizione sopraggiunga o scompaia per effetto di modificazioni legislative⁴⁶.

Proprio come accaduto con il D.lgs. n. 36 del 2018, il quale ha abrogato il co. 3 dell'art. 646 c.p. rendendo così il delitto di appropriazione indebita sempre procedibile a querela della persona offesa (tranne che non ricorrano le ipotesi previste dall'art. 11 D.lgs. n. 36 del 2018).

La giurisprudenza che fino a questo momento si è espressa sul punto, nel definire l'impatto dell'innovazione legislativa sui reati commessi antecedentemente per i quali è già iniziato un procedimento, ha stabilito l'applicazione retroattiva per effetto della normativa transitoria prevista dal legislatore per i procedimenti pendenti⁴⁷. E in riferimento generale all'applicazione del nuovo regime di procedibilità a querela, ha osservato che, come si evince dalla Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo, il legislatore ha voluto un ampliamento delle ipotesi di procedibilità a querela per migliorare l'efficienza del sistema penale, condizionando la repressione penale di un fatto, astrattamente offensivo, alla valutazione in concreto ed alla sovranità della persona offesa⁴⁸. L'articolato del 2018 ha predisposto un meccanismo di tutela nei confronti della persona offesa. Tramite la disciplina transitoria⁴⁹ la persona offesa viene messa nelle condizioni e nei termini per poter esercitare tale diritto. Dunque, la querela viene inquadrata non tanto come istituto sostanziale e per questo assimilabile alle altre cause di estinzione del reato, quanto piuttosto nella

⁴³ Si legge in motivazione: essa, per come è disciplinata nel vigente codice di rito, [...] tra le condizioni di procedibilità, presenta una vocazione essenzialmente processuale, vocazione che risulta più accentuata che in passato. Ma i tratti che sul piano dogmatico la caratterizzano non sono univoci, come messo in evidenza dalla giurisprudenza penale, che non ne sottovaluta anche l'attitudine a condizionare la concreta punibilità del reato.

⁴⁴ cfr., Cass., Sez. un., 18 novembre 2008, X., in *Mass. Uff.*, n. 605537 – 01, che nega alla querela la idoneità a definire il tipo di illecito.

⁴⁵ Cass., Sez. un., 7 settembre 2018, Salatino, cit.

⁴⁶ Il riferimento è alla possibile applicazione del principio del *tempus regit actum*, nel caso in cui la querela venga interpretata come condizione di procedibilità in senso stretto, o del principio previsto dall'art. 2 c.p. nel caso in cui si riconosca alla querela anche natura sostanziale.

⁴⁷ Sul punto è importante sottolineare la differenza tra: norme di diritto intertemporale, complesso di principi e regole che disciplinano la successione delle norme nel tempo, e norme di diritto transitorio, inteso come insieme di prescrizioni dettate di volta in volta per regolare gli accadimenti compresi nel periodo in cui si verifica un mutamento legislativo.

⁴⁸ Cass., Sez. un., 7 settembre 2018, Salatino, cit.

⁴⁹ Che regola le modalità attraverso le quali, nei confronti dei reati per i quali è mutato il regime di procedibilità.

sua capacità di differenziarsi dalle altre cause di estinzione perchè idonea non solo ad estinguere la volontà punitiva, ma a paralizzare la perseguibilità stessa del reato. Pertanto, se è la parte interessata ad avere l'onere di attivare correttamente il rapporto processuale nel momento in cui questa venga a mancare sarebbe ragionevole attivare un processo⁵⁰.

I precedenti appena citati sostengono, poi, l'applicabilità della novella di favore anche ai processi pendenti in Cassazione. Interpretazione, questa, condivisibile poiché conforme al principio generale di retroattività della *lex mitior*, le cui uniche compressioni sono quelle che “superano un vaglio positivo di ragionevolezza⁵¹”.

Il problema dell'applicabilità dell'art. 2 c.p., in caso di mutamento nel tempo del regime della procedibilità a querela va positivamente risolto proprio alla luce della riconosciuta natura mista della querela, che costituisce contemporaneamente condizione di punibilità e di procedibilità. In questa ottica, il principio dell'applicazione della norma più favorevole al reo opera non soltanto al fine di individuare la norma di diritto sostanziale applicabile al caso concreto, ma anche in ordine al regime della procedibilità che inerisce alla fattispecie dato che è inscindibilmente legato al fatto così come viene qualificato dal diritto⁵².

Di diverso tenore è la sentenza che si annota, la quale predilige, invece, il *tempus regit actum*: pur considerando l'atto querelatorio come produttivo di effetti sia sostanziali che processuali, non ritiene integrata – in caso di sopravvenienza di un diverso regime di procedibilità – l'abrogazione della norma penale incriminatrice e quindi non ammette l'applicazione dell'art. 2 c.p. e di conseguenza l'attuazione del rimedio previsto dall'art. 673 c.p.p.

Orientamento che, tuttavia, presta il fianco ad alcune obiezioni, in quanto nè tiene in considerazione il fatto che il sopravvenuto regime di procedibilità a querela ben può integrare un elemento costitutivo della fattispecie penale, nè tantomeno considera il fatto che l'assenza della querela successivamente prevista ed a prescindere dalla circostanza che ricorra una vera e propria *abolitio criminis* impone un epilogo liberatorio, con sentenza di proscioglimento per sopravvenuta carenza della “nuova” condizione prescritta⁵³.

⁵⁰ Cass., Sez. un., 27 giugno 2001, Avitabile, in *Mass. Uff.*, n. 219224; Id., Sez. I, 10 luglio 2001, Trivato, *ivi*, n. 219678; *contra* Cass., Sez. VI, 3 aprile 2003, Zolli, in *Mass. Uff.*, n. 225479.

⁵¹ Così Corte cost., n. 393 del 2006 relativa alla disciplina transitoria introdotta dalla Legge ex Cirielli.

⁵² Cass., Sez. III, 8 luglio 1997, n. 2733, in *Mass. Uff.*, n. 209188.

⁵³ Cass., Sez. VI, 26 novembre 1999, Marabini, in *Mass. Uff.*, n. 215317; Id., Sez. VI, 13 luglio 1999, Pellegrino, *ivi*, n. 215268. In dottrina v. MOSCARINI, *Art. 336*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, Milano, 2008, 1857 ss.

Di conseguenza, seguendo tale interpretazione non resta che prendere atto dell'assoluta evanescenza dei confini tra diritto sostanziale e diritto processuale soprattutto in riferimento ad istituti come la querela. Qualora, tuttavia, un istituto abbia natura ambigua in ogni caso deve sempre prevalere e preferirsi una interpretazione costituzionalmente orientata, volta a garantire l'esigenza di tutela dei diritti fondamentali della persona⁵⁴.

4. *La modifica del regime di procedibilità: la ratio della riforma.* La sentenza in esame nell'analizzare le modifiche normative introdotte con il d.lgs. n. 36 del 2018⁵⁵ - in materia di procedibilità per il reato di appropriazione indebita - disattendendo la tesi difensiva ha stabilito che in tema di sostituzione del regime di procedibilità di ufficio con quello di procedibilità a querela è consentita l'applicazione retroattiva delle disposizioni favorevoli all'imputato, solo in relazione ai rapporti processuali pendenti in sede di cognizione per reati commessi in data antecedente, ma non è validamente riferibile alla fase di esecuzione. La soluzione interpretativa fornita dalla Corte però appare in contrasto con la *ratio* della riforma che, traducendo in regole applicative le indicazioni fornite dalla Legge n. 103 del 2017, ha voluto potenziare l'impiego della querela e attribuire un ruolo maggiormente incisivo di impulso alla persona offesa⁵⁶. Dunque, l'ampliamento della procedibilità a querela è stato teso a migliorare l'efficienza del processo penale e ridurre i carichi della giurisdizione⁵⁷. Dall'ottica di politica criminale, si è rimessa al titolare del bene giuridico tutelato la valutazione circa la concretezza dell'offesa⁵⁸, l'azionabilità della tutela penale, l'instaurazione e la prosecuzione del processo⁵⁹. Si è voluto sicuramente "valorizzare l'interesse dei

⁵⁴ MASTIO, *Successione di leggi penali. La portata dell'art. 2 c.p. in relazione alle modifiche del regime di procedibilità*, cit.

⁵⁵ Sul tema si veda IASEVOLI, *La procedibilità a querela: verso la dimensione liquida del diritto postmoderno?*, in www.legislazionepenale.it; RICCIO, *La legge-Orlando tra pressioni comunitarie e crisi interne*, in *questa Rivista*; GARGANI, *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civile*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 578. CHIANTINI, *Il rinnovato regime di procedibilità (d.lgs. 36 del 2018)*, in *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, a cura di Giarda, Giunta, Varraso, Milano 2018, 71.

⁵⁶ PAONESSA, *Le modifiche al regime di procedibilità a querela introdotte dal D.lgs. 10 aprile 2018, n. 36*, in www.legislazionepenale.it.

⁵⁷ SEMINARA, *Perseguibilità a querela ed estinzione del danno per condotte riparatorie: spunti di riflessione*, in www.discrimen.it.

⁵⁸ PALIERO, *Il principio di offensività del diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pena.*, 1990, 430; FIANDACA, *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di Stile, Napoli, 1991, 70 e 71.

⁵⁹ IASEVOLI, *La procedibilità a querela: verso la dimensione liquida del diritto postmoderno?*, cit. 13 ss.

privati alla repressione della condotta illecita del reo⁶⁰, ma si assiste anche per la prima volta ad una nuova visione della procedibilità a querela⁶¹: un inusuale strumento di “favore per l’imputato”⁶². Invero, per la prima volta la funzione della querela come opportunità o selezione non emerge in maniera incidentale nel contesto di interventi normativi di ben più ampia portata⁶³, bensì rappresenta il fulcro di uno specifico testo normativo⁶⁴. Deve però ricordarsi che gli iniziali intenti sottesi alla riforma sono stati attenuati. Infatti, in maniera assai prudente il legislatore ha modificato il regime della procedibilità a querela per alcuni reati seguendo due tecniche: “da una parte ha voluto inserire la querela per alcune fattispecie sottolineando la ridotta dimensione offensiva di tali condotte⁶⁵; dall’altro si è contribuito a cesellare, per sottrazione, l’ambito della gravità penalmente rilevante di talune fattispecie incriminatrici”⁶⁶. È seguendo questa seconda tecnica che il legislatore ha riformato l’art. 646 c.p., rispetto al quale rimane ferma la procedibilità a querela anche al ricorrere di quelle situazioni che precedentemente venivano punite *ex officio*, ferma restando la procedibilità d’ufficio innanzi a circostanze aggravanti ad effetto speciale aggiuntive alla circostanza dell’art. 61, co. 1, n. 11, c.p.

L’aver mantenuto, seppur in alcuni casi specifici, la procedibilità d’ufficio ha ridotto l’effettivo intento deflattivo perseguito dalla riforma⁶⁷. Non si può osare costruendo un sistema che pone al centro la querela come condizione di procedibilità, volta ad alleggerire i carichi processuali, e limitarne nella stessa norma riformata l’utilizzo. È un controsenso, un ragionamento giuridico del tutto privo di sistematicità⁶⁸.

⁶⁰ IASEVOLI, *La procedibilità a querela: verso la dimensione liquida del diritto postmoderno?*, cit. 14 ss.

⁶¹ Che rimane sullo sfondo dell’azionabilità dell’estinzione del reato per condotte riparatorie.

⁶² Dalla Relazione illustrativa (reperibile sul sito www.camera.it).

⁶³ Il riferimento è alle diverse modifiche al sistema penale contemplate dalla L. 24 novembre 1981, n. 689; alla depenalizzazione dei reati minori, ma anche alle modifiche del sistema penale tributario con la L. 25 giugno 1999, n. 205; o, ancora, alla riforma dei reati societari disposta dal D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61.

⁶⁴ Naturalmente il riferimento è al D.lgs. n. 36 del 2018.

⁶⁵ PAONESSA, *Le modifiche al regime di procedibilità a querela introdotte dal D.lgs. 10 aprile 2018, n. 36*, cit. 5 ss.; AMATO, *Uno sforzo di tipo deflattivo a portata limitata*, in *Giuda dir.*, 2018 (21), 22.

⁶⁶ PAONESSA, *Le modifiche al regime di procedibilità a querela introdotte dal D.lgs. 10 aprile 2018, n. 36*, cit. 5 ss. vedi anche Cass., Se. un., 8. Novembre 2018 n. 225, in *Giuda dir.*, 2019 (9), 73 ss., con nota di NATALINI, *Prima applicazione del mutato regime di procedibilità*, 75 ss.

⁶⁷ AMATO, *Niente trasformazione quando sussiste lo stato di incapacità*, in *Giuda dir.*, 2018 (21), 26 ss.

⁶⁸ MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale*, Napoli 1984, 294.

In relazione all'applicazione alla disciplina transitoria⁶⁹ si è stabilito espressamente che la persona offesa dovesse essere messa nelle condizioni di poter proporre la querela. È stato previsto dunque uno slittamento in avanti per il soggetto offeso che abbia avuto previamente cognizione della notizia di reato, con una restituzione nel termine per querelare la quale, però, opera in maniera differente a seconda della pendenza o meno del procedimento penale. Nello specifico, per il soggetto offeso che abbia avuto conoscenza della notizia di reato il termine per poter proporre la querela inizia a decorrere dall'entrata in vigore delle nuove disposizioni. Mentre, nel caso in cui la trasformazione del regime di procedibilità riguardi un reato per il quale già risulti pendente un procedimento, la persona offesa dovrà essere informata dal giudice o dal p.m. (a seconda della fase in cui il procedimento si trovi) della possibilità di sporgere querela e dunque il termine sarà procrastinato al giorno in cui tale avviso sarà ricevuto dalla persona offesa. Se da un lato, poi, la disciplina transitoria ha trovato applicazione anche nel giudizio di legittimità⁷⁰, dall'altro nulla è stato stabilito in caso di sopravvenuta improcedibilità in sede esecutiva. Da ciò la contraddizione dell'ordinamento nella misura in cui non concede di "aprire una breccia" nel giudicato in mancanza, sia pur sopravvenuta, del presupposto volto a travolgere l'intero processo⁷¹. Ma allora si dovrebbe ipotizzare anche in *executivis* un meccanismo volto a consentire alla persona offesa di proporre querela, come previsto nel caso in cui il regime di procedibilità muti in pendenza del processo.

5. Dubbi sulla legalità e ragionevolezza dei risvolti applicativi della riforma. Secondo la Corte di cassazione "è da escludere che il giudice dell'esecuzione possa revocare la condanna rilevando la mancata integrazione del presupposto di procedibilità".

Dal punto di vista applicativo, l'assunto genera più di una perplessità.

⁶⁹ GIUGNI, *Riforma Orlando: l'ampliamento del novero dei reati procedibili a querela*, in *SI* 2018, 1433.; AMATO, *Regime transitorio, l'autorità giudiziaria deve "informare"*, cit., 30 ss.

⁷⁰ Non è stato recepito, infatti, lo sbarramento alla trasformazione del regime di procedibilità nei giudizi pendenti dinanzi alla Corte di cassazione previsto in origine dall'allora art. 14, co. 3, dello schema di decreto legislativo, sia per il profilarsi di un eccesso di delega rispetto all'art. 1 co. 16 lett. b1, 103/2017 (che non legittimava alcuna distinzione all'interno della nozione di giudice chiamato a dare l'avviso alla persona offesa), sia per l'ingiustificata disparità di trattamento che ne sarebbe derivata; sul punto cfr., *amplius*, CHIANTINI, *Il rinnovato regime*, cit. 79; DE MARZO, *La nuova disciplina*, cit., c. 202-203; GARGANI, *Riforma Orlando*, cit., 589-590.

⁷¹ PAONESSA, *Le modifiche al regime di procedibilità a querela introdotte dal D.lgs. 10 aprile 2018, n. 36*, cit. 19 ss.

Se si inquadra il principio di retroattività delle norme favorevoli come un corollario del principio di legalità - l'imputato può essere condannato solo nei casi previsti dalla legge - tutte le volte in cui una novella legislativa modifichi la fattispecie di reato nei suoi presupposti, anche quelli per procedere, la condanna in corso di esecuzione non sarebbe più "legale": la fattispecie si collocherebbe nelle ipotesi escluse dalla disciplina, proprio in virtù del principio di tassatività⁷². Si tratta senza dubbio di un'interpretazione mossa dal condivisibile intento di voler applicare le modifiche di favore ai provvedimenti in corso di esecuzione, in quanto il "principio di retroattività delle norme di favore" non regola né l'attività del giudice, né quella del legislatore, bensì è un principio fondato su esigenze di uguaglianza-ragionevolezza, di coerenza dell'ordinamento, nonché di *favor rei*⁷³.

In virtù di tali valori il giudicato diventa fluido⁷⁴: se l'abrogazione di un illecito costituisce il risultato di una valutazione di compatibilità tra il comportamento incriminato e l'interesse collettivo, sarebbe irragionevole continuare a punire l'autore di un fatto ormai tollerato dall'ordinamento giuridico⁷⁵.

Il giudice dell'esecuzione, in questi casi, funge da controllore, deve verificare che perduri nel corso dell'esecuzione la legalità e l'adeguatezza della decisione di merito, pur considerando quel delicato bilanciamento tra due opposte esigenze: da una parte la salvaguardia della certezza dei rapporti giuridici⁷⁶ e, dall'altra, l'obbligo di trovare il rimedio a pene illegittime anche derogando al principio di irrevocabilità del giudicato stesso⁷⁷.

Ed infatti, quando l'ingiustizia di una decisione va colta «non già mediante il riesame del materiale di giudizio, bensì mediante nuovi elementi di giudizio», non si scorge pericolo alcuno per la sicurezza giuridica poichè «anzi, questa stessa esigenza si capovolge e si profila... come urgenza di ristabilire la giustizia offesa», mentre «la coscienza sia dei consociati sia degli stessi soggetti più direttamente interessati... non saprebbe accettare di dare prevalenza al giudicato su

⁷² LA ROCCA, *Adeguamento della pena per sopravvenuta illegittimità costituzionale dell'aggravante: poteri «inediti» al giudice dell'esecuzione*, in questa Rivista.

⁷³ LA ROCCA, *Adeguamento della pena per sopravvenuta illegittimità costituzionale dell'aggravante: poteri «inediti» al giudice dell'esecuzione*, cit., 4 ss.

⁷⁴ GAITO, *Impugnazioni e altri controlli: verso una decisione giusta*, in *Le impugnazioni penali*, a cura di Gaito, Torino, 1998, 24.

⁷⁵ DE VERO, *La legge penale*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di Palazzo, Paliero, Torino, 2011, 1, 50.

⁷⁶ Per approfondimenti sul giudicato si veda CALLARI, *La firmitas del giudicato penale. Essenza e Limiti*, Milano, 2009, 5 ss.; LEONE, *Il mito del giudicato*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1956, 167.

⁷⁷ LA ROCCA, *Adeguamento della pena per sopravvenuta illegittimità costituzionale dell'aggravante: poteri «inediti» al giudice dell'esecuzione*, cit., 4 ss.

nuovi elementi atti da soli o congiuntamente ai precedenti a dimostrare la ingiustizia della sentenza irrevocabile»⁷⁸.

Dunque, è onere del giudice dell'esecuzione ristabilire l'equilibrio tra sistema legislativo e valori costituzionali⁷⁹.

In adesione a tale interpretazione⁸⁰ è ancora l'art. 673 c.p.p. a potersi utilizzare come mezzo, da parte del giudice dell'esecuzione, per revocare la sentenza di condanna o il decreto penale anche in ipotesi di modificazioni non abrogatrici, ma influenti sull'interesse dell'ordinamento a tollerare o meno una determinata condotta. Quella norma applica in campo processuale i principi consacrati nell'art. 2 c.p., nell'art. 7 C.e.d.u. e nell'art. 136 Cost., ed è volta a realizzare il bisogno di eguaglianza e ragionevolezza sotteso alla retroattività in *bonam partem* della legge penale⁸¹. D'altronde, «la stabilità della decisione processuale ha ragione d'essere solo fino a quando non si scontri con una superiore ragione di opportunità o necessità sociale⁸²».

D. NAIKE CASCINI

⁷⁸ GAITO, *Impugnazioni e altri controlli: verso una decisione giusta*, cit., 25. V. anche CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., 216.

⁷⁹ LUPACCHINI, *La risoluzione della cosa giudicata penale tra etica e diritto*, in *Giur. it.*, 1996, I, 102; *Un ulteriore passo verso il «giudicato aperto»: i dilatati poteri del giudice dell'esecuzione in tema di sospensione condizionale della pena conseguente ad abolitio criminis*, cit. 728 ss.

⁸⁰ GAITO, *Dagli interventi correttivi sull'esecuzione della pena all'adeguamento continuo del giudicato: verso un processo penale bifasico?*, in *Giur. cost.*, 1996, 892; v. anche RANALDI, *Un ulteriore passo verso il «giudicato aperto»: i dilatati poteri del giudice dell'esecuzione in tema di sospensione condizionale della pena conseguente ad abolitio criminis*, in *Giur. it.*, 2007, 727.

⁸¹ Si riprende quanto era stato sostenuto in precedenza da LA ROCCA, *Adeguamento della pena per sopravvenuta illegittimità costituzionale dell'aggravante: poteri «inediti» al giudice dell'esecuzione*, cit., 4 ss.

⁸² Così PETROCELLI, *I vizi della volontà nel processo penale*, in *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, 568.