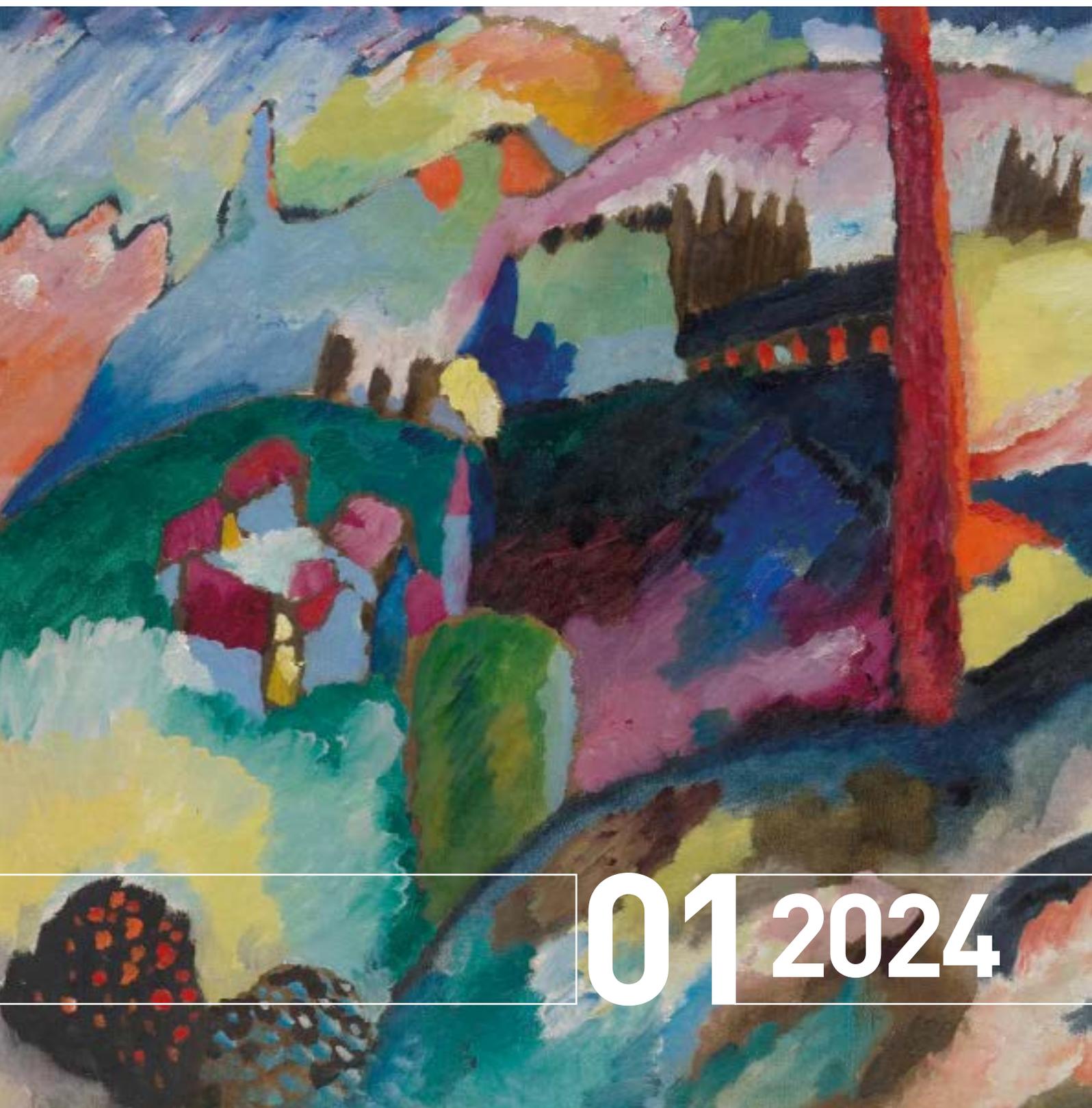


# Il diritto *vivente*

Rivista quadrimestrale di Magistratura Indipendente



01 2024

**Direttore**

Giovanni MAMMONE, *presidente emerito della Corte di cassazione*

**Comitato di direzione**

Alberto BARBAZZA, *magistrato addetto all'ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura*

Cecilia BERNARDO, *magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*

Manuel BIANCHI, *magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*

Paolo BRUNO, *esperto nazionale distaccato presso la Direzione giustizia della Commissione europea*

Alessandro CENTONZE, *consigliere della Corte di cassazione*

Marina CIRESE, *consigliere della Corte di cassazione*

Vittorio CORASANITI, *magistrato addetto al Gabinetto del Ministro della Giustizia*

Luca D'ADDARIO, *magistrato addetto all'Ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura*

Antonio D'AMATO, *procuratore della Repubblica aggiunto presso il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere*

Alessandro D'ANDREA, *consigliere della Corte di cassazione*

Cosimo D'ARRIGO, *componente della Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici*

Lorenzo DELLI PRISCOLI, *assistente di studio della Corte costituzionale*

Paola D'OVIDIO, *componente del Consiglio superiore della magistratura*

Gianluca GRASSO, *componente del comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura*

Stefano GUIZZI, *consigliere della Corte di cassazione*

Ferdinando LIGNOLA, *sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*

Nicola MAZZAMUTO, *presidente del Tribunale di sorveglianza di Palermo*

Enrico MENGONI, *consigliere della Corte di cassazione*

Loredana MICCICHÉ, *consigliere della Corte di cassazione*

Corrado MISTRI, *procuratore generale presso la Corte di appello di Trento*

Antonio MONDINI, *consigliere della Corte di cassazione*

Roberto MUCCI, *sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*

Cesare PARODI, *procuratore della Repubblica aggiunto presso il Tribunale di Torino*

Giuseppe PAVICH, *già consigliere della Corte di cassazione*

Francesca PICARDI, *consigliere della Corte di cassazione*

Paolo PORRECA, *consigliere della Corte di cassazione*

Guido ROMANO, *magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*

Alessio SCARCELLA, *Consigliere della Corte di cassazione*

Ugo SCAVUZZO, *Presidente di sezione del Tribunale di Patti*

Paolo SPAZIANI, *consigliere della Corte di cassazione*

Giselda STELLA, *magistrata addetta all'ufficio legislativo del Ministero della giustizia*

Luca VARRONE, *consigliere della Corte di cassazione*

Andrea VENEGONI, *componente della Procura europea - EPPO*

# Il diritto vivente

Rivista quadrimestrale di Magistratura Indipendente

Pubblicazione online editata dalla Associazione Magistratura Indipendente  
ISSN 2532-4853 Il diritto vivente [online]

In copertina: Vasilij Vasil'evič Kandinskij, Paesaggio con ciminiera di una fabbrica

# Sommario

<b>Gli autori</b> .....	4
● <b>Riforma Cartabia: applicazione prospettica della colpevolezza</b> di Avv. Chiara CESARE e Avv. Piero CASCIARO.....	5
● <b>Il Pubblico Ministero e la sua indipendenza in una visione comparata</b> di Luca D'ADDARIO.....	13
● <b>La recidiva reiterata al vaglio delle sezioni unite</b> di Donatella DI SANTO.....	27
● <b>Continuità normativa tra millantato credito e traffico di influenze illecite</b> di Caterina MELONE.....	39
● <b>Riforma del codice di procedura penale - suggerimenti pratici</b> di Riccardo PIVETTI.....	67
● <b>La scarsa rilevanza del fatto nell' ambito della responsabilità disciplinare del magistrato</b> di Simona SANSA.....	72
● <b>Il salario minimo 'giurisprudenziale' quale precipitato della costituzione e del diritto europeo</b> di Teresa ZAPPÀ.....	88

## Legenda

- Penale
- Ordinamento Giudiziario
- Civile

# Gli autori

Piero CASCIARO, *avvocato*

Chiara CESARE, *avvocato*

Luca D'ADDARIO, *magistrato addetto all'Ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura*

Donatella DI SANTO, *tirocinante presso la Corte di cassazione*

Caterina MELONE, *tirocinante presso la Corte di cassazione*

Riccardo PIVETTI, *Presidente di sezione del Tribunale di Catania*

Simona SANSA, *Magistrato addetto alla Segreteria del Consiglio Superiore della Magistratura*

Teresa ZAPPÀ, *tirocinante presso la Corte di Cassazione*

# RIFORMA CARTABIA: APPLICAZIONE PROSPETTICA DELLA COLPEVOLEZZA

di Avv. Chiara CESARE e Avv. Piero CASCIARO [1]

**Riforma Cartabia: applicazione prospettica della colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio attraverso il nuovo criterio di giudizio della ragionevole previsione di condanna.**

## Sommario:

1. La nuova “procedura” di iscrizione della notizia di reato tra garantismo ed esigenze deflattive.
2. L’esercizio dell’azione penale da parte del Pubblico Ministero e la sentenza di non luogo a procedere ex art. 425 c.p.p. all’esito dell’udienza preliminare.
3. L’udienza di comparizione predibattimentale.

## 1. LA NUOVA “PROCEDURA” DI ISCRIZIONE DELLA NOTIZIA DI REATO TRA GARANTISMO ED ESIGENZE DEFLATTIVE.

La c.d. “Riforma Cartabia” (d.lgs. n. 150/2022), tra le varie modifiche apportate al codice di rito, ha modificato l’art. 335 co. 1° c.p.p., aggiungendovi la locuzione per cui la notizia di reato che pervenga al P.M. o che questi abbia acquisito di iniziativa sia iscritta nell’apposito registro solo quando *“contenente la rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice. Nell’iscrizione sono indicate, ove risultino, le circostanze di tempo e di luogo del fatto”*[2].

Detta modifica risponde all’esigenza di applicazione per così dire “prospettica” del principio della colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio, codificato nell’art. 533 c.p.p. con riguardo alla sentenza dibattimentale di condanna, ma qui declinato, in questa fase embrionale, nel senso di non incriminare se non quando vi siano elementi/indizi anche minimi, ma verosimili.

Rispetto al testo antecedente, l’art. 335 c.p.p., così ampliato, va ad assegnare un nuovo potere/dovere al P.M. che, in una qualche misura, finisce per temperare il principio di obbligatorietà dell’azione penale, fermo restando il controllo del G.I.P. ex art. 409 c.p.p. Infatti, sebbene il P.M. continui ad avere l’obbligo di immediata iscrizione delle notizie di reato nell’apposito registro, detto obbligo matura solo laddove trattasi di un fatto determinato e non inverosimile, oltre che riconducibile ad una fattispecie incriminatrice (e lo stesso discorso vale per l’iscrizione del nominativo dell’indagato, sottoposta – come è – alla condizione che vi siano indizi a suo carico).

Con ciò viene superato recisamente il sistema previgente, che invece imponeva al P.M. l'iscrizione del fatto quando riconducibile ad una notizia di reato, senza che lo stesso dovesse avere i crismi della determinatezza e della verosimiglianza; in tal senso, esplicativa è una pronuncia della Corte di cassazione a Sezioni Unite del 2009 che aveva affermato come *“il Pubblico Ministero, non appena riscontrata la corrispondenza di un fatto di cui abbia avuto notizia ad una fattispecie di reato, è tenuto a provvedere alla iscrizione della notizia criminis senza che possa configurarsi un suo potere discrezionale al riguardo”*[3].

A ben vedere, così operando, la Riforma Cartabia ha creato una vera e propria nuova “fase filtro” per il procedimento penale, anticipatoria del procedimento stesso, giacché in tal modo finiscono per essere scartate *ab initio* tutte quelle notizie (a ben vedere non compiutamente di reato) inverosimili e/o con oggetto indeterminato, senza che sia necessario iscriverele nel registro, chiederne l'archiviazione e sottoporre la richiesta al vaglio del Giudice per le Indagini Preliminari (e alla possibile opposizione dell'eventuale persona offesa). Da questo punto di vista, la modifica legislativa ha l'ulteriore pregio di snellire i procedimenti penali, oltre che di impedire ad un soggetto di subire l'apertura di un procedimento e l'assunzione dello status di indagato anche nei casi in cui è inverosimile il fatto e/o non configurabile un reato. D'altronde, la stessa Commissione Lattanzi [4] ha affermato *“l'importanza di definire dei parametri, attraverso il decreto delegato, per delineare i profili che impongono l'iscrizione della notizia di reato nel registro”* e ciò *“si basa sulla presa d'atto della particolare delicatezza di un passaggio troppo spesso considerato un mero atto dovuto e sul rischio che si proceda a un'iscrizione esclusivamente formale di fatti, ma soprattutto di soggetti – coinvolti, ad esempio, in organismi ed équipe di lavoro – la cui posizione sia quasi certamente estranea a profili di responsabilità penale. Per un verso, infatti, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo fa discendere le garanzie dell'art. 6 CEDU dalla ‘soggettivizzazione’ dell'indagine, quando questa si polarizzi, da un quadro ad ampio raggio, su specifici soggetti; per altro verso, gli effetti negativi indiretti, correlati all'iscrizione, possono costituire grave nocimento per soggetti comunque destinati a fuoriuscire presto dal quadro investigativo (peraltro, per mitigare tale effetto, si prevede altresì che il legislatore delegato riveda, rimuovendole, le ipotesi normative in cui dalla mera iscrizione nel registro delle notizie di reato discenda un effetto pregiudizievole per l'interessato). Si propone pertanto di introdurre una definizione di notizia di reato e di precisare i presupposti per l'iscrizione, tanto di natura oggettiva, quanto soggettiva”*[5].

Insomma, il Legislatore, riformando l'art. 335 c.p.p., ha volutamente cercato di deflazionare da subito il carico di lavoro delle Procure, nonché di circoscrivere il più possibile il pregiudizio che sovente, per consolidato ma non condivisibile costume, deriva in capo al soggetto indagato agli occhi dell'opinione pubblica dalla mera iscrizione nel registro, di solito veicolata *erga omnes* attraverso la diffusione a mezzo stampa dell'informazione di garanzia ex art. 369 c.p.p.

Questo intento è stato ravvisato e condiviso anche dal Consiglio Superiore della Magistratura, il quale, ragionando sulla proposta di modifica dell'art. 335 c.p.p., ha affermato come *“l'iscrizione della notizia di reato è doverosa quando il fatto denunciato [...] presenti, nella sua storicità, connotati di verosimiglianza e, giuridicamente, gli elementi costitutivi di una fattispecie di reato; l'iscrizione del nome della persona alla quale il*

*reato è attribuito si impone, invece, quando gli elementi a carico della stessa abbiano un grado di consistenza tale da attingere la soglia della probabilità di fondatezza dell'accusa*"[6].

Questo obiettivo è reso poi palese dal comma 1°-bis del medesimo articolo, laddove specifica come l'iscrizione della notizia di reato debba essere effettuata nel "registro noti" (modello 21 o 21-bis, se reato di competenza del Giudice di Pace) quando a carico di una persona determinata *"risultino, contestualmente all'iscrizione della notizia di reato o successivamente, indizi"*.

Come a dire, insomma, che – superato il primo filtro della verosimiglianza della *notitia criminis* con l'iscrizione, se del caso, nel registro ignoti (mod. 44) – per poter poi far decorrere i termini delle indagini preliminari e, dunque, iscrivere la notizia nel registro modello 21 (o 21-bis) è necessario che vi siano indizi a carico di un soggetto determinato. Vi è chi ritiene, tuttavia, che *"il rimedio rischia di essere peggiore del male [ciò in quanto] l'art. 335 comma 1-bis c.p.p. giustificherebbe la ritardata iscrizione del nominativo dell'indagato nel registro, procrastinando il decorso del termine di durata delle indagini preliminari. Del resto, quando poi il nominativo fosse iscritto proprio in ragione dell'emergere degli indizi a carico, sarebbe sin troppo facile anticipare giudizi di colpevolezza da parte di una collettività mal disposta a cogliere la funzione di garanzia del procedimento penale"*[7].

Proprio con riferimento all'infelice prassi della tardiva iscrizione nel registro noti (finalizzata a non far decorrere il termine per il compimento delle indagini preliminari) richiamata dagli autori sopracitati, il Legislatore tenta di contrastarla introducendo due meccanismi, negli articoli 335-ter e 335-quater c.p.p., i quali prevedono, rispettivamente, il potere del Giudice per le indagini preliminari di ordinare al P.M. l'iscrizione in detto registro quando il fatto è da attribuire ad una persona determinata e la facoltà dell'indagato di chiedere al G.I.P. la retrodatazione dell'iscrizione a suo carico.

Sempre nell'ottica garantista volta a contrastare detto pregiudizio nei confronti dell'indagato, il Legislatore ha poi introdotto un nuovo articolo, il 335-bis c.p.p., nel quale è specificato come *"la mera iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 non può, da sola, determinare effetti pregiudizievoli di natura civile o amministrativa per la persona alla quale il reato è attribuito"*, e si tratta di problematica che sorge, per la verità, soprattutto nell'ambito della giustizia amministrativa, ad esempio per i casi di esclusione – da parte di società appaltanti – di soggetti indagati/imputati ma non condannati in via definitiva.

La giurisprudenza amministrativa, tuttavia, da tempo ha affermato come *"a prescindere dalla definitività degli accertamenti compiuti in sede penale, [è legittima la scelta della società appaltante] purché la decisione sia assunta all'esito di un'istruttoria adeguata, svolta in contraddittorio con l'impresa, e sia assistita da una motivazione congrua ed esauriente"*[8]. Sarà dunque interessante verificare se – nel prossimo futuro – troverà o meno applicazione il nuovo artt. 335-bis c.p.p., nel senso di escludere un qualsivoglia pregiudizio di tipo civile o amministrativo all'indagato (pur se sottoposto ad un procedimento extra-penale) o se continuerà a prevalere l'autonomia della giustizia amministrativa, indipendentemente da questo divieto di pregiudizio previsto dall'articolo in commento.

## 2. L'ESERCIZIO DELL'AZIONE PENALE DA PARTE DEL PUBBLICO MINISTERO E LA SENTENZA DI NON LUOGO A PROCEDERE EX ART. 425 C.P.P. ALL'ESITO DELL'UDIENZA PRELIMINARE.

Il d.lgs. n. 150/2022 (c.d. “Riforma Cartabia”), tra le varie modifiche processuali, ha introdotto un nuovo criterio di giudizio – quello della ragionevole previsione di condanna – il quale trova plurima applicazione.

La finalità perseguita dal legislatore è chiara e, almeno in linea teorica, apprezzabile: applicare, in chiave prospettica, il principio di matrice accusatoria dell'affermazione di colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio – ex art. 533 c.p.p. – anche nelle fasi antecedenti al dibattimento, sia pur con i necessari adattamenti.

In primo luogo, si consideri che ai sensi del novellato art. 408 co. 1° c.p.p. il P.M. è ora tenuto a richiedere l'archiviazione della *notitia criminis* “*quando gli elementi acquisiti nel corso delle indagini preliminari non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna [...]*”.

La norma *de qua*, nella formulazione previgente alla novella del 2022, prevedeva invece la possibilità per il P.M. di richiedere l'archiviazione della *notitia criminis* solo in caso di infondatezza della stessa, e segnatamente allorquando gli elementi acquisiti nel corso delle indagini non fossero stati idonei a sostenere l'accusa in giudizio; infatti, il “vecchio” art. 408 c.p.p. era da leggersi in combinato disposto con l'art. 125 disp. att. c.p.p. – oggi significativamente abrogato – il quale specificava il concetto di infondatezza, individuandola nelle situazioni, non solo di mancanza, ma anche insufficienza degli elementi a carico/contraddittorietà con gli elementi a discarico per sorreggere l'accusa in sede dibattimentale.

Emerge quindi come uno dei principali obiettivi della Riforma Cartabia sia quello di ampliare il potere di archiviazione in capo al Pubblico Ministero. Infatti, se prima il magistrato inquirente doveva unicamente valutare che gli elementi investigativi raccolti nel corso delle indagini avessero o meno forza tale da sostenere l'accusa in sede dibattimentale indipendentemente dall'esito del processo, ora, invece, è chiamato ad operare, sin dal momento della formulazione dell'imputazione e sulla base degli elementi esistenti a questo momento, un giudizio di prognosi sul ragionevole esito del dibattimento.

Ne consegue dunque che il quadro accusatorio dovrà essere completo e il più possibile scevro di elementi contraddittori, non solo per sostenere l'accusa ma già per ottenere la condanna, di talché questo giudizio prognostico – lo si ribadisce – non attiene unicamente all'utilità del dibattimento, ma deve proiettarsi sul risultato del processo in termini di concreta ottenibilità della condanna [9].

Sul punto, si segnala una recente ed interessante pronuncia della Corte di cassazione[10], la quale – sia pur in un *obiter dictum* – evidenzia proprio come “*il Pubblico Ministero è tenuto a riversare nel procedimento tutti gli elementi provenienti dalle indagini preliminari (art. 416 c.p.p., comma 2) o comunque acquisiti dopo la richiesta di rinvio a giudizio (art. 419 c.p.p., comma 3)*”, *ciò che determina una maggiore “completezza del quadro probatorio”*[11]. Pertanto, in relazione all'esercizio dell'azione penale da parte della Pubblica Accusa, la Riforma Cartabia si prefigge i molteplici e apprezzabili obiettivi di: rafforzare il potere di archiviazione del P.M. e quindi ridurre il carico giudiziario; garantire una maggiore completezza del quadro investigativo in rapporto adesso alla regola di giudizio ex art. 533 c.p.p.; ne consegue anche – a nostro avviso – un'attenuazione

del principio costituzionale, ex art. 112 Cost., di obbligatorietà dell'azione penale[12].

Peraltro, il nuovo criterio di giudizio della ragionevole previsione di condanna trova applicazione anche – e a fortiori – in sede di udienza preliminare, poiché, ai sensi del riformato art. 425 co. 3° c.p.p., il Giudice dell'udienza preliminare “*pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti non consentono di formulare una ragionevole previsione di condanna*”.

Il comma terzo dell'art. 425 c.p.p., nella formulazione previgente al decreto n. 150/22, prevedeva, invece, la possibilità per il G.u.p. di pronunciare sentenza di non luogo a procedere quando gli elementi investigativi fossero risultati “*insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio*”, in conformità all'oggi abrogato art. 125 disp. att. c.p.p.

Analogamente a quanto sopra affermato con riferimento alla figura del P.M., la Riforma Cartabia ha anche inteso rafforzare il potere decisionale in capo al Giudice dell'udienza preliminare, il quale dovrà effettuare – così come il P.M. – quel giudizio prognostico di cui già si è detto, proiettandosi, dunque, sul prevedibile esito del processo ovvero sulla ragionevole probabilità di ottenere la condanna.

La Corte di cassazione sopra citata[13] ben coglie anche questo ulteriore aspetto, laddove precisa come la “*più selettiva regola di giudizio della ragionevole previsione di condanna*” comporta “*un pregnante contenuto decisorio*” del provvedimento emesso all'esito dell'udienza preliminare e tale potere decisionale rafforzato – indice di una maggiore responsabilizzazione in capo all'organo giudicante – si giustifica anche alla luce della summenzionata necessità di completezza del quadro investigativo, ora per il G.u.p. probatorio: ciò che guida la scelta del P.M. in ordine all'esercizio dell'azione penale, è altresì funzionale al giudizio prognostico che deve operare il Gup all'esito di un'udienza preliminare sì, ma connotata da *plena cognitio* di tutti gli atti processuali.

Il legislatore, nel disciplinare il nuovo criterio di giudizio che deve ispirare il G.u.p. ha tuttavia omesso di modificare la disciplina di detta udienza allorquando, oltre all'imputato-persona fisica, sia parte del procedimento anche l'ente incolpato ai sensi del d.lgs. n. 231/01[14]; tale discrasia tra la nuova disciplina dell'art. 425 c.p.p. e la normativa sulla responsabilità amministrativa degli enti derivante da reato è già stata portata all'attenzione della giurisprudenza di merito.

In particolare, si segnala un'interessante pronuncia con la quale il G.u.p. del Tribunale di Milano[15] ha rigettato la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla difesa per violazione dell'art. 3 Cost., precisando come la predetta discrasia non sia frutto di una scelta consapevole da parte del legislatore, bensì di un “*mero difetto di coordinamento [...] senza che alcuna disparità di trattamento si possa determinare fra le valutazioni riservate agli imputati persone fisiche o giuridiche di questo simultaneo giudizio*”.

Tale difetto di coordinamento ben può essere superato attraverso un approccio ermeneutico in chiave evolutiva, e dunque facendo applicazione analogica (*in bonam partem*) della nuova disciplina prevista dalla Riforma Cartabia anche con riferimento all'ente incolpato.

Per completezza, si evidenzia infine un ulteriore obiettivo al quale la novella del 2022 mira attraverso la modifica di norme afferenti alla fase dell'udienza preliminare, ovvero quello di garantire una maggiore stabilizzazione dell'imputazione[16]: segnatamente, ai sensi dei novellati artt. 421 e 423 c.p.p., laddove l'imputazione formulata dal P.M. risulti generica o carente, il Giudice debba invitare il P.M. a riformulare l'imputazione e, se questi non provvede, il Giudice – sentite le parti – dichiara la nullità della richiesta di rinvio a giudizio, ordinando la restituzione degli atti al P.M. Il controllo del Giudice sull'imputazione viene effettuato con riferimento alla diversa descrizione del fatto, alla sua qualificazione giuridica, e alla corretta contestazione o meno delle circostanze aggravanti.

Sebbene l'obiettivo dichiarato del legislatore sia quello di garantire una maggiore stabilizzazione dell'imputazione già in sede di udienza preliminare ed in funzione di una scelta consapevole di eventuali riti alternativi, la modifica delle norme testé citate, a parere di chi scrive, non è esente da critiche, in quanto comporta un controllo capillare e per certi versi invasivo da parte del Giudice sull'operato del Pubblico Ministero.

### 3. L'UDIENZA DI COMPARIZIONE PREDIBATTIMENTALE.

Il nuovo criterio di giudizio della ragionevole previsione di condanna trova applicazione anche con riferimento alla nuova udienza di comparizione predibattimentale; ai sensi dell'art. 554-ter co. 1 c.p.p., infatti, il Giudice che celebra quest'udienza *“pronuncia sentenza di non luogo a procedere anche quando gli elementi acquisiti non consentono una ragionevole previsione di condanna”*.

La struttura individuata dal Legislatore attraverso gli artt. 554-bis e ss. c.p.p. è, sostanzialmente, una “mini-udienza preliminare”[17], con la differenza che l'udienza di comparizione predibattimentale è affidata ad un giudice dell'Ufficio del tribunale, mentre vi era chi propugnava[18] l'assegnazione di detta udienza all'Ufficio giudici G.i.p./G.u.p.

In verità, come affermato sempre dalla Commissione Lattanzi – e condiviso da chi scrive – la scelta di affidare questa nuova fase processuale al giudice dibattimentale è una scelta più opportuna poiché questi, in primo luogo, è soggetto più idoneo, per la propria esperienza, a valutare le probabilità di una condanna all'esito dell'istruttoria dibattimentale. In secondo luogo, ad avviso dello scrivente, giacché il nodo problematico della sentenza di non luogo a procedere è, da sempre, l'obbligo di motivazione a differenza del decreto che dispone il giudizio, che invece non è motivato, si ritiene che, affidando il compito di decidere circa la prosecuzione del giudizio ad un giudice dibattimentale che rinvierebbe ad altro giudice del medesimo ufficio, questi possa essere meno restìo – laddove ve ne siano i presupposti – ad emettere una sentenza di non luogo a procedere rispetto ad un giudice appartenente all'ufficio G.u.p. che rinvia, invece, al giudice del dibattimento. Si tratta soltanto di un'ipotesi, in relazione ad uno dei tanti nodi problematici ma forieri di interessanti applicazioni di questa recente riforma processuale.

Genova, 12.9.2023

---

[1] L'Avv. Cesare ha redatto il § 2; l'Avv. Casciaro i §§ 1 e 3.

[2] Si segnala, sin d'ora, l'aggiunta del comma 1°-bis dello stesso art. 335 c.p.p., il quale dà maggior risalto all'iscrizione del nominativo dell'indagato "quando risultino indizi a suo carico".

[3] Così: Cass., SS.UU., 24.9.2009, n. 40538, Rv. 244378.

[4] Ovvero la "Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello", costituita il 16 marzo 2021.

[5] Commissione Lattanzi, Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. a.c. 2435, 24 maggio 2021.

[6] Parere C.S.M. del 22.9.2022, p. 9, in [www.csm.it](http://www.csm.it).

[7] Così, F. Cassibba ed E.M. Mancuso, *Perduranti equivoci sull'iscrizione nominativa*, in *Riforma Cartabia, La nuova giustizia penale*, Milano, Wolters Kluwer, 2023, p. 611.

[8] Così: T.A.R. Liguria, Sez. I, sent. 19.6.2023, n. 603, che aveva affrontato questo problema proprio alla luce della nuova regola della ragionevole previsione di condanna prevista dalla Riforma Cartabia, finendo per ribadire, tuttavia, una vera e propria autonomia della giustizia amministrativa rispetto a quella penale.

[9] Sul punto, la Relazione della Commissione Lattanzi (Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. a.c. 2435, 24 maggio 2021) ha precisato come "alla luce dell'evoluzione della fase preliminare, vada superato il criterio dell'astratta utilità dell'accertamento dibattimentale; a seguito di indagini che – in linea con quanto richiesto dalla Corte costituzionale – devono risultare tendenzialmente complete (e possono avere una durata significativa), il pubblico ministero sarà chiamato a esercitare l'azione penale solo quando gli elementi raccolti risultino – sulla base di una sorta di "diagnosi prognostica" – tali da poter condurre alla condanna dell'imputato secondo la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, tanto in un eventuale giudizio abbreviato, quanto nel dibattimento. Al contrario, laddove il quadro cognitivo si connoti per la mancanza di elementi capaci di sorreggere una pronuncia di condanna, il pubblico ministero dovrà optare per l'inazione".

[10] Cass., Sez. VI, 10.5.2023, n. 19856, in fase di oscuramento.

[11] Il tema della completezza delle indagini, comunque, era affermato dalla giurisprudenza anche prima dell'entrata in vigore della Riforma Cartabia (si veda, a titolo esemplificativo, Corte costituzionale, sentenza n. 88/1991).

[12] Così, S. De Flammineis, *La valutazione dei fatti ai fini dell'archiviazione ovvero dell'esercizio dell'azione penale: poteri e responsabilità del Pubblico Ministero*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).

[13] V. nota 10.

[14] Invero, l'art. 61 d.lgs. n. 231/01 continua a prevedere che il giudice dell'udienza preliminare pronuncia sentenza di non luogo a procedere quando "gli elementi acquisiti risultano insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere in giudizio la responsabilità dell'ente".

[15] Tribunale di Milano, Sezione Gip-Gup, ordinanza 15.2.2023, citata da G. Spangher, Anche per l'ente si archivia in mancanza di una ragionevole previsione di condanna, pubblicato il 27.3.2023 in [www.altalex.it](http://www.altalex.it)

[16] T. Rafaraci, Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 163 ss.

[17] Così la definivano, quando era stata prevista all'epoca già dalla Riforma Bonafede (poi accantonata) M. Gialuz-J. Della Torre, Il progetto governativo di riforma del processo penale approda alla Camera: per avere processi rapidi (e giusti) serve un cambio di passo", in *Sistema Penale*, 2020, p. 182.

[18] Ne dà atto la stessa Commissione Lattanzi nella Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. a.c. 2435, 24 maggio 2021.

# IL PUBBLICO MINISTERO E LA SUA INDIPENDENZA IN UNA VISIONE COMPARATA

di Luca D'ADDARIO, Magistrato addetto all'Ufficio Studi del Csm

## Sommario:

1. Premessa
2. Il modello portoghese
3. Il modello francese
4. Il modello statunitense
5. Il Pubblico Ministero e la Rule of law europea
6. Conclusioni

## 1. PREMESSA

### IL PUBBLICO MINISTERO E LA SUA INDIPENDENZA IN UNA VISIONE COMPARATA [1]

L'occasione di riflettere su alcuni dei tratti essenziali della figura del Pubblico Ministero così come ricorrenti in ordinamenti connotati da tradizioni e caratteristiche anche profondamente diverse dal nostro nasce, prima ancora che dal gentile invito degli organizzatori di questo interessante convegno, dall'esigenza di rappresentare, nell'ambito di un convegno incentrato, almeno per questa sessione, sulla tematica dell'autonomia ed indipendenza della Magistratura, dalla consapevolezza che molto di tale autonomia e indipendenza risiede anche nelle modalità mediante le quali si declina il ruolo e le funzioni del Pubblico Ministero.

La scelta di analizzare la figura del Pubblico Ministero quale elemento di riferimento al fine di individuare le caratteristiche dell'ordinamento non è dunque casuale, e ciò non tanto per la contestualità di questa nostra riflessione rispetto a progetti od intenti di riforma che, proprio sulla figura del Pubblico Ministero, sembrano concentrarsi, quanto piuttosto per la forte interconnessione tra l'indipendenza dei magistrati giudicanti e quella dei magistrati che svolgono la funzione requirente.

La definizione dell'indipendenza del Pubblico Ministero diventa, infatti, corollario indispensabile dell'indipendenza del potere giudiziario nel suo complesso e dunque anche di quella del giudice.

La varietà degli ordinamenti nel panorama internazionale è notevole per quanto attiene a ciascuna delle due figure. In relazione all'inquadramento ordinamentale del Pubblico Ministero, infatti, si va da strutture ordinamentali che lo vedono incardinato a pieno titolo nell'ordine giudiziario (come ad esempio nel nostro ordinamento), ad altre che lo collocano nell'ambito del potere esecutivo. A fronte di ciò si staglia la pacifica collocazione di tutte le corti, i tribunali e giudici, di regola, nell'ordine giudiziario.

Così, in un oramai risalente articolo, un autore cercava di delineare la complessa figura del Pubblico Ministero nel panorama del sistema giuridico e giudiziario italiano[2]: *“la posizione del P.M. [sul piano teorico] è tuttora variegata ed incerta: rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria, quale necessaria conseguenza del principio della separazione dei poteri, per la natura amministrativa dell'attività accusatoria. Titolare di una funzione a sé stante, in quanto organo giudiziario e non giurisdizionale. Parte in senso soltanto formale, da cui il noto dilemma di parte-imparziale.*

*Organo di giustizia; organo neutro di garanzia, comunque tendente all'applicazione secondo diritto del precetto legale, poiché giudice e P.M. perseguono l'identico interesse all'attuazione della legge.”.*

In tale occasione, ed era il 1996, si evidenziava come nonostante la prospettiva di riforma della disciplina riguardante il titolare della funzione requirente fosse oggetto di *“discussione e di vivaci contrasti”*, in essa si era tuttavia nel tempo affermata la *“tendenza ad un progressivo avvicinamento della posizione del p.m. a quella del giudice, tendenza favorita dall'intera magistratura ed ora formalizzata nella prassi amministrativa del C.S.M.”.*

Di tale tendenza può trovarsi conferma in alcune pronunce del giudice amministrativo il quale, chiamato a riflettere sull'istituto del passaggio di funzioni disciplinato dall'art.13 del decreto legislativo n.160 del 5 aprile 2006 e sulla tutela dell'affidamento del magistrato nell'ambito delle molteplici modifiche subite, nel tempo, dal medesimo istituto, ha inteso delineare, in relazione alle funzioni di legittimità, una sostanziale equiparazione del giudicante e del requirente.

Se infatti, chiarisce il g.a., il compito *“precipuo”* della Corte di cassazione è quello di salvaguardare l'uniforme interpretazione della legge, allora *“la Procura generale, in persona dei suoi magistrati, partecipa alla funzione nomofilattica perché partecipa al processo di legittimità per un interesse non simmetrico a quello della parte privata che ricorre (de iure litigatoris) ma, sempre, nell'interesse della sola legge (de iure constitutionis)”.*

Ed infatti, si evidenzia ancora, *“...l'interesse curato dall'Ufficio [della Procura Generale] (e in esso da chi vi è immedesimato)... con la richiesta di enunciare il principio di diritto” è “solo quello generale all'esatta osservanza della legge e all'uniforme sua interpretazione come all'unità del diritto obbiettivo nazionale. Si tratta [...] di promozione e di cooperazione attiva e motivata, intrinseca alla formazione concreta della nomofilachia”; pertanto, “per quanto la decisione rappresenti il momento costitutivo della nomofilachia, l'essenza dialettica e costruttiva del processo e questa particolare azione fanno sì che nomofilachia si realizzi non soltanto attraverso la stretta formazione interna della decisione, ma anche attraverso il previo confronto dialettico o la speciale investitura del giudice che a quella conducono. A suo presidio non c'è il solo momento della deliberazione e dell'estensione della decisione, ma anche l'esplicazione di questi ruoli e poteri della Procura generale”[3].*

E la stessa Corte costituzionale in più occasione ha evidenziato la peculiarità della posizione ordinamentale e processuale del Pubblico ministero italiano il quale *“è infatti, al pari del giudice, soggetto soltanto alla legge [...]”*, così da non poter *“essere considerato come parte in senso stretto”*, dovendo invece essere qualificato

come “*magistrato appartenente all’ordine giudiziario, collocato come tale in posizione di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere*”, che “*non fa valere interessi particolari, ma agisce esclusivamente a tutela dell’interesse generale all’osservanza della legge*”, perseguendo, cioè, solo “*fini di giustizia*”[4].

Tale compenetrazione di funzioni, pur non incidendo sulla distinzione tra il ruolo del magistrato giudicante e di quello requirente, rende tuttavia evidente il confluire degli sforzi di entrambi verso un risultato, quello di una corretta amministrazione della giustizia, che è certamente comune ad entrambe le categorie.

Si tratta di un modello il quale, per dirla con le parole di Alessandro Pizzorusso, appare spesso connotato da non poche aporie: “*pur dovendosi accogliere con favore, la soluzione che lo configura come un organo quanto più indipendente è possibile*”, ciò non consente tuttavia di “*rimuovere le incongruenze che di tale soluzione sono proprie, né le conseguenze di ordine sistematico che ne derivano*”[5].

Ed allora in un momento in cui si ritiene di poter risolvere alcune almeno di tali aporie, attraverso modifiche, anche significative, dell’inquadramento ordinamentale del Pubblico Ministero, sembra utile riflettere sulle caratteristiche che il Pubblico ministero presenta in ordinamenti anche molto diversi dal nostro, allo scopo di misurare, attraverso l’utile strumento della comparazione, pregi e difetti del nostro assetto ordinamentale. Nel condurre tale analisi si procederà a tratteggiare le caratteristiche salienti di tre distinti modelli di Pubblico Ministero attraverso una lettura di tali esperienze secondo un ordine di progressiva differenziazione rispetto al nostro modello ordinamentale di requirente.

## 2. IL MODELLO PORTOGHESE

In un’ottica di progressivo allontanamento rispetto al modello di Pubblico ministero accolto nel nostro ordinamento, l’analisi non può dunque non partire da quello che, forse più di altri, presenta rispetto a quello i tratti di maggior comunanza.

Com’è noto in questo in Portogallo la struttura organizzativa presenta tre livelli gerarchici successivi: è governata al vertice dalla Procura generale, al livello immediatamente subordinato dai viceprocuratori regionali che guidano i rispettivi uffici, e al primo livello dai procuratori coordinatori, ciascuno a capo di uno dei 23 uffici del pubblico ministero dislocati in ognuno dei distretti.

Indipendentemente dalle funzioni gerarchiche che svolgono, i magistrati requirenti sono denominati unicamente “procuratore” e “viceprocuratore generale”.

Il modello portoghese di P.m. si fonda dunque su cinque aspetti principali: l’autonomia del Pm ; il suo autogoverno; l’indipendenza e il parallelismo rispetto alla magistratura giudicante; le competenze chiave e la competenza riservata in qualità di titolare dell’azione penale; la difesa della legalità democratica quale compito fondamentale.

Nella recente evoluzione storica della sua disciplina ordinamentale si è assistiti ad una progressiva emancipazione del Pubblico Ministero portoghese rispetto all’esecutivo, passaggio questo che ha rappresentato una indubbia conquista democratica, sancita espressamente in Costituzione a seguito della revisione del 1989,

e tradotta poi nel 1992 in una modifica dello statuto (l. 20 agosto 1992, n. 23). L'autonomia del P.m. è oggi consacrata nella Costituzione, che stabilisce, all'articolo 129, che "Il Pubblico Ministero è dotato di autonomia e di un proprio statuto, stabilito per legge".

Che tale autonomia corrisponda a un'effettiva indipendenza, lo si deriva direttamente dalla Costituzione, il cui art. 220, par. 1, afferma che "*La Procura Generale è l'organo di vertice del Pubblico Ministero, composto e dotato di competenze secondo quanto previsto dalla legge*".

Il fatto che la Procura generale sia l'organo requirente di vertice esclude qualsiasi altra relazione di dipendenza organico-istituzionale con altri organi dello Stato e altri poteri politici.

In termini concreti, indipendenza significa che tutti i procuratori, a partire dal Procuratore generale, non dovrebbero chiedere né accettare istruzioni da persone, istituzioni, organi, uffici o agenzie statali, poiché essi hanno il dovere di rispettare tale indipendenza.

Come espressamente affermato dall'art. 96 dello statuto, il Pubblico ministero portoghese è parte di una magistratura, parallela ma indipendente rispetto a quella giudicante, essendo un organo giudiziario dotato di poteri di iniziativa e impulso. Ciò significa che i procuratori non ricevono dai giudici né ordini né censure. Da tale indipendenza discendono, dunque, le garanzie di inamovibilità dall'ufficio; dall'altro lato, l'indipendenza non esclude la responsabilità, che connota altresì la magistratura requirente, e che, all'esterno, si concretizza principalmente nei poteri del Procuratore generale di diffondere notizie sull'attività svolta dal pm o di rendere conto dell'attuazione della politica criminale. In ogni caso, il Procuratore generale è politicamente responsabile solo di fronte al Presidente della Repubblica (eletto a suffragio universale e diretto), così da garantire legittimazione democratica e costituzionale al P.m.

Il Consiglio Superiore dei P.M. portoghesi, politicamente indipendente dal Procuratore generale, è l'organo apicale di gestione e disciplina dei requirenti portoghesi. Esso è composto da cinque membri eletti dall'Assemblea della Repubblica, undici membri del pm o di diritto, o eletti dai loro pari, e due personalità designate dal Governo per meriti riconosciuti, un requisito che indebolisce la loro indipendenza dall'istituzione che li nomina. Tale Consiglio Superiore è presieduto dal Procuratore generale e adotta le proprie risoluzioni a maggioranza (artt. 22 e 33 EMP).

Sia l'indipendenza esterna, o autonomia istituzionale, o indipendenza dal potere politico, che l'indipendenza interna, organica e funzionale del pm (che impone ai procuratori il rispetto del criterio di legalità e obiettività nell'esercizio delle loro funzioni) sono incarnate e assicurate dall'esistenza del Consiglio Superiore dei Pubblici Ministeri, un organo di governo autonomo nel quale i procuratori – una significativa maggioranza dei quali è eletta dai loro pari – costituiscono la maggioranza.

I procuratori non possono essere trasferiti, sospesi, promossi o congedati o rimossi dal servizio, o vedere in alcun modo modificata la propria posizione, salvo che in casi predeterminati.

Inoltre, la nomina, il collocamento, il trasferimento e la promozione dei procuratori e l'esercizio dell'azione disciplinare spettano alla Procura generale e non a un organo esterno.

Il contenuto della inamovibilità dei giudici è pressoché identico[6].

### 3. IL MODELLO FRANCESE

Nell'ottica di progressivo distacco rispetto al modello italiano di Pubblico Ministero deve ritenersi indubbiamente connotato da maggiori differenze il Pubblico ministero francese. Il modello francese si caratterizza per un pubblico ministero che è parte integrante del sistema giudiziario e dunque garantisce, come un giudice, la protezione delle libertà individuali.

Tuttavia, sebbene egli sia parte del sistema giudiziario, non gode del medesimo status del giudice. In dottrina si è parlato, al riguardo, di uno status 'ibrido'[7].

Il Pubblico ministero francese gode di una sorta di governo autonomo, ma non è indipendente. Esso, infatti è sottoposto alla supervisione e al controllo del proprio superiore e all'autorità del Ministro della giustizia. Ha un piede nel sistema giudiziario e uno nel potere esecutivo.

Per statuto, la sua carriera e valutazione disciplinare dipendono dal potere esecutivo, contrariamente a quanto avviene per i magistrati giudicanti, tali questioni ricadono nella competenza esclusiva del Csm, il *Conseil supérieur de la magistrature*. Di tale natura ibrida costituisce espressione la fase iniziale dedicata alla formazione del Pubblico Ministero; come i giudici, i pubblici ministeri sono infatti formati presso la Scuola nazionale della magistratura francese. Finché non scelgono il loro primo incarico, seguono lo stesso percorso formativo. Al completamento della scuola, si è prima di tutto magistrati e tutti prestano il medesimo giuramento. E ciò in ragione del principio, soggiacente al modello francese, di unità del sistema giudiziario.

Si può passare dal ruolo di giudice a quello di procuratore e viceversa, senza limitazioni (con il supporto di una certa formazione per il passaggio di funzioni). Significativamente diversa, invece, la fase della nomina. I procuratori possono essere riassegnati senza il loro consenso.

Non godono cioè della garanzia di inamovibilità come i giudici.

Le nomine dei dirigenti sono il risultato di un dialogo fra un dipartimento speciale del Ministero della giustizia e il Consiglio superiore della magistratura. La sezione per i pubblici ministeri del Csm emette un semplice parere sulla nomina (mentre per i giudici, dev'essere un parere positivo). A partire dal 2008, d'altro canto, seppure in assenza di modifiche legislative, i vari ministri della giustizia si sono solennemente impegnati a conformarsi a tale parere.

Se per la maggior parte delle nomine, questo non costituisce un problema, analogamente non può dirsi in relazione agli incarichi apicali o delle sedi più importanti dell'ufficio del pubblico ministero: rispetto alle quali nomine il potere esecutivo gioca un ruolo da protagonista attraverso il Consiglio dei Ministri.

Il Pubblico Ministero in udienza ha 'libertà di parola' pur nell'ambito delle direttive contenute nelle circolari emesse dal Ministro della giustizia, contenenti istruzioni generali sull'esercizio dell'azione penale (ad esempio in materia di violenza domestica, traffico di stupefacenti, etc.) che sono poi adattate dai procuratori a livello locale. Il Ministro della giustizia ha ancora il diritto di dare istruzioni individuali, ma devono essere scritte, inserite e registrate nel fascicolo[8].

A fronte di elementi di forte discrasia permane, rispetto al requirente francese, un elemento comune rappresentato dalla comune provenienza concorsuale di giudici e pubblici ministeri.

Sotto questo aspetto non può non rilevarsi, tuttavia, come anche l'assetto ordinamentale italiano sia andato incontro, nel tempo, a modifiche sostanziali del medesimo istituto. È cosa nota, infatti, che attraverso le modifiche introdotte, dalla cd. riforma Cartabia (Legge n.71 del 17 giugno 2022), all'art.13 del D.Lgs. n.160 del 2006, nel consentire il passaggio di funzioni per una sola volta nell'arco dell'intera carriera del magistrato, si sia determinato un meccanismo progressivo di cristallizzazione delle funzioni le quali, una volta superata la prima fase dell'esperienza professionale del magistrato, rimangono sostanzialmente vincolate alla scelta iniziale espressa dal magistrato ovvero ad una scelta spesso pesantemente condizionata dalla posizione in graduatoria del magistrato e dall'esigenza di approssimarsi, quanto più è possibile, alla propria provenienza geografica.

#### 4. IL MODELLO STATUNITENSE

L'inquadramento ordinamentale del P.M. negli Stati Uniti rappresenta, in questo ideale percorso di progressivo allontanamento dal modello italiano, un punto di riferimento assai lontano rispetto al panorama italiano. Com'è noto negli Stati Uniti coesistono, in via di approssimazione, due modelli di pubblico ministero entrambi caratterizzati dall'adozione del principio di discrezionalità (o opportunità) nell'esercizio dell'azione penale.

Nel primo, quello più diffuso a livello statale, il potere di selezionare le notizie di reato da perseguire (salvi i controlli giurisdizionali e "disciplinari", che sono poco significativi) viene in teoria bilanciato da due fattori: per quanto riguarda l'*Attorney General* dello Stato e gli stessi *District Attorneys*, dalla responsabilità politica degli stessi in quanto capi degli uffici requirenti, i quali dovrebbero rendere conto delle loro scelte direttamente agli elettori; per quanto riguarda gli altri *Prosecutors* addetti alla procura, dai vincoli gerarchici che legano tali funzionari al capo – e così, seppur indirettamente, agli elettori stessi.

Nell'altro modello, quello adottato a livello federale, la *prosecutorial discretion* dovrebbe essere invece compensata, essenzialmente, dalla sola gerarchia.

Infatti, i singoli procuratori degli Stati Uniti sono subordinati: se capi dell'ufficio, al Presidente, che li nomina e li può revocare; se addetti all'ufficio dell'*Attorney General* degli Stati Uniti, alla *discretion* di quest'ultimo atteso che a costui spettano simmetricamente poteri di nomina e di revoca (sostanzialmente esercitati, tuttavia, direttamente dal capo dell'ufficio distrettuale).

È così che, in teoria, si assicura la rispondenza dell'esercizio concreto dell'azione penale alle "*aspettative della comunità nazionale*"[9].

Si può dire, dunque, che negli Usa esistano due forme principali di controllo politico sul pubblico ministero. Un controllo diretto, di tipo elettorale, svolto chiamando periodicamente i cittadini alla scelta dei *chief prosecutors* e alla valutazione, fra le varie opzioni disponibili, di *men and measures*; un controllo indiretto, svolto tramite la subordinazione formale dell'intero apparato inquirente-requirente al capo dell'esecutivo, il Presidente degli Stati Uniti, e all'*Attorney General*.

Quest'ultimo, in linea con l'indirizzo presidenziale, dirama periodicamente delle linee-guida relative alla prosecutorial activity; entrambi, ognuno per quanto di sua competenza, sono in grado di nominare, revocare e sanzionare in via disciplinare i procuratori federali.

Chiare le differenze con il modello italiano.

Mentre il membro del pubblico ministero italiano è un magistrato a tutti gli effetti, l'altro non può fregiarsi di tale qualifica né in quanto parte dello stesso corpo dei giudici (come avviene in Italia, o in Francia) né in quanto parte di un ordine separato ma comunque "magistratuale" (come in Portogallo; o come diventerebbe anche nel nostro Paese, laddove trovassero corso le attuali proposte di revisione costituzionale e ordinamentale del Pubblico ministero).

Significative le differenze dunque.

E tuttavia anche rispetto al più lontano dei modelli ordinamentali possono rinvenirsi talune similitudini e riavvicinamenti non già sul piano dell'inquadramento costituzionale del P.M. che, come si è evidenziato, appare connotarsi per significative e radicali differenze strutturali, bensì in relazione alle concrete modalità di esercizio di taluni principi.

Si pensi, ad esempio, al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Com'è noto l'art. 13 della già citata Legge n.71 del 2022 (cd. Riforma Cartabia) ha modificato i commi 6 e 7 dell'art.1 del D.Lgs. n.106 del 2006 contenente la disciplina del Progetto organizzativo del Pubblico Ministero. All'esito delle modifiche il Progetto predisposto dal dirigente dell'Ufficio requirente, sottoposto (analoga-mente alle Tabelle degli uffici giudicanti) all'approvazione consiliare (ai sensi dell'art.2, co. 2, lett.c) della medesima Legge n.71 del 2022), diviene strumento mediante il quale *"Il procuratore della Repubblica predisponde, in conformità ai principi generali definiti dal Consiglio superiore della magistratura, il progetto organizzativo dell'ufficio"* e nel quale il medesimo dirigente determina: *"a) le misure organizzative finalizzate a garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, tenendo conto dei criteri di priorità di cui alla lettera b); b) i criteri di priorità finalizzati a selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre e definiti, nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge, tenendo conto del numero degli affari da trattare, della specifica realtà criminale e territoriale e dell'utilizzo efficiente delle risorse tecnologiche, umane e finanziarie disponibili;"*.

L'art. 1, comma 9, lett. i), della L. n. 134/2021 tra i principi di delega per la riforma del processo penale ha incluso, tra i criteri di delega al Governo, anche quello di *"prevedere che gli uffici del pubblico ministero, per garantire l'efficace e uniforme esercizio dell'azione penale, nell'ambito dei criteri generali indicati dal Parlamento con legge, individuino criteri di priorità trasparenti e predeterminati, da indicare nei progetti organizzativi delle procure della Repubblica, al fine di selezionare le notizie di reato da trattare con precedenza rispetto alle altre, tenendo conto anche del numero degli affari da trattare e dell'utilizzo efficiente delle risorse disponibili"*.

Il legislatore delegato, mediante l'art.41 del D.Lgs. n.150 del 10 ottobre 2022, ha introdotto l'art.3 bis delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, nel quale si evidenzia come *"Nella trattazione*

*delle notizie di reato e nell'esercizio dell'azione penale il pubblico ministero si conforma ai criteri di priorità contenuti nel progetto organizzativo dell'ufficio.”.*

Al riguardo, se sembra difficile poter rinvenire, in relazione a tale istituto, un concreto riavvicinamento con il modello americano di esercizio discrezionale dell'azione penale e di rinvio, al corpo elettorale, delle scelte rilevanti sul punto è ben vero, tuttavia, che il legame individuato tra i criteri di priorità nella selezione delle notizie di reato da un lato e dall'altro i criteri generali stabiliti sul punto dal Parlamento dall'altro, afferma, per la prima volta, una connessione tra modalità di esercizio della funzione requirente e un soggetto a questi terzo, ossia il Parlamento, il quale è chiamato a fornire, rispetto a tale settore dell'attività giudiziaria, dei “criteri generali” di riferimento.

È d'altro canto evidente come la verifica del gradiente di incidenza di tali modifiche sul concreto modo di atteggiarsi delle funzioni requirenti sarà diverso a seconda delle modalità mediante le quali verrà data attuazione a tali previsioni attraverso sia l'attività del Parlamento nell'opera di individuazione dei predetti criteri generali, sia l'attività consiliare di predisposizione della normativa secondaria volta all'attuazione dei principi espressi dalla normativa primaria sia, infine, dalla concreta attività dei dirigenti degli Uffici requirenti nella predisposizione dei progetti organizzativi.

## **5. IL PUBBLICO MINISTERO E LA RULE OF LAW EUROPEA**

Appare a questo punto opportuno allargare il punto di vista di questa sintetica riflessione attraverso una visione complessiva delle caratteristiche ordinamentali del Pubblico ministero in ambito europeo.

Al riguardo è agevole rilevare come la varietà delle concezioni ordinamentali tanto del giudice quanto del pubblico ministero è tale da precludere la possibilità di definire un modello prevalente sul piano europeo. Quel che in questa sede soprattutto interessa è che quella varietà non si riflette, però, specularmente sulla problematica dell'individuazione di principi comuni.

Rispetto alla funzione giudicante appare agevole rinvenire una significativa convergenza in relazione a numerose indicazioni di principio tra le quali quelle legate all'imparzialità nell'esercizio della funzione giudiziaria ed alla piena indipendenza di ogni giudicante, che dell'imparzialità costituisce presidio; si tratta di principi i quali, pur se con qualche distinguo<sup>[10]</sup>, costituiscono patrimonio comune dei degli ordinamenti dei diversi paesi dell'Unione.

Più complessa e frastagliata, viceversa, la condizione del Pubblico ministero.

Pur in presenza di testi sui quali si è raggiunto l'accordo dei Paesi membri del Consiglio d'Europa, infatti, non è così agevole rinvenire principi comuni ai diversi ordinamenti.

Se la convergenza è piena su concetti come l'imparzialità, la soggezione e la fedeltà alla legge, la tutela della legalità, dei soggetti deboli e delle vittime dei reati, la stessa indipendenza, allorquando si passa dall'affermazione di principio alla concreta declinazione dei predetti principi nel concreto tessuto ordinamentale del Pubblico ministero si possono apprezzare significative divergenze.

Nondimeno, nonostante i diversi sistemi esistenti, radicati in culture giuridiche diverse, e la impossibilità di individuare un modello uniforme applicabile in tutti gli Stati, *“nel corso dei secoli, i sistemi di giustizia penale europei hanno mutuato non pochi elementi gli uni dagli altri, tanto che oggi probabilmente non esiste un unico sistema “puro”*. Tale compenetrazione tra sistemi *“ha portato a un certo grado di convergenza”* rispetto al quale il fatto di maggiore importanza è rappresentato dal requisito dell’indipendenza del pubblico ministero, come pre-requisito per lo Stato di diritto e l’indipendenza del potere giudiziario[11].

Così si è espresso, in un recente parere, il Consiglio Consultivo dei Procuratori Europei, il quale ha evidenziato come *“L’indipendenza dei procuratori è indispensabile per consentire loro di svolgere la propria funzione. Essa rafforza il loro ruolo in uno Stato di diritto e nella società, inoltre è anche la garanzia che il sistema giudiziario funzionerà in modo equo ed efficace e che si realizzeranno tutti i benefici dell’indipendenza giudiziaria. Pertanto, analogamente all’indipendenza garantita ai giudici, l’indipendenza dei procuratori non è una prerogativa o un privilegio conferito nel loro interesse, ma una garanzia nell’interesse di una giustizia equa, imparziale ed efficace affinché protegga gli interessi pubblici e privati delle persone coinvolte”*[12].

In tema di indipendenza del Pubblico Ministero è ad esempio generale il consenso di fondo su una generica accezione di non condizionamento o di autonomia valutativa: quello status che nei documenti europei viene riferito alle garanzie di non interferenza, che dovrebbero estendersi al reclutamento, alla materia disciplinare, alla regolamentazione della durata e della rimozione dall’incarico e – da un punto di vista funzionale – anche al processo decisionale e di trattazione di singoli casi.

Più difficile la definizione allorché ci si confronti sulle caratteristiche strutturali dei diversi sistemi in ordine, ad esempio, alla sussistenza di un vincolo gerarchico ovvero all’ammissibilità o meno di direttive provenienti da organi di vertice. Ad una generica concezione di fondo circa la comunanza dei principi che, in tema di *Rule of Law* europea, sono sottesi alla funzione del Pubblico ministero si accompagna, dunque, la presenza di profonde divergenze nell’inquadramento complessivo che ogni Paese membro dell’Unione attribuisce alla figura del requirente, di tal che l’analisi dei principi generali presuppone, anzitutto, la piena contezza delle profonde diversità di concezione della funzione di procura nei diversi ordinamenti nazionali. Al riguardo differenze possono rilevarsi in relazione: all’esistenza o meno di una vera gerarchia interna all’apparato di procura ovvero esterna rispetto al Ministro della giustizia o in generale al potere esecutivo; all’esistenza o meno di una ripartizione di competenze su base essenzialmente territoriale (come quella esistente in Italia), rispetto a sistemi improntati su una strutturazione piramidale a livello nazionale; alle regole di giudizio e ai compiti degli organismi di procura; al tema dell’esercizio dell’azione penale, contrapponendosi modelli incentrati su di un’azione penale obbligatoria ad altri incentrati su forme di discrezionalità più o meno ampia a seconda del gradiente di rilevanza dell’interesse generale nell’ambito della valutazione circa l’opportunità di procedere penalmente; al fatto di sottoporre la decisione positiva o negativa di esercizio dell’azione a controlli di natura differente, non sempre propriamente giurisdizionali (come è in Italia l’intervento del giudice per le indagini preliminari a fronte della richiesta di archiviazione).

Quanto ai compiti, mentre è pacifico che il nucleo ineludibile della funzione requirente sia quello di promuovere l'azione penale e sostenerla in giudizio, ben diversa è poi l'ampiezza delle ulteriori funzioni, atteso che a compiti esclusivamente riferibili all'esercizio dell'azione in vista del dibattimento si assommano, in alcuni casi, la funzione direttamente investigativa e di direzione della polizia giudiziaria, ovvero, in via intermedia, il controllo della legalità dell'attività di polizia giudiziaria [13]. La consapevolezza di questa gamma di concezioni alternative della funzione requirente consente di comprendere quanto possa risultare problematico enucleare principi generali effettivamente comuni al pubblico ministero, nel panorama internazionale.

Il nucleo forte di una concezione comune viene individuato nel rispetto rigoroso della legge, nella promozione della sua applicazione e in una essenziale imparzialità del pubblico ministero nelle sue scelte e nel suo agire concreto, nonostante la sua qualificazione come parte del processo penale.

D'altro canto il rinvenimento di principi comuni in relazione alla strutturazione della figura del Pubblico Ministero diventa passaggio fondamentale laddove si tenga conto del cammino fatto, a livello euro-unitario per giungere ad una integrazione dei diversi sistemi ordinamentali e del salto di qualità che, sotto questo profilo, è stato compiuto mediante l'istituzione della Procura Europea.

Si tratta di una circostanza la quale rende evidente, in maniera plastica, la necessità di conoscere i diversi ordinamenti e le diverse forme mediante le quali il Pubblico Ministero è stato delineato onde rinvenire un 'ethos' comune alle diverse figure di Pubblico Ministero.

E del resto si tratta di una preoccupazione che il legislatore euro-unitario ha avvertito se è vero, come è vero che, il Regolamento istitutivo di E.P.P.O. [14] stabilisce, all'art. 17, che i procuratori europei delegati debbono prestare tutte le garanzie di indipendenza offerte dal loro sistema di nomina, dal loro mandato e profilo professionale, richiamando vari documenti, specialmente quelli emanati dal Consiglio d'Europa, con riferimento ai parametri di indipendenza del pubblico ministero in Europa, e confermando la giurisprudenza che la Corte EDU e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea hanno costruito riguardo all'indipendenza che deve caratterizzare il P.M. ovvero, in senso più ampio, al concetto di "autorità giudiziaria" o "funzioni giudiziarie" od "organo giudiziario" per affinità con l'indipendenza tipica della magistratura giudicante [15].

## 6. CONCLUSIONI

Come notava la Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa nel suo rapporto sugli standard europei di indipendenza dei sistemi giudiziari del 2010, le differenze tra i modelli di *Prosecution Service* in Europa sono radicate nelle diverse culture giuridiche, e non è configurabile allo stato, neppure limitatamente all'Europa, un modello uniforme. Immediatamente si pone la tematica del rapporto con il potere esecutivo, in termini di dipendenza, relazione, potere di istruzione in singoli casi, coordinamento, autonomia, indipendenza. Rileva la Commissione di Venezia, come lo standard europeo consente un differente modello nell'individuazione del rapporto tra il pubblico ministero e gli altri poteri dello Stato, nel senso della completa indipendenza da Parlamento o Governo o della subordinazione all'uno o all'altro degli altri poteri statuali, ovviamente

più o meno marcata o attenuata e con varie sfumature intermedie.

Pur partendo dalla presa d'atto della pluralità di modelli di Pubblico ministero in Europa, e ricordata la sua peculiarità di appartenente al potere giudiziario e di essere, al tempo stesso, parte processuale, la Corte di Giustizia, nel riconoscere l'indipendenza del potere giudiziario quale caratteristica consustanziale del principio dello Stato di diritto e dunque uno dei valori fondativi dell'Unione ai sensi dell'art. 2 Tue, ha tuttavia sottolineato la decisività di un Pubblico ministero indipendente.

La Corte di Giustizia, in alcune recenti pronunce rese in tema di Mandato di arresto europeo (di seguito M.A.E.), ha infatti chiarito come, sebbene il Pubblico ministero, per le sue funzioni, non sia un'autorità giurisdizionale in senso stretto (nel senso di autorità chiamata a decidere delle controversie con piena indipendenza), nel caso in cui sia competente a emettere un mandato di arresto europeo esso *“deve essere necessariamente indipendente, ossia deve vedere tutelata la propria posizione rispetto al potere esecutivo da regole statutarie e organizzative idonee a permettergli di svolgere un controllo giudiziario quanto all'emissione del mandato e, di conseguenza, ad assicurare l'elevato livello di fiducia reciproca intercorrente tra gli Stati membri”* [16].

Nonostante la pluralità di modelli esistenti in Europa, nei casi in cui adottati decisioni come quelle relative al M.A.E. incidenti sulla libertà personale, il Pubblico ministero deve dunque essere necessariamente indipendente. E ciò comporta, in un'Unione basata sulla circolazione delle decisioni giudiziarie e sulla fiducia reciproca circa il rispetto dei principi democratici nello Spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, uno standard relativo alla tutela giurisdizionale effettiva sicuramente alto, per la migliore protezione dei diritti fondamentali.

Sotto questo profilo, se l'esperienza italiana ha talora evidenziato alcune criticità in tema di coerenza d'azione e di efficienza complessiva, essa tuttavia costituisce il frutto di un'elaborazione della posizione ordinamentale del Pubblico ministero tanto specifica, rispetto al contesto europeo, quanto significativa sul rispetto e l'attuazione dei valori di imparzialità e correttezza a presidio dello Stato di diritto. Ne costituisce conferma la circostanza secondo la quale il regolamento istitutivo della Procura europea presenti evidenti assonanze con il modello italiano.

L'inquadramento del Pubblico ministero italiano presenta caratteristiche che ne connotano profondamente il tratto e ne fanno un *unicum* a livello europeo.

Lo statuto di indipendenza, interna ed esterna che caratterizza il Pubblico ministero, il suo inquadramento nell'ordine giudiziario, il riferimento al Csm quale organo di governo autonomo unitario per la magistratura giudicante e requirente, l'assenza di strutturazione piramidale e di gerarchia pur in presenza di strumenti che assicurano il coordinamento investigativo, l'obbligatorietà dell'azione penale e la soggezione anche del suo mancato esercizio al vaglio giurisdizionale, sono aspetti che, complessivamente intesi, conferiscono al magistrato requirente italiano una posizione assolutamente unica nel panorama europeo.

Si tratta di caratteri che, tuttavia, lungi dal rappresentare un mero tratto culturale assumono un rilievo profondamente sostanziale anche in quanto avvinati da un nesso funzionale particolarmente forte.

È evidente, infatti, come le modifiche di taluni aspetti, anche apparentemente secondari, della disciplina sia processuale che ordinamentale della funzione requirente, laddove analizzate con un'ottica più complessiva che trascenda l'ambito del ristretto settore di intervento, assumono spesso il senso di modifiche anche radicali del modello di inquadramento ordinamentale di requirente accolto nel nostro sistema.

Si tratta di una consapevolezza di cui appare necessario, in questa sede, riaffermare la centralità, onde evitare che l'eventuale distacco rispetto all'attuale modello di requirente, sia compiuto nell'ottica deresponsabilizzante di chi ritiene che si possa modificare un singolo aspetto di tale modello senza incidere, più o meno profondamente, sulle caratteristiche complessive del medesimo modello e dunque sulla rispondenza del medesimo al nostro sistema ordinamentale e costituzionale.

Appare ancora una volta decisivo il richiamo alle pronunce della Corte costituzionale ed in particolare a quella, già citata, nella quale la Consulta, analizzando l'impianto sistematico del nuovo processo penale in tema di equilibrio tra archiviazione e proscioglimento (art. 425 cod. proc. pen.), ha precisato come il principio di legalità (art. 25, secondo comma), che rende doverosa la repressione delle condotte violatrici della legge penale, *“abbisogna, per la sua concretizzazione, della legalità nel procedere; e questa, in un sistema come il nostro, fondato sul principio di eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (in particolare, alla legge penale), non può essere salvaguardata che attraverso l'obbligatorietà dell'azione penale”*.

Ad avviso della Corte, tuttavia, realizzare la legalità nell'eguaglianza *“non è, però, concretamente possibile se l'organo cui l'azione è demandata dipende da altri poteri: sicché di tali principi è imprescindibile requisito l'indipendenza del pubblico ministero”*.

Il Pubblico ministero, precisa ancora la Corte, *“al pari del giudice, [è] soggetto soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.) e si qualifica come “un magistrato appartenente all'ordine giudiziario collocato come tale in posizione di istituzionale indipendenza rispetto ad ogni altro potere”, che “non fa valere interessi particolari ma agisce esclusivamente a tutela dell'interesse generale all'osservanza della legge” (sentenze nn. 190 del 1970 e 96 del 1975)”*, con la conseguenza che l'eliminazione di ogni contaminazione funzionale tra giudice e organo dell'accusa derivante dal nuovo modello processuale, specie in tema di formazione della prova e di libertà personale, non impone, *“sul piano strutturale ed organico [che], il P.m. sia separato dalla Magistratura costituita in ordine autonomo ed indipendente”* [17].

È un monito, quest'ultimo, che appare, a dispetto della sua risalenza nel tempo, connotarsi per la sua stringente attualità.

---

[1] Intervento nel corso del Convegno “Magistratura e Costituzione “vivente”” svoltosi, il 31 maggio 2023, in occasione della celebrazione dei 75 anni della Costituzione presso l'aula Magna della Corte di cassazione a margine della presentazione del volume “La Costituzione vivente”, AA.VV. a cura di L. Delli Priscoli, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023.

[2] V. M. Devoto, *Obbligatorietà – discrezionalità dell’azione penale. Ruolo del P.M.*, in *Cass. pen.*, fasc.6, 1996, pag. 2024 e ss.;

[3] V. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 6 settembre 2017, n. 4220 e, più recentemente, stessa Sezione sentenza n.7695 del 4 dicembre 2020;

[4] V. Corte Costituzionale, sentenza n. 88 del 1991;

[5] V. A. Pizzorusso, *Riflessioni sul ruolo del Pubblico Ministero*, in *Questione giustizia*, 1982, pp.513 e ss.; in tale saggio Pizzorusso evidenziava come la più rilevante delle conseguenze fosse quella di rendere ad esempio impossibile la compiuta attuazione dell’art.109 della Costituzione a tenore del quale l’autorità giudiziaria “dispone direttamente della polizia giudiziaria”; ed infatti, notava l’autore, rinunciandosi all’organizzazione gerarchica del pubblico ministero, diveniva infatti impossibile che ciascun magistrato che ne esercita le funzioni possa disporre dell’intera polizia giudiziaria “e poiché questa non può, per forza di cose, fare a meno di un proprio vertice, è giocoforza che questo vertice sia il ministero dell’interno, in sede nazionale, ed il questore, in sede locale.”.

[6] Per un’illustrazione della figura del Pubblico Ministero portoghese si veda J. P. R. De Albuquerque, *Il pubblico ministero portoghese: architettura istituzionale, principi, garanzie, sfide*, in *Questione Giustizia*, 2, 2021, pp.117 e ss..

[7] V. A. Chaumet, *Lo status del pubblico ministero francese e i suoi rapporti con il potere esecutivo*, in *Questione Giustizia*, 2, 2021, pp. 151 e ss.;

[8] V. A. Chaumet, *op.cit.*, p.186;

[9] V. J. Mazzuri, *Uno sguardo oltre l’Europa. La discrezionalità nell’esercizio dell’azione penale negli Stati Uniti e la prospettiva del controllo politico sul pubblico ministero: limiti di un modello e brevissimo spunto di comparazione*, in *Questione giustizia*, 2, 2021, p.182 ss.;

[10] In relazione, ad esempio, alla posizione della magistratura giudicante in Polonia alla luce delle recenti modifiche ordinarie verificatesi in tale nazione si segnala la riflessione svolta da M. Mazza, *Le garanzie istituzionali della magistratura in Polonia: un presente difficile, un futuro incerto*, in *DPCE on line*, 2020, 4, pp.4969 e ss.;

[11] V. più diffusamente sul punto A. Mura, *Pubblico ministero in Europa. Modelli, esperienze, prospettive*, in *Questione giustizia*, 2021, n.2, pp. 90 e ss. il quale, nel rilevare come neo istituita Procura Europea (EPPO) costituisca un “banco di prova della capacità dei diversi ordinamenti di convergere su valori comuni inerenti (anche) al pubblico ministero” evidenzia come sia ormai condivisa l’idea che “il pubblico ministero debba agire in un’ottica di promozione attiva dei diritti fondamentali, con una linea d’azione improntata alla fairness, in un quadro di effettiva tutela del valore del giusto processo.”

[12] V. *Parere del Consiglio Consultivo dei Procuratori Europei adottato a Strasburgo il 26 novembre 2021 (n. 16)*, *Implicazioni delle decisioni dei tribunali internazionali e degli organi dei trattati sull’indipendenza pratica dei procuratori*.

[13] V. A. Mura, *op. cit.*, pp. 91 e ss.

[14] V. Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»);

[15] In applicazione degli artt. 6 e 14 (2)(b) del regolamento EPPO, il Procuratore capo europeo, i suoi due sostituti, il Collegio e le sezioni permanenti, i procuratori europei, i procuratori europei delegati e il relativo staff –, nell'esercizio delle proprie funzioni, non devono in alcun caso richiedere né prendere istruzioni da persone esterne a EPPO, dagli Stati membri, né da qualsiasi altra istituzione, ufficio o agenzia dell'Unione, i quali a loro volta hanno l'obbligo di rispettare tale indipendenza.

[16] Cfr. Cgue [GS], OG e PI (Procure di Lubeca e Zwickau), C508/18 e C82/19 PPU, 27 maggio 2019 (EU:C:2019:456), punto 74; PF (Procuratore generale di Lituania), C509/18, 27 maggio 2019 (EU:C:2019:457).

[17] V. Corte Costituzionale, sentenza n.88 del 1991.

# LA RECIDIVA REITERATA AL VAGLIO DELLE SEZIONI UNITE.

NON E' NECESSARIA LA PRECEDENTE DICHIARAZIONE DI RECIDIVA SEMPLICE  
NOTA A CASS., SEZ. UN., SENT. 30/03/2023 (DEP. 25/07/2023) N. 32318, PRES. CASSANO, REL. ZAZA.

di Donatella DI SANTO

## Sommario:

1. La questione sottoposta allo scrutinio del Supremo Collegio
2. L'orientamento tradizionale
3. L'ordinanza di rimessione e gli argomenti a sostegno del superamento dell'indirizzo prevalente
4. L'iter argomentativo delle Sezioni Unite
  - 4.1. Le Sezioni Unite aderiscono all'orientamento tradizionale
    - 4.1.2. L'argomento letterale
    - 4.1.3. L'argomento sistematico
  - 4.2. Le ragioni del mancato accoglimento dell'opzione ermeneutica avallata dalla Sezione rimettente
  - 4.3. La verifica del "presupposto sostanziale"

## 1. LA QUESTIONE SOTTOPOSTA ALLO SCRUTINIO DEL SUPREMO COLLEGIO.

Mediante ordinanza n. 36738/2022 [1] la Quinta Sezione della Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la risoluzione del seguente quesito: «se, ai fini dell'applicazione della recidiva reiterata, sia necessaria una sentenza, divenuta irrevocabile anteriormente al fatto per il quale si procede, che abbia condannato l'imputato per un reato aggravato dalla recidiva».

Nello specifico, la vicenda sottoposta all'attenzione delle Sezioni Unite trae origine dalla sentenza del 20 settembre 2021, con la quale la Corte d'Appello di Ancona confermava la sentenza pronunciata dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Ancona, in data 29 gennaio 2021 che, a seguito di giudizio abbreviato, condannava gli imputati alla pena di anni due e mesi otto di reclusione ed euro cinquecento di multa per il reato di furto di due blocchetti di assegni e denaro liquido, asportati il 22 novembre 2020 dal ristorante... In tale sede, peraltro, veniva contestata ed accertata la recidiva reiterata, specifica ed infraquinquennale. Avverso la sentenza di appello, proponeva ricorso per Cassazione la difesa di uno dei due imputati, deducendo violazione di legge e vizio di motivazione in ordine alla recidiva.

In sostanza, il ricorrente sosteneva che l'applicazione del relativo aumento di pena non era stata motivata con riguardo all'espressività di maggiore pericolosità attribuibile alla commissione del reato qui giudicato, trascurandosi d'altra parte che l'assenza di una precedente condanna per fatti aggravati dalla recidiva induceva a ritenere che la stessa fosse stata esclusa in quelle sedi.

A quest'ultimo proposito, si rilevava che la possibilità di ritenere configurabile la contestata recidiva reiterata, nonostante la recidiva semplice non fosse stata oggetto delle condanne precedenti, era stata motivata con la mera citazione di arresti giurisprudenziali in ordine alla possibilità di prescindere da tale pregressa formale dichiarazione.

## **2. L'ORIENTAMENTO TRADIZIONALE.**

Secondo il prevalente orientamento, sposato dai giudici di merito e posto a fondamento delle proprie statuizioni, ai fini del riconoscimento della recidiva reiterata è sufficiente che, al momento della commissione dell'ultimo delitto, il reo «risulti gravato da più condanne definitive per reati che, valutati unitamente all'ultimo, manifestino la sua maggiore attitudine criminosa», non essendo necessaria «la dichiarazione della recidiva semplice in una delle precedenti sentenze di condanna»[2].

Tale indirizzo verrebbe suffragato proprio dal tenore letterale dell'art. 99, quarto comma, c.p., il quale, nel disciplinare la recidiva reiterata, non fa alcun riferimento ad una precedente dichiarazione della recidiva semplice. Infatti, l'indicazione del termine «recidivo» non sottintende la costituzione di uno stato di recidivanza per effetto di una precedente dichiarazione giudiziale in tal senso. Al contrario, esso è stato usato dal legislatore per comodità di esposizione, ossia per non ripetere la definizione contenuta nel comma primo dello stesso articolo e non già per indicare una qualità del soggetto giudizialmente affermata[3].

L'evoluzione giurisprudenziale di tale affermazione ha, poi, distinto i poteri del giudice della cognizione da quelli del giudice dell'esecuzione, rilevando che soltanto il primo possa accertare i presupposti di una recidiva che non sia stata previamente dichiarata, sicché la recidiva reiterata può essere riconosciuta in sede di cognizione anche quando in precedenza non sia stata dichiarata giudizialmente la recidiva semplice.

Al contrario, nel secondo caso, tale accertamento è precluso, dovendosi, pertanto, escludere che una recidiva non dichiarata in sede di cognizione possa essere ritenuta dal giudice dell'esecuzione[4].

Più di recente si è ribadito che, ai fini del riconoscimento della recidiva reiterata, «non è necessaria una precedente dichiarazione di recidiva contenuta in altra sentenza di condanna dell'imputato», né è necessario che, in relazione ad altri procedimenti definiti con sentenza irrevocabile, sussistano astrattamente i presupposti per riconoscere la recidiva semplice, ma «è sufficiente che al momento della consumazione del reato l'imputato risulti gravato da più condanne definitive per reati che, in relazione a quello oggetto di giudizio, manifestino una sua maggiore pericolosità sociale»[5].

### 3. L'ORDINANZA DI RIMESSIONE E GLI ARGOMENTI A SOSTEGNO DEL SUPERAMENTO DELL'INDIRIZZO PREVALENTE.

Il Collegio rimettente rilevava l'esistenza di un orientamento maggioritario, maturato in seno alla giurisprudenza di legittimità e condiviso dalla sentenza impugnata, tale da ammettere la configurabilità della recidiva reiterata in mancanza di una precedente condanna per fatto aggravato dalla recidiva semplice.

Ciononostante, dato atto che un parziale distacco dal citato orientamento si individua in talune pronunce, per le quali «è esclusa l'applicazione della recidiva reiterata nel caso in cui la recidiva semplice non sia stata in precedenza ritenuta per la mancanza del presupposto dell'antieriorità del passaggio in giudicato della condanna per il reato precedente»[6], la Sezione rimettente ha ritenuto opportuno un superamento dell'indirizzo maggioritario nella direzione della necessità, per la configurabilità della recidiva reiterata, di una precedente sentenza definitiva di un reato aggravato dalla recidiva e, con ordinanza del 13 settembre 2022, ha rimesso gli atti alle Sezioni Unite. In tal senso, a sostegno della soluzione prospettata, ha individuato argomenti di ordine letterale e sistematico.

In primo luogo, quanto al dato letterale, nell'ordinanza di remissione è stato evidenziato che l'uso del sostantivo "recidivo" rappresenta una formula espressiva delle varie figure di recidiva disciplinate dai commi dell'art. 99 c.p., che precedono il quarto, tale da rendere necessaria una lettura omogenea del dato letterale che si ripresenta identico in tutti i commi[7]. In secondo luogo, la Sezione rimettente ha evidenziato come la tesi sostenuta dall'orientamento maggioritario, che ritiene sufficiente, ai fini dell'applicazione della recidiva reiterata, il mero riscontro della pregressa commissione di delitti non colposi, anche se non aggravati ai sensi dell'art. 99, primi tre commi c.p., si prospetta incompatibile con la fisionomia della recidiva così come delineata da parte della giurisprudenza costituzionale e di legittimità nel corso degli ultimi decenni.

Invero, secondo i giudici rimettenti deve necessariamente tenersi conto della profonda evoluzione che ha investito l'istituto della recidiva dalla sua introduzione ad oggi. Nell'impostazione originaria del Codice Rocco, la recidiva era considerata una questione di "diritto" e non di "fatto", con la conseguenza che l'aggravamento di pena era strettamente conseguente alla relativa iscrizione del precedente nel casellario giudiziale e alla formale contestazione.

Il nuovo regime normativo, introdotto con la riforma del 1974[8], a seguito della quale venne meno l'obbligatorietà della recidiva, venne interpretato in senso restrittivo dalla giurisprudenza, nel senso che esso consentiva al giudice non di escludere la circostanza, ma solo di non apportare gli aumenti di pena conseguenti alla recidiva[9], tanto da parlare non di «facoltatività della recidiva», bensì di «facoltatività dell'aumento di pena»[10]. Con la riforma del 2005[11], oltre a confermare il regime di facoltatività, si stabilì un severo inasprimento degli aumenti di pena associati alle varie figure di recidiva e si introdusse una rilevante serie di effetti «indiretti» della recidiva reiterata, tra i quali una significativa limitazione al giudizio di bilanciamento ex art. 69, comma quarto, c.p. Proprio lo scrutinio delle questioni di legittimità costituzionale della deroga al giudizio di bilanciamento prevista, per la recidiva reiterata, dalla novella del 2005, offrì alla Corte costituzionale l'occasione per mettere a fuoco i requisiti sostanziali della recidiva.

Con la sentenza n. 192 del 2007, la Corte costituzionale ha ulteriormente chiarito la correlazione tra il riconoscimento della sussistenza della recidiva reiterata e la valutazione della significatività del “nuovo” reato, specificando che «il giudice applicherà l’aumento di pena previsto per la recidiva reiterata solo qualora ritenga il nuovo episodio delittuoso concretamente significativo - in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti, ed avuto riguardo ai parametri indicati dall’art. 133 c.p. - sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo»[12]. L’indirizzo prospettato dalla Corte costituzionale è stato poi pienamente accolto dalla giurisprudenza di legittimità, che - riaffermata la natura facoltativa della recidiva, anche reiterata - ha sottolineato come sia «compito del giudice, quando la contestazione concerna una delle ipotesi contemplate dai primi quattro commi dell’art. 99 c.p., e quindi anche nei casi di recidiva reiterata (...), quello di verificare in concreto se la reiterazione dell’illecito sia effettivo sintomo di riprovevolezza e pericolosità»[13].

Nella stessa prospettiva, si pongono le Sezioni Unite del 2011[14], le quali hanno messo in luce come «non sia conforme ai principi generali di un moderno diritto penale, espressivo dei valori enunciati dalla Carta fondamentale, una concezione della recidiva quale status soggettivo correlato al solo dato formale della ricaduta nel reato dopo una previa condanna passata in giudicato che formi oggetto di mero riconoscimento da parte del giudice, chiamato soltanto a verificare la correttezza della sua contestazione»; al contrario, le Sezioni Unite hanno dato atto del «superamento della concezione della recidiva come mero status desumibile dal certificato penale», sulla base del rilievo che gli elementi costitutivi della recidiva quale circostanza aggravante chiamano in causa «non solo l’esistenza del presupposto formale rappresentato dalla previa condanna», ma anche il «presupposto sostanziale, costituito dalla maggiore colpevolezza e dalla più elevata capacità a delinquere del reo»[15]. Alla luce di tale premessa, dopo aver ribadito l’esigenza di ancorare l’interpretazione dell’art. 99 c.p., a criteri letterali, l’ordinanza in rassegna ha, dunque, ritenuto necessario un accertamento sostanziale della recidiva, volto, cioè, ad individuare una relazione qualificata tra i precedenti penali dell’imputato ed il nuovo illecito, al fine di superare l’idea della recidiva come mero status derivante dal certificato penale[16]. Invero, il sostantivo “recidivo” di cui all’art. 99, comma quarto, c.p. rinvia alle varie figure di recidiva, semplice o qualificata, di cui ai precedenti tre commi che, secondo il diritto vivente, non possono ritenersi integrate dalla mera esistenza di precedenti penali, ma richiedono «l’accertamento positivo della sussistenza del “presupposto sostanziale”, costituito dalla maggiore colpevolezza e dalla più elevata capacità a delinquere del reo»[17]. Ne consegue, allora, che la recidiva reiterata potrà dirsi perfezionata solo in presenza di una precedente sentenza di condanna che abbia accertato la sussistenza di tali requisiti. Una conferma della tesi qui sostenuta è offerta dalle Sezioni Unite Schettino[18], le quali evidenziano «la irriducibilità della recidiva alla titolarità di precedenti penali», mettendo l’accento sul presupposto sostanziale, rappresentato dalla espressività del nuovo reato, di una più accentuata colpevolezza o di una maggiore pericolosità. In questa prospettiva, ritengono non condivisibile «l’orientamento secondo il quale la valorizzazione dei “precedenti penali” che sia stata operata per il diniego delle attenuanti generiche è indice di un giudizio che riconosce la ricorrenza della circostanza aggravante della recidiva, risultando un mero errore il mancato

aumento della pena a titolo di recidiva», orientamento, questo, che «depaupera il giudizio concernente la recidiva, finendo con il ridurlo alla constatazione della presenza di pertinenti “precedenti penali”, che accidentalmente, in forza del reclutamento di mere formule di stile, possono anche risultare correlati retoricamente ad una maggiore colpevolezza per il fatto e ad una maggiore pericolosità sociale del reo, ma senza che il linguaggio possa far velo all’assenza di una reale indagine al riguardo». Il netto discrimen delineato dalle più recenti Sezioni Unite Schettino tra precedenti penali e recidiva conferma che il “recidivo” di cui all’art. 99, quarto comma, c.p. è non il soggetto nei cui confronti è intervenuta semplicemente una sentenza di condanna, ma quello che è stato condannato per un reato rispetto al quale il giudice ha valutato e statuito la sussistenza dei requisiti, non solo formali, ma anche sostanziali della circostanza aggravante della recidiva. Secondo la Quinta Sezione della Corte di Cassazione, pertanto, l’orientamento prevalente applica un «rigido automatismo sanzionatorio», di fatto operando come se si trovasse al cospetto dell’assetto normativo originario del Codice Rocco, atteso che equipara il precedente penale in quanto tale alla condanna per un reato aggravato dalla recidiva, così attribuendo al reato oggetto della “seconda” sentenza una recidiva che, in quanto non applicata sembra, dunque, di fatto, considerata obbligatoria. E tanto, all’evidenza, collide con gli approdi della Corte Costituzionale, che, con la sentenza n. 185 del 2015, ha dichiarato l’illegittimità della recidiva obbligatoria di cui all’art. 99, comma quinto, c.p., osservando che «il rigido automatismo sanzionatorio cui dà luogo la norma censurata - collegando l’automatico e obbligatorio aumento di pena esclusivamente al dato formale del titolo di reato commesso - è del tutto privo di ragionevolezza, perchè inadeguato a neutralizzare gli elementi eventualmente desumibili dalla natura e dal tempo di commissione dei precedenti reati e dagli altri parametri che dovrebbero formare oggetto della valutazione del giudice, prima di riconoscere che i precedenti penali sono indicativi di una più accentuata colpevolezza e di una maggiore pericolosità del reo»[19].

#### **4. L’ITER ARGOMENTATIVO DELLE SEZIONI UNITE.**

Con la sentenza n. 32318 del 2023[20], le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, prima di entrare nel merito della questione, hanno ritenuto necessario, alla luce dei plurimi interventi giurisprudenziali che hanno investito l’istituto in commento, rievocare i principi più importanti formulati sul punto, così da delineare l’attuale configurazione della recidiva nel diritto vivente. In via preliminare, hanno ribadito l’indiscussa qualificazione della recidiva come circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole[21].

Venendo poi al momento processuale della contestazione, hanno ricordato il principio della obbligatorietà della contestazione, da cui consegue la possibilità di ritenere la circostanza de qua in sede giudiziale solamente in quanto specificamente contestata all’imputato. Si è ribadito, inoltre, che la contestazione deve avere ad oggetto la singola imputazione cui l’aggravante inerisce, potendo però essere ascritta in calce alla serie di imputazioni ove il pubblico ministero intenda riferirla a ciascuna di esse[22].

Quanto al rapporto tra le modalità di contestazione e le diverse ipotesi di recidiva di cui all’art. 99 c.p., è pacifico che, ove la pubblica accusa dovesse contestare genericamente la recidiva di cui all’art. 99 c.p. senza

ulteriori specificazioni, la contestazione andrebbe riferita alla recidiva semplice[23].

Sul piano strutturale, poi, hanno sottolineato che la recidiva non può ritenersi espressione di un mero status soggettivo del reo, delineato dai suoi precedenti penali. Questi ultimi, infatti, devono essere valutati unitamente al requisito sostanziale rappresentato dalla maggiore colpevolezza e pericolosità del reo. In particolare, con le Sezioni Unite Indelicato[24], viene individuato quale elemento centrale nella valutazione sull'applicazione dell'aumento di pena per la recidiva, «la maggiore attitudine a delinquere del reo, in quanto aspetto comune sia alla colpevolezza che alla capacità di realizzazione di nuovi reati»[25]. In tale prospettiva, la colpevolezza rileva nella sua accezione di consolidamento della determinazione delittuosa, pur a fronte del monito delle precedenti condanne. Tale nozione, tuttavia, viene sviluppata in una sua inevitabile risultante, ossia «la maggiore attitudine a delinquere, che sotto questo profilo costituisce una componente della colpevolezza». Questa componente, per altro verso, si traduce a sua volta in una «incrementata capacità delinquenziale», che in questo senso costituisce la forma espressiva della pericolosità determinante nel giudizio sulla recidiva. Alla luce di tale assetto definitorio, la colpevolezza e la pericolosità non risultano oggetto di distinte valutazioni, ma di una valutazione unitaria e consequenziale, nel senso che «dall'accertamento di una maggiore colpevolezza, in quanto costituita dal rafforzamento della determinazione criminosa, deriva quello di una pericolosità costituita dalla potenzialità di commissione di altri reati»[26].

Orbene, da ciò discende che se il giudizio sulla sussistenza del fondamento sostanziale della recidiva si incentra nella valutazione sulla maggiore attitudine a delinquere del reo, lo stesso non può evidentemente ridursi alla mera constatazione della commissione di un nuovo delitto da parte del soggetto agente già condannato, risultando necessario un esame del percorso criminale del reo e della significatività del nuovo delitto, in termini di rafforzamento dell'attitudine a delinquere.

#### **4.1 LE SEZIONI UNITE ADERISCONO ALL'ORIENTAMENTO TRADIZIONALE.**

Venendo, poi, al quesito rimesso dalla Sezione Quinta, le Sezioni Unite, hanno ritenuto di condividere l'orientamento tradizionale, così formulando il principio di diritto per il quale «Ai fini del riconoscimento della recidiva reiterata è sufficiente che, al momento della consumazione del reato, l'imputato risulti gravato da più sentenze definitive per reati precedentemente commessi ed espressivi di una maggiore pericolosità sociale, oggetto di specifica ed adeguata motivazione, senza la necessità di una previa dichiarazione di recidiva semplice». A sostegno di tale conclusione, vengono richiamati argomenti di natura letterale e sistematica.

##### **4.1.2 L'ARGOMENTO LETTERALE**

In primo luogo, viene evidenziata la persuasività dell'argomento di carattere letterale, rilevando, per un verso, l'assenza nella formulazione dell'art. 99, quarto comma, c.p., di qualsiasi riferimento ad una precedente affermazione giudiziaria della recidiva semplice; per altro verso, si osserva che il termine “recidivo”, presente nel quarto comma, è volto a richiamare in forma sintetica l'espressione di cui al primo comma, utilizzata unicamente per descrivere la condizione di precedente condanna, e non anche l'eventuale concreta applicazione

della recidiva nei suoi effetti sanzionatori. Invero, da un punto di vista strutturale, le fattispecie descritte rispettivamente ai commi primo e quarto dell'art. 99 c.p., sono connotate da una evidente simmetria. In entrambe, «ad una prima parte riferita alla posizione soggettiva di recidivanza del reo», esplicitata nel primo comma con l'indicazione della precedente condanna e della natura del reato oggetto della stessa, segue una «seconda parte rappresentativa delle conseguenze giuridiche di questa posizione sul trattamento sanzionatorio»[27]. Alla luce di tale simmetria, ne consegue, pertanto, che la prima parte del quarto comma debba intendersi riferita soltanto al «recidivo che commette un altro delitto non colposo», non potendo, al contrario ritenersi comprensiva anche della seconda parte del primo comma, relativa al riconoscimento giudiziale della recidiva.

#### 4.1.3 L'ARGOMENTO SISTEMATICO

In secondo luogo, a sostegno della tesi, viene richiamato anche un argomento di carattere sistematico. In tal senso, si richiama, innanzitutto, l'art. 105 c.p., il quale pur rappresentando un caso diverso da quello sottoposto all'attenzione della Corte, risulta comunque significativo, in quanto costituisce applicazione del principio per il quale «non è necessaria l'espressa pronuncia di una dichiarazione costitutiva di una condizione relativa ai precedenti penali del reo di grado inferiore a quella valutata nel procedimento, sussistendone comunque i presupposti, in una fattispecie le cui conseguenze giuridiche sono per il soggetto interessato più gravi ed afflittive di quelle della recidiva»[28]. Infatti, dalla formulazione della norma in commento si evince chiaramente che la dichiarazione di professionalità può essere pronunciata anche ove quella di livello immediatamente inferiore, nella progressione prevista dalla legge, ossia quella di abitudine, non sia stata giudizialmente affermata, essendo sufficiente che ne sussistano le condizioni.

Analoghe considerazioni possono svolgersi in relazione all'art. 162-bis, terzo comma, c.p., il quale prevede la recidiva reiterata quale condizione ostativa all'ammissione all'oblazione speciale. Orbene, in questo caso, la giurisprudenza di legittimità ha pacificamente ammesso che «la condizione di recidiva reiterata impedisce l'accesso all'oblazione anche ove la stessa non sia stata giudizialmente dichiarata»[29], specificando, peraltro, che la recidiva debba essere intesa come meramente indicativa della sussistenza di precedenti penali che, per il loro numero e la loro natura integrano l'ipotesi recidivante[30].

Infine, le Sezioni Unite richiamano l'istituto del patteggiamento allargato, il quale ai sensi dell'art. 444, comma 1-bis, c.p.p., non può essere richiesto da coloro che sono stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza o recidivi reiterati. Con la sentenza n. 35738 del 2010[31], le Sezioni Unite, hanno escluso che la posizione dei recidivi reiterati possa essere equiparata a quella dei delinquenti abituali, professionali o per tendenza, nel senso della necessità di una dichiarazione giudiziale di dette posizioni; al contrario, hanno ritenuto che «la peculiarità sostanziale che distingue la recidiva» è individuata proprio nel fatto che essa «non è oggetto di una formale dichiarazione, ma può essere ritenuta e applicata per i reati in relazione ai quali è contestata»[32]. Tali argomenti, pertanto, depongono univocamente nel senso di ammettere la possibilità di ritenere la recidiva reiterata anche in assenza di un precedente riconoscimento giudiziale della stessa e ciò in

piena conformità all'indirizzo giurisprudenziale tradizionale formatosi sul punto.

#### **4.2 LE RAGIONI DEL MANCATO ACCOGLIMENTO DELL'OPZIONE ERMENEUTICA AVALLATA DALLA SEZIONE RIMETTENTE.**

Venendo, poi, alla disamina delle considerazioni svolte nell'ordinanza di rimessione, le Sezioni Unite hanno rilevato, in primo luogo, che sul punto non sussiste un effettivo ed attuale contrasto giurisprudenziale e che la questione deve essere affrontata alla luce di un contrasto soltanto potenziale e futuro dell'attuale orientamento con l'evoluzione giurisprudenziale formatasi in ordine al presupposto sostanziale della recidiva, costituito dalla significatività dell'ultimo delitto commesso in termini di accresciuta attitudine a delinquere. In tal senso, hanno evidenziato che l'indirizzo giurisprudenziale richiamato nell'ordinanza di rimessione e considerato dallo stesso Collegio rimettente come parzialmente divergente da quello tradizionale, in realtà si discosta da quest'ultimo per un aspetto assolutamente marginale.

Invero, tale indirizzo non ha affermato la necessità di una precedente dichiarazione giudiziale della recidiva semplice perché si possa procedere all'accertamento della recidiva reiterata, bensì ha semplicemente affermato la necessità che «all'epoca della commissione del reato oggetto della seconda condanna precedente, si sia realizzata la condizione del passaggio in giudicato della prima condanna»[33].

Risulta evidente che tali decisioni non incidono in alcun modo sul principio generale affermato dalla giurisprudenza in ordine alla mancanza, tra le condizioni per la ravvisabilità della recidiva reiterata, della pregressa dichiarazione della recidiva semplice.

Al contrario, esse sono intimamente connesse alla particolarità del caso in specie, in cui difettava una condizione formale per la configurabilità della recidiva semplice.

Peraltro, le Sezioni Unite hanno osservato che, sebbene l'opzione ermeneutica avallata dalla Sezione Quinta risulti improntata alla piena valorizzazione della nuova concezione della recidiva, tale da imporre, oltre alla verifica dell'esistenza di precedenti condanne, anche un giudizio in concreto sull'elemento sostanziale della maggiore attitudine a delinquere, tuttavia, tale proposta si risolve contraddittoriamente nell'introduzione di una «diversa e non meno evidente connotazione di rigidità», data dal sottoporre «l'applicazione della recidiva reiterata alla imprescindibile condizione del previo accertamento della recidiva semplice»[34].

Tanto premesso, le Sezioni Unite hanno evidenziato come l'unica possibilità di superare un dato letterale della pregnanza di quello in precedenza esposto, sarebbe quello di dimostrare che la soluzione alternativa proposta costituisce l'unico percorso procedurale tale da garantire una piena e compiuta verifica sulla sussistenza del presupposto sostanziale della recidiva «anche rispetto alla significatività dell'ulteriore delitto, in termini di accresciuta attitudine a delinquere, ai fini della configurabilità dell'ipotesi della fattispecie reiterata»[35]. Orbene, richiamando le Sezioni Unite Calibè[36], hanno rilevato l'assoluta praticabilità di una valutazione della maggiore attitudine a delinquere, in ordine alla ravvisabilità della recidiva reiterata, pur in assenza di una precedente valutazione relativamente alla fattispecie intermedia della recidiva semplice.

Invero, se, come più volte ribadito, l'oggetto del giudizio sulla recidiva reiterata «ricomprende tutti i reati compresi nella sequenza recidivante», inevitabilmente lo stesso «assorbe necessariamente quella che sarebbe stata la valutazione sul passaggio della recidiva semplice»[37].

#### 4.3 LA VERIFICA DEL “PRESUPPOSTO SOSTANZIALE”

Conclusivamente, le Sezioni Unite, pur disattendendo le conclusioni formulate dal Collegio rimettente, hanno convenuto che, per effetto della mutata concezione della recidiva, la stessa «non si riduce più nei limiti di uno status personale dipendente in via esclusiva dalla presenza di determinati precedenti penali», ma si articola in una «più complessa condizione di incidenza del nuovo delitto commesso sull'attitudine a delinquere»[38].

Tuttavia, ha ritenuto la Corte che ciò non implica che la recidiva reiterata sia valutata e ritenuta solo in presenza di un precedente riconoscimento della recidiva semplice, «potendo le relative esigenze essere realizzate nell'ambito del giudizio complessivo ai fini dell'applicazione della recidiva reiterata»[39].

L'importanza dell'evoluzione che ha condotto ad una diversa configurazione della recidiva deve trovare adeguata considerazione, non in un irrigidimento formalistico rappresentato dalla successione di affermazioni giurisprudenziali delle varie ipotesi di recidiva, bensì «sotto il profilo motivazionale».

Ed invero, la rilevanza dell'aspetto motivazionale della recidiva è stata da tempo segnalata dalle Sezioni Unite nel rilevare che «la facoltatività dell'applicazione della stessa impone al giudice», sia nel caso in cui disponga tale applicazione che nel caso contrario, «uno specifico dovere di motivazione in proposito»[40]. È doverosa, pertanto, una motivazione che precisi gli elementi fattuali presi in considerazione, nonché i criteri utilizzati ai fini della valutazione, tra cui la tipologia e l'offensività dei reati, la loro omogeneità e collocazione temporale, la devianza della quale sono complessivamente significativi e l'occasionalità o meno dell'ultimo delitto[41].

E di questo, nel caso di specie, dà conto la motivazione della condanna, laddove individua l'accrescimento della determinazione a delinquere dell'imputato, «nella successione dei reati di furto, dimostrato dalla sempre maggiore specializzazione nell'esecuzione delle condotte», con il coinvolgimento di più persone, «la scelta di un locale pubblico chiuso ed appartato e l'impossessamento di titoli di credito oltre che di denaro contante». In tal modo, continua la Cassazione, «la motivazione tocca tutti gli aspetti determinanti nel giudizio sulla sussistenza del presupposto sostanziale della recidiva», vale a dire «l'omogenea offensività patrimoniale di tutti i reati oggetto delle precedenti condanne, la loro collocazione in un contesto temporale unitario e continuo, nel quale si colloca anche il delitto estorsivo, e il carattere non occasionale dell'ultima ricaduta nel crimine»[42].

- 
- [1] Cass., Sez. V, ordinanza n. 36738 del 13 settembre 2022 (dep. 28 settembre 2022);
- [2] Cass., Sez. 2, n. 35159 del 01/07/2022, Lodi, Rv. 283848;
- [3] Cass., Sez. 3, n. 6424 del 20/05/1993, Mighetto, Rv. 195127; Sez. 1, n. 24023 del 06/05/2003, Andreucci, Rv. 225233;
- [4] Cass., Sez. 5, n. 41288 del 25/09/2008, Moccia, Rv. 241598). Principio di diritto, questo, riaffermato da Cass., Sez. 2, n. 18701 del 07/05/2010, Arullani, Rv. 247089; Sez. 5, n. 47072 del 13/06/2014, Hoxha, Rv. 261308; Cass., Sez. 2, n. 21451 del 05/03/2019, Gasmi Adel, Rv. 275816;
- [5] Cass., Sez. 2, n. 15591 del 24/03/2021, Di Maio, Rv. 281229; Melchionda A., “Recidiva reiterata e pregresso status del recidivo: la Cassazione di avvicina alla chiusura del cerchio”, in *Sistema penale*, 2021;
- [6] Cass., Sez. 2, n. 37063 del 26/11/2020, Kassimi, Rv. 280436;
- [7] Cass., Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010, Calibè (dep. 05/10/2010), Rv. 247839;
- [8] D.L.n. 99 del 11 aprile 1974, art. 9, convertito, con modificazioni, nella L. 7 giugno 1974, n. 220;
- [9] Cass., Sez. 3, n. 435 del 29/09/1978, dep. 1979, Vinciguerra, Rv. 140816; Cass., Sez. 2, n. 10248 del 12/04/1983, Querzola, Rv. 161468), sicchè si riteneva che si dovesse parlare non tanto di facoltatività della recidiva, quanto di facoltatività dell’aumento di pena (Sez. 6, n. 3874 del 05/09/1974, dep. 1975, Mele, Rv. 130148
- [10] Cass., Sez. 3, n. 435 del 29/09/1978, dep. 1979, Vinciguerra, Rv. 140816; Cass., Sez. 2, n. 10248 del 12/04/1983, Querzola, Rv. 161468; Ambrosetti, *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997, p. 26 ss;
- [11] L. 5 dicembre 2005, n. 251;
- [12] Sent. Corte Cost. n. 192 del 2007;
- [13] Cass., Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010, Calibè (dep. 05/10/2010), Rv. 247839; Melchionda, *Recidiva reiterata e pregresso status del recidivo: la cassazione si avvicina alla “chiusura del cerchio”*, in *Sist. pen.*, 2021, 2, p. 143 ss.
- [14] Cass., Sez. U., Sentenza n. 20798 del 24/02/2011 Ud. (dep. 24/05/2011) Rv. 249664;
- [15] Cass., Sez. U., Sentenza n. 20798 del 24/02/2011 Ud. (dep. 24/05/2011) Rv. 249664;
- [16] Cass., Sez. U., 25 ottobre 2018, n. 20808, in *Dir. pen. e proc.*, 2020, p. 84 ss., con nota di Ambrosetti, *Le Sezioni Unite chiariscono il rapporto fra l’accertamento della recidiva e i suoi effetti*;

- [17] Cass., Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010, Calibè (dep. 05/10/2010), Rv. 247839;
- [18] Cass., Sez. U., Sentenza n.20808 del 25/10/2018 Ud. (dep. 15/05/2019) Rv. 275319;
- [19] Sent. Corte Cost., n. 185 del 2015;
- [20] Cass., Sez. U., Sentenza n. 32318 del 30/03/2023 Ud. (dep. 25/07/2023) Rv. 284878;
- [21] Cass., Sez. U., n. 3152 del 31/01/1987, Paolini, Rv. 175354;
- [22] sul punto Cass. sez. II, 9 marzo 2021, n. 22966, CED 281456; conf. Cass. sez. V, 18 dicembre 1973, dep. 1974, n. 2588, CED 126591;
- [23] sul punto, ex multis, Cass. sez. III, 1° dicembre 2016, dep. 2017, n. 43795, CED 270843;
- [24] Cass., Sez. U, Sentenza n. 20798 del 24/02/2011 Ud. (dep. 24/05/2011) Rv. 249664; G. Rutigliano, Alle Sezioni unite una questione sui presupposti per l'applicazione della recidiva reiterata, in Pen. dir. e proc., 20.02.2023.
- [25] Cass., Sez. U, Sentenza n. 20798 del 24/02/2011 Ud. (dep. 24/05/2011) Rv. 249664;
- [26] Cass., Sez. U, Sentenza n. 20798 del 24/02/2011 Ud. (dep. 24/05/2011) Rv. 249664;
- [27] Cass., Sez. U., Sentenza n. 32318 del 30/03/2023 Ud. (dep. 25/07/2023) Rv. 284878; Aceto, Recidiva qualificata: per le SS.UU. non è necessaria la precedente dichiarazione di recidivo, in Quot. giur., 03.08.2023;
- [28] Cass., Sez. 4, n. 13463 del 05/11/2019, dep. 2020, Guarneri, Rv. 278919;
- [29] Cass., Sez. 3, n. 29238 del 17/02/2017, Cavallero, Rv. 270147;
- [30] Cass., Sez. 1, n. 17316 del 05/04/2006, Giunta, Rv. 234251; M. Ambrosetti, La recidiva tra colpevolezza e pericolosità, in Discrimen, 30.08.2023;
- [31] Cass., Sez. U., n. 20808 del 25/10/2018, dep. 2019, Schettino; Cass. Sez. U., n. 35738 del 27/05/2010, dep. 2010, Calibè;
- [32] Cass., Sez. U, Sentenza n. 35738 del 27/05/2010 Cc. (dep. 05/10/2010) Rv. 247838;
- [33] Cass., Sez. 3, n. 27450 del 29/04/2022, D'Aguì, Rv. 283351; Cass., Sez. 3, n. 2519 del 14/12/2021, dep. 2022, Pistocchi, Rv. 282707; Di Florio, Sul rapporto tra recidiva reiterata e recidiva semplice: la parola alle Sezioni Unite, in Jus, 31.07.2023;
- [34] Cass., Sez. U., Sentenza n. 32318 del 30/03/2023 Ud. (dep. 25/07/2023) Rv. 284878;

- [35] Cass., Sez. U., Sentenza n. 32318 del 30/03/2023 Ud. (dep. 25/07/2023) Rv. 284878;
- [36] Cass., Sez. U., n. 35738 del 27/05/2010, Calibè (dep. 05/10/2010), Rv. 247839;
- [37] Cass., Sez. U., Sentenza n. 32318 del 30/03/2023 Ud. (dep. 25/07/2023) Rv. 284878; M. Ambrosetti, La recidiva tra colpevolezza e pericolosità, in *Discrimen*, 30.08.2023;
- [38] Cass., Sez. U., Sentenza n. 32318 del 30/03/2023 Ud. (dep. 25/07/2023) Rv. 284878;
- [39] Cass., Sez. U., Sentenza n. 32318 del 30/03/2023 Ud. (dep. 25/07/2023) Rv. 284878;
- [40] Cass., Sez. U., n. 5859 del 27/10/2011, dep. 2012, Marciànò, Rv. 251690; Aceto, Recidiva qualificata: per le SS.UU. non è necessaria la precedente dichiarazione di recidivo, in *Quot. giur.*, 03.08.2023.
- [41] Cass., Sez. U., Sentenza n.20808 del 25/10/2018, Schettino (dep. 15/05/2019) Rv. 275319; Cass., Sez. U., n. 35738 del 27/05/2010, Calibè (dep. 05/10/2010), Rv. 247839;
- [42] Cass., Sez. U., Sentenza n. 32318 del 30/03/2023 Ud. (dep. 25/07/2023) Rv. 284878.

# CONTINUITÀ NORMATIVA TRA MILLANTATO CREDITO E TRAFFICO DI INFLUENZE ILLECITE

di Caterina MELONE, tirocinante presso la Corte di cassazione

**La continuità normativa tra millantato credito “corruttivo” e traffico di influenze illecite: aspettando le sezioni unite.**

## Sommario:

1. Premessa
2. La questione rimessa alle Sezioni Unite. Il caso.
3. La tesi della continuità normativa
4. La tesi della discontinuità normativa
5. La ratio della riforma del 2019 e le Convenzioni internazionali
6. Brevi osservazioni sull’art. 346 c.p.
7. I rapporti tra l’art. 346, co. 2 c.p. e il novellato art. 346-bis c.p. Continuità normativa?

## 1. PREMESSA

Con la Legge 6 novembre 2012, n. 190[1] il Legislatore ha inserito nel Codice penale l’art.346-bis, rubricato “traffico di influenze illecite”. L’introduzione della nuova fattispecie si inseriva nell’ottica di un rafforzamento del sistema di contrasto alla corruzione. L’obiettivo principale era, infatti, quello di attuare una forma di tutela anticipata rispetto al diffuso fenomeno corruttivo. A spingere il Legislatore verso tale direzione è stata, inoltre, l’esigenza di adeguare la normativa interna agli obblighi internazionali, quali, in particolare, la Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d’Europa e la Convenzione contro la corruzione delle Nazioni Unite. Tra le diverse perplessità che la formulazione dell’art. 346-bis suscitava, una posizione di rilievo assumeva il tema del rapporto tra il vicino millantato credito e il nuovo traffico di influenze illecite.

In questo quadro normativo è intervenuta la Legge 9 gennaio 2019, n. 3[2], perseguendo il medesimo obiettivo di lotta alla corruzione del Legislatore del 2012 e concludendo il percorso di adeguamento del traffico di influenze illecite alle Convenzioni internazionali.

Nonostante l’intervento del 2019 si proponesse l’intento di dirimere i problemi interpretativi e di far confluire la figura del millantato credito in quella del traffico di influenze illecite, il rapporto tra le due figure delittuose continua ad essere un tema controverso.

La giurisprudenza di legittimità ha espresso orientamenti contrastanti sul tema e, preso atto del contrasto interno alla Sesta sezione, la Seconda sezione ha adito le Sezioni Unite.

## **2. LA QUESTIONE RIMESSA ALLE SEZIONI UNITE. IL CASO**

Con l'ordinanza del 28 giugno 2023, n. 31478 la Seconda Sezione penale della Corte di cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione: «se sussista continuità normativa tra il reato di millantato credito di cui all'art. 346, comma secondo, cod. pen., abrogato dall'art. 1, comma 1, lett. s), legge 9 gennaio 2019, n. 3, e quello di traffico di influenze illecite di cui al novellato art. 346-bis cod. pen.».

La vicenda esaminata riguardava la condotta di un soggetto detenuto presso la Casa circondariale di Frosinone al quale gli era contestato di avere, in concorso con un agente di Polizia penitenziaria in servizio presso la medesima Casa circondariale, indotto un soggetto, anch'egli detenuto, a promettere la somma di euro 3.000,00 al fine di evitare il trasferimento presso un altro istituto penitenziario che gli era stato prospettato. La somma sarebbe stata suddivisa tra l'imputato e l'agente di Polizia penitenziaria rimasto ignoto. Il Tribunale di Roma aveva condannato il ricorrente per il reato di cui all'art. 319-quater c.p. (induzione indebita a dare o promettere utilità); la sentenza era stata confermata dalla Corte di appello di Roma. A seguito di impugnazione dell'imputato, la Corte di cassazione disponeva l'annullamento con rinvio, ritenendo che vi fossero lacune nella ricostruzione dei fatti e che la legge penale non fosse stata correttamente applicata, «non potendo nella specie né ritenersi raggiunta la prova dell'accordo fra indotto ed induttore e neppure quella dell'abuso dei poteri da parte del pubblico agente; né, nel ragionamento dei Giudici di merito, è stato spiegato perché si debba escludere che i fatti, ove correttamente accertati, possano essere ricondotti ad altre fattispecie di reato quali la truffa o il traffico di influenze illecite».

All'esito del giudizio di rinvio, la Corte di appello di Roma riqualeficava il fatto ai sensi dell'art. 346-bis c.p., ritenendo la continuità normativa tra la fattispecie di cui all'art. 346-bis e quella di cui all'art. 346 abrogato, vigente al momento di commissione del fatto contestato. Avverso tale sentenza, l'imputato ricorreva per cassazione, contestando la qualificazione giuridica operata dai Giudici di appello.

In particolare, il ricorrente sosteneva che la configurazione del reato di traffico di influenze illecite deve essere esclusa quando non sia stata accertata l'effettiva esistenza di una relazione e di una capacità di condizionare o, comunque, di orientare la condotta del pubblico ufficiale. Sosteneva, inoltre, che non vi è un rapporto di continuità normativa tra il reato di traffico di influenze illecite e il reato di millantato credito, in quanto nel millantato credito non risulta ricompresa la condotta di chi, mediante artifici o raggiri, riceve o si fa dare o promettere denaro o altra utilità con il pretesto di dover comprare il pubblico ufficiale.

La condotta contestata consisteva, secondo il ricorrente, in una forma di raggirio nei confronti del soggetto passivo, indotto da una falsa rappresentazione della realtà ad un accordo che lo impegna ad una prestazione patrimoniale; dunque, una forma di millantato credito che si sostanzia in una specificazione del delitto di truffa, non potendo essere ricondotto al reato di cui all'art. 346-bis per la cui sussistenza sarebbe necessario dimostrare l'effettivo sfruttamento di una relazione.

### 3. LA TESI DELLA CONTINUITÀ NORMATIVA

Secondo un primo orientamento[3], «sussiste continuità normativa tra il reato di millantato credito di cui all'art. 346, comma secondo, cod. pen. – formalmente abrogato dall'art. 1, comma 1, lett. s), della legge 9 gennaio 2019, n. 3 – ed il reato di traffico di influenze di cui al novellato art. 346-bis cod. pen., atteso che, in quest'ultima fattispecie risulta attualmente ricompresa la condotta di chi, vantando un'influenza, meramente asserita, presso un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio, riceva o si faccia dare o promettere denaro o altra utilità col pretesto di dovere comprare il pubblico agente o di doverlo comunque remunerare»[4].

Per giungere a tale soluzione, la Suprema Corte ha considerato anzitutto il contenuto della Relazione introduttiva al Disegno di legge, evidenziando come uno degli scopi principali dell'intervento legislativo fosse quello di adeguare la normativa interna agli obblighi convenzionali imposti dalla Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa, firmata a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e, in particolare, all'Addenda al Second Compliance Report sull'Italia[5], approvato il 22 giugno 2018 dal GRECO (Group of States against Corruption) [6]. Nell'Addenda al Second Compliance Report, il GRECO aveva evidenziato che, salvi gli ambiti in relazione ai quali il Legislatore nazionale aveva legittimamente esercitato il diritto di riserva ex art. 37 della Convenzione, vi fossero ancora difformità tra la normativa interna e gli obblighi convenzionali (specificamente all'art. 12), ed aveva sollecitato lo Stato italiano ad intervenire su specifici temi, quali l'adeguamento della disciplina interna del traffico di influenze agli obblighi convenzionali.

La Corte ha sottolineato che il Legislatore, recependo tali indicazioni, ha riformulato il delitto di traffico di influenze illecite per assorbirvi la condotta prima sanzionata sotto forma di millantato credito dall'art. 346 c.p. Si osserva che l'art. 346-bis, co. 1 c.p. «punisce anche la condotta del soggetto che si sia fatto dare o promettere da un privato vantaggi personali – di natura economica o meno –, rappresentandogli la possibilità di intercedere a suo vantaggio presso un pubblico funzionario, a prescindere dall'esistenza o meno di una relazione con quest'ultimo.

Ciò a condizione – fatta oggetto di un'espressa clausola di riserva (“fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319, 319-ter e nei reati di corruzione di cui all'articolo 322-bis”) – che l'agente non eserciti effettivamente un'influenza sul pubblico ufficiale o sul soggetto equiparato e non vi sia mercimonio della pubblica funzione, dandosi, altrimenti, luogo a taluna delle ipotesi di corruzione previste da detti articoli»[7].

Secondo i Giudici di legittimità, la norma equipara «sul piano penale la mera vanteria di una relazione o di un credito con un pubblico funzionario soltanto asserita ed in effetti insussistente (dunque la relazione solo millantata) alla rappresentazione di una relazione realmente esistente con il pubblico ufficiale da piegare a vantaggio del privato»[8]. Ciò consentirebbe di superare le difficoltà riscontrate in passato nel tracciare un discrimen tra delitto di millantato credito e delitto di traffico di influenze, in quanto non vi sarebbe la difficoltà di verificare l'esistenza della possibilità di influire sul pubblico agente.

Dal punto di vista strutturale, la Suprema Corte ritiene che vi siano delle differenze tra l'abrogato art. 346 ed il novellato art. 346-bis, quali la previsione della punibilità del soggetto che intenda trarre vantaggi dall'influenza ai sensi del secondo comma dell'art. 346-bis, punibilità non prevista dall'art. 346, e la non coincidenza tra le figure verso le quali la millanteria poteva essere espletata, ora il pubblico ufficiale e l'incaricato di un pubblico servizio, mentre nell'art. 346 vi era il pubblico ufficiale e l'impiegato che presti un pubblico servizio. Tuttavia, salvo questi elementi, si osserva che la norma di cui all'art. 346-bis c.p. sanziona le medesime condotte già sanzionate dall'art. 346 abrogato. In particolare, sono sovrapponibili «tanto la condotta “strumentale” (stante l'equipollenza semantica tra le espressioni “sfruttando o vantando relazioni (...) asserite” e quella “millantando credito”), quanto la condotta “principale” di ricezione o di promessa, per sé o per altri, di denaro o altra utilità»[9].

Si evidenzia, inoltre, che la fattispecie prevista dal secondo comma dell'art. 346, se in origine era stata interpretata come relativa alla vanteria di un'influenza inesistente, successivamente è stata ritenuta applicabile alle ipotesi in cui vi fosse un'effettiva influenza sul pubblico ufficiale, prescindendo dalla condotta ingannatoria. Questa estensione dell'ambito di applicabilità si basava sulla pregnanza del bene giuridico tutelato dall'art. 346 c.p., costituito dal prestigio della pubblica amministrazione e non invece dal patrimonio del soggetto che dà o promette denaro o altra utilità[10]. Rammenta la Corte che per integrare la millanteria non era più necessaria una condotta ingannatoria o raggirante, perché ciò che rilevava era la vanteria dell'influenza del pubblico ufficiale, che, da sola, a prescindere dai rapporti effettivamente intrattenuti, offende l'immagine della pubblica amministrazione[11]. Si sostiene così che la figura di millantato credito di matrice giurisprudenziale «ha costituito l'antesignano storico dell'art. 346-bis cod. pen., che prescindeva dalla esistenza effettiva delle relazioni vantate dal trafficante»[12]. In questa linea ricostruttiva si è anche evidenziato che l'art. 346-bis c.p. valorizza il profilo teleologico della condotta, ossia il fine di “remunerare” il pubblico ufficiale, dando rilievo alla direzione della condotta piuttosto che alle modalità con cui esso viene realizzato (il pretesto)[13].

La mancata riproposizione del termine “pretesto” non può costituire, secondo la Corte, un argomento decisivo al fine di negare la continuità normativa. L'assenza del termine in questione «appare ancor più funzionale all'inclusione nell'illecito delle evocate dazioni in favore dei pubblici ufficiali o pubblici impiegati, prescindendosi dall'aderenza al reale di tali relazioni per la equiparazione - introdotta con la novella del 2019 - dello sfruttamento delle relazioni esistenti al vanto di quelle asserite»[14].

Peraltro, rammenta la Suprema Corte che il prevalente orientamento di legittimità riteneva che «l'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 346 cod. pen. - contenente la previsione di un titolo autonomo di reato rispetto alla fattispecie descritta nel primo comma della medesima disposizione - si differenzia dal delitto di truffa, per la diversità della condotta, non essendo necessaria né la millanteria né una generica mediazione, nonché dell'oggetto della tutela penale, che nella truffa è il patrimonio e nel millantato credito è esclusivamente il prestigio della pubblica amministrazione, con la conseguenza che unica parte offesa è quest'ultima e non colui che abbia versato somme al millantatore, che è semplice soggetto danneggiato (Sez. 6, n. 17642 del 19/02/2003, Di Maio ed altro, Rv. 227138)»[15].

In conclusione, le “relazioni asserite”, afferma la Suprema Corte, sono quelle «fatte oggetto di vanteria senza un minimo dato di realtà, cioè quelle inesistenti»[16], quindi «la loro spendita è tratto di condotta che ben può assorbire il richiamo, operato dalla norma abrogata, al “pretesto” di dover comprare il favore di un pubblico ufficiale, perché in ambedue i casi si prescinde dall'ancoraggio della condotta ad un elemento oggettivo preesistente, ossia ad una relazione in essere col pubblico ufficiale»[17]. Il significato di “relazioni asserite” così espresso risulta, secondo questo orientamento, coerente con l'esigenza di tutela del bene giuridico posto a base della fattispecie di cui all'art. 346-bis c.p., in quanto anche la spendita di vanterie offende il prestigio e l'immagine della pubblica amministrazione, e può costituire anche un pericoloso, ancorché eventuale, antecedente delle più gravi condotte corruttive, così da giustificare l'anticipazione della tutela penale. Ed infatti, «non v'è ragione di accedere a letture restrittive dell'inciso “relazioni ... asserite” (...) e che del resto sviliscono il significato della contrapposizione, voluta dal legislatore, all'interno della disposizione tra la nozione di relazioni asserite e quella di relazioni esistenti, e che altro non può essere se non che le prime sono da individuarsi soltanto nelle non esistenti e quindi fatte oggetto di vanteria senza un minimo dato di realtà»[18]. Il vanto di relazioni asserite costituisce un tratto di condotta che ben può assorbire il precedente richiamo, contenuto nell'art. 346, co 2 c.p., al ‘pretesto di dover comprare il favore di un pubblico ufficiale’ «perché in entrambi i casi si prescinde dall'ancoraggio della condotta ad un dato preesistente, quello appunto della relazione effettiva col pubblico ufficiale»[19].

Quanto al tema dell'estensione della rilevanza penale alla condotta del c.d. ‘compratore di fumo’, un'utile guida è rappresentata, secondo la Suprema Corte[20], dalla sentenza delle Sezioni Unite del 24 ottobre 2013, n. 12228[21], con la quale è stata ritenuta la continuità normativa tra la previgente fattispecie di concussione per induzione e la nuova fattispecie di induzione indebita ex art. 319-quater c.p. Si sottolinea che l'art. 319-quater è stato introdotto dalla L. n. 190/2012 al fine di preservare non soltanto il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, ma anche la sua reputazione.

Le Sezioni Unite hanno osservato che la previsione della punibilità del soggetto indotto non investe direttamente la struttura tipica del reato, ma interviene soltanto al suo esterno, rimanendo quindi immutata la struttura dell'abuso induttivo.

Secondo la Suprema Corte, queste osservazioni ben si prestano ad analizzare il rapporto tra le fattispecie previste dagli artt. 346 e 346-bis c.p., atteso che anche quest'ultima, così come l'art. 319-quater, è stata introdotta per estendere l'area della rilevanza penale, senza alcun intento selettivo rispetto alle condotte già sanzionate. Dunque, si sostiene che la punibilità del c.d. 'compratore di fumo' non modifica «la fattispecie naturalisticamente intesa, il patto, cioè, da lui stipulato con il millantatore e soggetto a sanzione già secondo la norma previgente; né l'estensione della punizione anche al suo interlocutore incide, sotto il profilo assiologico, sul disvalore della condotta di esso millantatore, che rimane evidentemente identico»[22].

#### 4. LA TESI DELLA DISCONTINUITÀ NORMATIVA

Secondo un diverso orientamento[23] «non sussiste continuità normativa tra il reato di millantato credito di cui all'art. 346, comma secondo, cod. pen., abrogato dall'art. 1, comma 1, lett. s), legge 9 gennaio 2019, n. 3, e quello di traffico di influenze illecite di cui al novellato art. 346-bis cod. pen., in quanto in quest'ultima fattispecie non risulta ricompresa la condotta di chi, mediante raggiri o artifici, riceve o si fa dare o promettere danaro o altra utilità, col pretesto di dovere comprare il pubblico ufficiale o impiegato o doverlo comunque remunerare, condotta che integra, invece, il delitto di cui all'art. 640, comma primo, cod. pen.»[24].

A fondamento di tale orientamento vi è, anzitutto, la qualificazione della fattispecie di cui al secondo comma dell'abrogato art. 346 c.p. quale fattispecie autonoma di reato, il cui paradigma normativo è ricalcato su quello della truffa[25]. La Suprema Corte osserva che, come già ritenuto in pronunce precedenti[26], il delitto di truffa è ritenuto assorbito in quello di millantato credito previsto dall'art. 346, co. 2 c.p., in quanto il concorso formale tra i due reati non è configurabile. La condotta sanzionata dall'art. 346, co. 2, c.p., a differenza di quella prevista dal primo comma, si sostanzia in una forma di raggiri nei confronti del soggetto passivo che viene indotto ad un accordo che lo impegna ad una prestazione patrimoniale in quanto determinato da una falsa rappresentazione della realtà[27]. La ragione per cui la fattispecie di cui all'art. 346, co. 2 c.p. è sempre stata ritenuta un autonomo titolo di reato[28] «risiede nel fatto che la norma in esame censura penalmente la condotta di chi si fa dare o promettere per sé o per altri “denaro o altra utilità, col pretesto di dover comprare il favore del pubblico ufficiale o impiegato, o di doverlo remunerare”; condotta che, a differenza di quella ricompresa nella fattispecie di cui al comma 1, non può che realizzarsi attraverso artifici e raggiri propri della truffa, contegno fraudolento ben evidente là dove la norma fa espresso e significativo riferimento al “pretesto”, termine che evoca la rappresentazione di una falsa causa posta a base della richiesta decettiva idonea ad indurre in errore la vittima che si determina alla prestazione patrimoniale»[29]. Ad assumere rilevanza nella dinamica dell'operazione che si conclude con il depauperamento patrimoniale della vittima è la tutela patrimoniale accordata dalla norma al truffato.

I Giudici di legittimità hanno osservato che, nonostante l'intenzione del Legislatore fosse proprio quella di inglobare la fattispecie di cui all'art. 346, co. 1 e 2 nella fattispecie di cui all'art. 346-bis c.p., vi sono plurimi elementi che depongono per una discontinuità tra la fattispecie di cui al co. 2 e quella di cui all'art. 346-bis c.p.

Inoltre, si sostiene che la Convenzione dell'ONU di Merida sancisce una mera raccomandazione, e non un vero obbligo, e che la Convenzione del Consiglio d'Europa consente agli Stati-parte di formulare riserve, rinnovabili ogni tre anni, rispetto all'introduzione di alcune figure criminose[30]. In ogni caso, la Corte ha considerato che l'orientamento che fa leva sull'intenzione del Legislatore «deve intendersi recessivo rispetto ad altri, più pregnanti, criteri interpretativi (Sez. U., n. 22474 del 31/03/2016, Passarelli, in motivazione)»[31].

A deporre nel senso della discontinuità normativa vi sono profili attinenti alla struttura del reato di traffico di influenze illecite, alla reale offensività delle condotte variamente realizzabili e alla concreta lesione del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice.

La Suprema Corte osserva che l'art. 346-bis punisce condotte afferenti al traffico di influenze illecite, attività che il Legislatore ha ritenuto essere prodromiche alle più gravi condotte di corruzione, «circostanza resa ancor più evidente proprio dalla riserva di legge posta ad apertura della norma con riferimento agli artt. 318, 319, 319-ter e nei reati di cui all'art. 322-bis cod. pen.; anche l'attuale inserimento con la medesima legge del 9 gennaio 2019, n. 3, dell'art. 318 cod. pen., in precedenza non previsto, tra le norme riconnprese nella riserva di legge, rafforza tale convincimento»[32]. Dunque, il Legislatore ha inteso anticipare la soglia di punibilità «rispetto a condotte che difficilmente avrebbero potuto integrare il delitto di corruzione (neppure nella forma tentata) e che fanno chiaramente presagire come la tutela sia eminentemente volta a salvaguardare l'attività della pubblica amministrazione nelle sue varie articolazioni nazionali ed internazionali»[33]. Da ciò ne consegue, secondo i Giudici di legittimità, che «un reato che era rivolto in maniera preponderante alla tutela del patrimonio della vittima truffata dal “venditore di fumo”, difficilmente si presta a realizzare un *vulnus* alla pubblica funzione e a necessitare di una tutela rispetto a fatti che nessun collegamento, sia in astratto sia in concreto, potrebbero avere con gli interessi pubblici teleologicamente tutelati dalla norma penale in esame»[34].

La Corte osserva, poi, che il secondo comma dell'art. 346-bis c.p. ha previsto la punizione con identica pena del soggetto che «indebitamente» dà o promette denaro o altra utilità; tale previsione non può conciliarsi con una ipotesi, seppur particolare, di truffa. «Poiché, infatti, l'agente pone in essere raggiri per indurre il soggetto passivo in errore sull'esistenza di un rapporto con un soggetto pubblico in realtà inesistente, non si comprende come possa ipotizzarsi da parte del «truffato» un'aggressione al bene giuridico che la norma intende preservare»[35]. La Suprema Corte ha osservato che la punibilità del soggetto privato si giustifica «a condizione che il rapporto tra il mediatore ed il pubblico agente sia effettivamente esistente o, quanto meno, potenziale suscettibile di instaurarsi, posto che solo in tal caso il bene giuridico tutelato dalla norma viene leso, mentre, nel caso in cui il privato sia tratto in errore, si realizza esclusivamente un pregiudizio alla sua sfera patrimoniale»[36]. Secondo la Corte, quindi, nei casi in cui lo scopo perseguito dal soggetto privato si collochi all'esterno di qualsiasi prospettiva di pericolo per il bene protetto, per essere la capacità di influenza del mediatore inesistente o impossibile, è fondato ritenere che «il disvalore che giustifica l'incriminazione finisce con il coincidere con il disvalore della mera intenzione del soggetto»[37].

Allora, è solo nelle ipotesi in cui la relazione è esistente o potenzialmente tale che si giustifica l'anticipazione della tutela realizzata attraverso l'art. 346-bis e spiega, inoltre, l'incriminazione del "compratore".

Ma soprattutto, è la mancata riproposizione del termine "pretesto" che fa propendere per una discontinuità normativa. Infatti, non vi è un'esatta corrispondenza tra la condotta in precedenza prevista dalla norma abrogata e quella attualmente inglobata nel primo comma dell'art. 346-bis c.p., nella parte in cui è stato riprodotto il sintagma «sfruttando o vantando relazioni esistenti o asserite con un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'art. 322-bis cod. pen., indebitamente fa dare o promettere a sé o ad altri, denaro o altra utilità (...) per remunerarlo in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri». Il 'pretesto', elemento omissso nella novellata formulazione dell'art. 346-bis, fondava il carattere autonomo della fattispecie di reato di cui all'art. 346, co. 2 c.p. «Diversamente dalla falsa rappresentazione che compariva nel primo comma, basata sul sintagma "millantare un credito", e che riguardava un vasto orizzonte di significati, tale da accogliere, come è stato osservato, non solo il mendacio, ma anche la semplice magnificazione ovvero l'accentuazione di un dato tuttavia reale e dunque insuscettibile di rientrare nel tipo criminoso della truffa, «il pretesto di dover comprare il p.u. o l'impiegato» era invece chiaramente significativo di una condotta che integrava appieno gli artifici o raggiri richiesti dall'art. 640 cod. pen., proprio perché espressione dell'intenzione di indurre l'altro soggetto in errore (Sez. 6, n. 40940 del 12/07/2017, Grasso, Rv. 271352)»[38].

Osserva la Suprema Corte che l'omissione del termine 'pretesto' non può valutarsi indifferente neppure ove si assegni alla parte della norma che fa riferimento al vanto di relazioni asserite il significato di ritenere che tali relazioni siano meramente enunciate dall'agente. Il 'vanto a relazioni asserite' non può essere intesa come condotta sovrapponibile a quella posta in essere con l'inganno, «dovendosi ritenere che l'enunciazione da parte del mediatore-faccendiere al rapporto con i pubblici poteri non sia rivolta ad indurre in errore per mezzo di artifici e raggiri il cliente, quanto necessariamente a prospettare, seppur non in termini di certezza, la concreta possibilità di influire sull'agente pubblico»[39]. La condotta dovrebbe, quindi, considerarsi integrata solo quando esprima la «concreta possibilità di riuscire a influenzare l'agente pubblico, comportamento che si pone, a ben osservare, nella fase immediatamente prodromica rispetto a un eventuale reale coinvolgimento dell'agente pubblico, circostanza che, qualora si realizzi, integra le fattispecie di cui agli artt. 318, 319, 319-ter e nei reati di corruzione di cui all'art. 322-bis c.p. enunciati nella riserva contenuta nell'incipit della norma penale di cui all'art. 346-bis c.p.»[40]. Dunque, secondo questo orientamento, il traffico di influenze illecite postula la relazione esistente e una qualche capacità di condizionare o comunque di orientare la condotta del pubblico ufficiale.

## 5. LA RATIO DELLA RIFORMA DEL 2019 E LE CONVENZIONI INTERNAZIONALI

Per poter comprendere la questione controversa, risulta opportuno individuare la ratio complessiva della riforma del 2019, la quale, come è noto, ha abrogato l'art. 346 c.p. e contestualmente riscritto l'art. 346-bis al

fine di ricompredervi il millantato credito. Sarà necessario, poi, un chiarimento circa l'effettiva portata delle Convenzioni internazionali.

La ratio legis è chiara: ricompredere nell'art. 346-bis c.p. le condotte prima punibili ai sensi dell'art. 346 c.p. Nella Relazione introduttiva al Disegno di legge[41] si legge che «recenti studi e pubblicazioni, indagini e procedimenti penali per fatti di corruzione gravissimi e sistematici (alcuni dei quali hanno avuto anche vasta eco mediatica) mostrano come la corruzione e gli altri reati contro la pubblica amministrazione siano delitti seriali e pervasivi, che si traducono in un fenomeno endemico, il quale alimenta mercati illegali, distorce la concorrenza, costa alla collettività un prezzo elevatissimo, in termini sia economici, sia sociali»[42].

All'esigenza 'interna' di contrastare il fenomeno corruttivo, si affianca l'esigenza di uniformarsi alle fonti sovranazionali. La riforma ha, infatti, accolto le indicazioni provenienti dal GRECO per completare il percorso di adeguamento alla normativa sovranazionale già intrapreso nel 2012.

«Rimediare all'esclusione dall'ambito del penalmente rilevante della condotta di chi offre o promette il vantaggio al «millantatore» di influenza e, più in generale, per conformare fedelmente la normativa interna a quella sovranazionale»[43], questa è la ragione per cui è stata ampliata la portata applicativa dell'art. 346-bis c.p. Quanto alla doppia punibilità per entrambi i soggetti del reato, si rileva che è imposta dalla necessità di adeguamento agli obblighi internazionali. Sia la Convenzione penale del Consiglio d'Europa, sia la Convenzione dell'ONU di Merida, non distinguono la posizione degli aderenti al patto, entrambi ugualmente puniti per le rispettive condotte. Peraltro, si osserva che le Convenzioni non distinguono a seconda delle dinamiche intersoggettive sottese alla conclusione dell'accordo: l'eventuale inganno di una parte a danno dell'altra e il conseguente errore sul buon esito dell'operazione non incidono sulla configurabilità della fattispecie. Il Legislatore ha quindi voluto «prevenire il pericolo che la corresponsione di indebita utilità a un «faccendiere» che assuma di poter influire su pubblici funzionari (o a persona che si presenti come tale, a prescindere dall'attualità della relazione di influenza vantata) si traduca realmente in un contatto con i pubblici ufficiali e nella possibilità di una reale corruzione di questi ultimi, per la prospettiva di un immediato guadagno, specie in contesti a corruzione diffusa come quelli presenti nel nostro Paese»[44].

La nuova figura di traffico di influenze illecite «prescinde dalla esistenza di un reale rapporto di influenza tra il mediatore e il pubblico agente e dall'eventuale «inganno» di una parte a danno dell'altra, rendendo punibile l'acquirente di influenza anche in quest'ultimo caso; il disvalore del fatto, del resto, sta nell'acquisto stesso di una mediazione «illecita», condotta di per sé meritevole di sanzione, in quanto potenzialmente suscettibile di produrre influenze distorsive della funzione pubblica»[45]. L'acquirente dell'influenza è punito per il solo fatto di aderire al patto, perché la sua condotta potrebbe, potenzialmente, distorcere la pubblica funzione. Dunque, «la riformulazione della norma incriminatrice di cui all'art. 346-bis c.p., prescindendo la punibilità dall'esistenza o non di reali relazioni di influenza (che possono essere anche soltanto asserite), comporta l'assorbimento in essa delle condotte di millantato credito attualmente punite dall'art. 346 c.p., che viene contestualmente abrogato»[46].

Ora, bisogna chiedersi se veramente le Convenzioni sovranazionali intendono punire anche le condotte fraudolente di colui che inganna il “compratore di fumo” per ottenere un indebito vantaggio.

La Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d’Europa, firmata a Strasburgo nel 1999 e ratificata dall’Italia con Legge 28 giugno 2012, n. 110, dispone le misure che lo Stato deve adottare per perseguire una politica penale comune volta a proteggere la società contro la corruzione. Lo Stato ha un vero e proprio obbligo di incriminazione, posto che la Convenzione si esprime nei seguenti termini: «*each Party shall adopt*» (Ciascuna parte deve adottare). All’art. 12 è previsto il “*Trading in influence*”, il quale intende punire, quando è commesso intenzionalmente, «il fatto di promettere, offrire o dare, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito, per sé o per terzi, a titolo di remunerazione a chiunque dichiari o confermi di essere in grado di esercitare un’influenza sulla decisione» dei pubblici funzionari, e «il fatto di sollecitare, ricevere, o accettarne l’offerta o la promessa a titolo di remunerazione per tale influenza, indipendentemente dal fatto che l’influenza sia o meno esercitata o che la supposta influenza sortisca il risultato auspicato»[47].

Nel Rapporto esplicativo alla Convenzione[48] si spiega che l’art. 12 permette di contrastare la c.d. “*background corruption*”, che mina la fiducia riposta dai cittadini nella correttezza dell’attività della pubblica amministrazione. La *ratio* della Convenzione sta nel delineare un sistema di norme efficace per contrastare il fenomeno della corruzione, nelle sue varie forme[49].

Quanto all’art. 12, si specifica che descrive sia il traffico di influenze attivo, sia passivo. Il traffico passivo di influenza presuppone che una persona, che ottiene un vantaggio da una reale o asserita influenza su una terza persona, richiede, riceve o accetta l’indebito vantaggio, al fine di assistere la persona che ha dato l’indebito vantaggio esercitando l’influenza.

Il traffico attivo di influenza presuppone che una persona promette, dà o offre un indebito vantaggio a qualcuno che asserisce o conferma di essere in grado di esercitare una influenza su una terza persona.

L’interesse che l’illecito è volto a tutelare è la trasparenza e l’imparzialità nel processo decisionale della pubblica amministrazione. Inoltre, un elemento necessario sembra essere l’intento di corrompere il pubblico ufficiale da parte del soggetto agente: «*Improper*” *influence must contain a corrupt intent by the influence peddler*»[50]; con la specificazione che le forme di *lobbying*[51] riconosciute non ricadono sotto questa nozione. Dunque, la Convenzione vuole che siano puniti sia il ‘trafficante’ di influenze, sia il ‘cliente’ che vuole trarre vantaggio dall’influenza vantata, esistente o asserita. L’art. 37 prevede la possibilità di effettuare riserve «al momento della firma o al momento del deposito del proprio strumento di ratifica, di accettazione, di approvazione o di adesione», che sono rinnovabili ogni tre anni ai sensi dell’art. 38.

L’Italia aveva la possibilità di effettuare una riserva e, quindi, scegliere di non vincolarsi ad incriminare il traffico di influenze; tuttavia, occorre constatare che tale diritto di riserva non è stato esercitato in merito all’art. 12 della Convenzione[52].

Altri utili elementi per interpretare l’art. 12 della Convenzione sono ricavabili dai Rapporti del GRECO.

Nel Secondo Rapporto di conformità del 2016[53], espresso nel Terzo ciclo di valutazione, il GRECO aveva osservato che vi fossero ancora delle carenze nella normativa italiana. In particolare, il fatto che solo l'inganno ad opera dell'autore del traffico di influenza in ordine alle proprie capacità di esercitare l'influenza costituiva reato ai sensi dell'art. 346 c.p., e che il ricevere un vantaggio da parte dell'autore che si trovi effettivamente in una posizione di esercitare tale influenza e che la esercita non costituiva reato secondo l'art. 346 c.p. Successivamente, il GRECO aveva accolto con favore la L. n. 190/2012, rilevando tuttavia che l'art. 346-bis c.p. prevede l'esistenza di un rapporto di influenza tra l'autore del traffico di influenza e il funzionario, mentre, secondo la Convenzione, è sufficiente la semplice asserzione. Rilevava altresì che l'art. 346 c.p. non è stato modificato e non comprendeva l'aspetto attivo, ossia del soggetto che dà il vantaggio all'autore del traffico. Per questi motivi la normativa italiana era stata ritenuta non conforme ai requisiti dell'art. 12 della Convenzione.

Nell'*Addendum* al secondo Rapporto di Conformità del 2018[54], nel Terzo ciclo di valutazione, il GRECO ribadiva le osservazioni espresse nel precedente rapporto di conformità in merito alle lacune normative nella qualificazione come reato del traffico di influenze, ritenendo la normativa italiana non ancora conforme all'art. 12 della Convenzione. La Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 ed entrata in vigore a livello internazionale il 14 dicembre 2005, è stata ratificata dall'Italia con la Legge 3 agosto 2009, n. 116. Lo scopo della Convenzione è la prevenzione e il rafforzamento delle misure volte a prevenire e contrastare la corruzione, promuovendo la cooperazione internazionale e l'integrità e la responsabilità nella gestione degli affari pubblici. La Convenzione si esprime nei seguenti termini: «*Each State Party shall consider adopting*» (Ogni Stato Parte dovrebbe considerare l'adozione); non sembra quindi che tale linguaggio indichi la volontà di imporre un obbligo. L'art. 18 prevede il "*Trading in influence*"[55] e richiede agli Stati Parte di considerare l'adozione di misure necessarie per prevedere quale illecito penale, quando sono commessi intenzionalmente: «a) il fatto di promettere, di offrire o di dare a un pubblico ufficiale o a ogni altra persona, direttamente o indirettamente, un vantaggio indebito affinché il pubblico ufficiale o l'altra persona abusi della sua influenza reale o supposta al fine di ottenere da una amministrazione o da una pubblica autorità dello Stato parte un indebito vantaggio per l'istigatore iniziale dell'atto o per ogni altra persona»; e «b) il fatto, per un pubblico ufficiale o per ogni altra persona, di sollecitare o di accettare, direttamente o indirettamente, un indebito vantaggio per sé o per un'altra persona al fine di abusare della sua influenza reale o supposta per ottenere un indebito vantaggio da un'amministrazione o da un'autorità pubblica dello Stato parte». È previsto sia il traffico di influenze attivo, sia passivo.

La Convenzione di Merida sembra richiedere il dolo specifico del 'fine di abusare della influenza per ottenere un indebito vantaggio' da una pubblica amministrazione. Il nesso causale deve intercorrere tra l'offerta o il vantaggio e l'induzione del funzionario ad abusare della sua influenza, reale o supposta, *al fine di* ottenere dall'amministrazione pubblica un vantaggio indebito per l'istigatore o per altra persona. Il soggetto deve avere l'intenzione di corrompere il destinatario della tangente[56].

Il medesimo elemento soggettivo deve sussistere in capo al soggetto che sollecita o accetta il vantaggio indebito, il quale deve avere lo «scopo di abusare della propria influenza per ottenere un vantaggio indebito a favore di un terzo da parte dell'amministrazione pubblica»[57].

Venendo ora a qualche considerazione utile per ragionare sulla questione oggetto del presente contributo, occorre anzitutto osservare che l'obiettivo perseguito dal Legislatore di adeguamento della normativa interna agli obblighi internazionali non va sottovalutato. Le Convenzioni vincolano il nostro Legislatore ai sensi dell'art. 117, co. 1 Cost. e, pertanto, è necessario che se ne tenga conto, sia da parte del Legislatore sia da parte dell'interprete. Se la Convenzione dell'ONU non impone allo Stato di incriminare il traffico di influenze[58], un tale obbligo discende invece dalla Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa. Orbene, un elemento che emerge dalle Convenzioni è che debba esserci, in capo ad entrambi i soggetti del reato di traffico di influenze illecite, l'intenzionalità di utilizzare la propria o altrui influenza nei confronti di un pubblico ufficiale al fine di ottenere un indebito vantaggio dal pubblico ufficiale medesimo. Deve esserci un nesso causale tra la dazione/promessa/offerta e l'utilizzo dell'influenza per far conseguire l'indebito vantaggio. Una tale considerazione permetterebbe di ritenere la condotta di cui all'abrogato art. 346, co. 2 c.p. non sussumibile in tali fattispecie. Nell'ipotesi prevista dall'art. 346, co. 2 c.p., infatti, il soggetto agente ha sin dall'inizio l'intenzione di aggirare il privato, prospettandogli la remunerazione del pubblico ufficiale unicamente per ottenere un vantaggio indebito. In questa ipotesi è assente l'intenzione di far ottenere il vantaggio al soggetto passivo: il 'millantatore' non ha nessuna intenzione di corrompere il pubblico ufficiale. Il dolo richiesto dall'art. 346 c.p. è il dolo tipico della truffa. L'elemento psicologico della truffa consiste infatti nella volontà e nella intenzione di indurre taluno in errore mediante artifici o raggiri, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto.

In altre parole, il millantatore strumentalizza la necessità di dover corrompere il pubblico ufficiale, consapevole che tale elemento indurrà in errore la vittima e la porterà a porre in essere una disposizione patrimoniale. Per il traffico di influenze illecite le Convenzioni richiedono un dolo diverso, esigendo che il soggetto agente sia animato dalla finalità di corrompere il pubblico ufficiale. Si tratta di un'interpretazione aderente alla fattispecie di cui all'art. 346 c.p. e, peraltro, sembrerebbe maggiormente conforme alle Convenzioni internazionali[59].

## 6. BREVI OSSERVAZIONI SULL'ART. 346 C.P.

Appare necessario a questo punto fare delle brevi osservazioni sul reato di millantato credito, noto anche come "*venditio fumi*". L'art. 346 c.p. prevedeva due autonome fattispecie di reato[60]: il fatto di chi «millantando credito presso un pubblico o ufficiale, o presso un pubblico impiegato che presti un pubblico servizio, riceve o fa dare o fa promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione verso il pubblico ufficiale o impiegato»; e il fatto di chi «riceve o fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, col pretesto di dover comprare il favore di un pubblico ufficiale o impiegato, o di doverlo remunerare». In entrambe le ipotesi, la vanteria del soggetto agente era fondata su un inganno: la falsa rappresentazione della possibilità di influenzare un pubblico agente. Il paradigma era quello della truffa[61], il

il “venditore di fumo” ingannava il “compratore” ed otteneva un vantaggio indebito come prezzo della propria mediazione. Le similitudini con la truffa emergevano ancor di più dal secondo comma dell’art. 346 c.p., laddove il “pretesto” di dover comprare il favore del pubblico ufficiale o di doverlo remunerare riecheggiava l’aggravante prevista dall’art. 640, co. 2, n. 1[62]. Dunque, le due fattispecie, seppur autonome e strutturalmente diverse, presentavano il carattere comune dell’inganno[63]. La non punibilità del cliente, peraltro, confermava che la struttura era quella della truffa: il “compratore di fumo” era la vittima dell’illecito, in quanto ingannato da una falsa rappresentazione della realtà che lo ha indotto ad una prestazione che diversamente non avrebbe eseguito. Come è noto, il nostro ordinamento ammette la protezione del privato anche quando mosso da un fine illecito. In tema di truffa, infatti, il soggetto passivo che ha agito per una causa illecita è comunque tutelato, perché «non vengono meno l’ingiustizia del profitto e l’altruità del danno, né vengono meno l’esigenza di tutela del patrimonio e della libertà del consenso nei negozi patrimoniali, che costituisce l’oggettività giuridica del reato»[64]. Anche la giurisprudenza riconosceva che il raggirio fosse un elemento presente nel millantato credito, precisando talvolta che si trattava di un «raggiri particolare, consistente nelle vanterie, esplicite o anche implicite, di ingerenze o pressioni da parte del millantatore presso il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio, senza che occorra che l’agente spenda il nome o indichi la specifica funzione di quest’ultimo, essendo sufficiente che la persona offesa comprenda che il presunto referente sia persona investita di dette funzioni»[65].

La distinzione del millantato credito rispetto alla truffa sembrava rinvenirsi nella circostanza della spendita del credito presso il pubblico ufficiale, con conseguente lesione del prestigio dell’amministrazione[66]. Questa distinzione è stata evidenziata dalla Suprema Corte più recentemente, la quale, nel ritenere il fatto qualificabile ai sensi dell’art. 640 c.p. e non invece ai sensi dell’art. 346, co. 1 c.p., ha affermato che «l’elemento distintivo del reato di millantato credito rispetto alla truffa è del resto costituito dalla sussistenza di vanterie di ingerenze o di pressioni presso pubblici ufficiali che invece difettano nel reato di truffa»[67]. Dunque, due reati accomunati dal medesimo schema, ma collocati a tutela di beni giuridici diversi. Ed infatti, il bene giuridico tutelato dal reato di millantato credito ha rappresentato una forte argomentazione per ammettere il concorso tra l’art. 346 c.p. e l’art. 640 c.p. Un’argomentazione che persuade, ma solo ad una prima lettura. Con riferimento all’ipotesi prevista dall’art. 346, co. 1 c.p., la giurisprudenza prevalente ammetteva il concorso tra i due reati, perché tutelano interessi distinti e perché, inoltre, è diverso il mezzo utilizzato per la loro commissione. Nel millantato credito la condotta consiste in un raggirio del tutto particolare consistente nelle vanterie esplicite o implicite di ingerenze o pressioni sull’attività pubblica[68]. Una parte della giurisprudenza escludeva invece la possibilità del concorso con la truffa. In applicazione del principio di consunzione, si riteneva che il millantato credito previsto dal comma 1 assorbisse la truffa, «in quanto la contiene»[69]. Entrambi gli orientamenti, in ogni caso, riconoscono la forte vicinanza tra truffa e millantato credito. Con riferimento all’ipotesi prevista dal comma 2 dell’art. 346 c.p., il problema del concorso con la truffa si poneva in termini diversi. Questa fattispecie, si affermava in giurisprudenza, era ricalcata sullo schema della truffa, e anzi era proprio «una figura particolare di truffa»[70].

Infatti, a differenza dell'ipotesi di cui al primo comma, la condotta sanzionata dall'art. 346, co. 2 non può che realizzarsi attraverso artifici e raggiri e ciò lo si ricava dal riferimento al "pretesto", evocativo di un contegno fraudolento. La Suprema Corte affermava che «la condotta richiesta non sembra poter prescindere dagli artifici o raggiri indicati per il delitto di truffa: anche nella fattispecie in esame la condotta dell'agente consiste in una forma di raggirio nei confronti di un soggetto che viene indotto da una falsa rappresentazione della realtà ad un accordo che lo impegna ad una prestazione di pagamento», precisando altresì che «ciò che differenzia le due ipotesi di millantato credito è l'elemento del "pretesto" contenuto nel comma 2 dell'art. 346 c.p., un elemento che richiama il mendacio e l'inganno, in quanto corrisponde sostanzialmente alla falsa causa addotta dall'agente per indurre con l'inganno il "compratore di fumo" ad una prestazione patrimoniale, che diversamente non sarebbe ottenibile»[71]. Questa sentenza, coerentemente con il suo sviluppo logico, ritiene che la sovrapposizione con la truffa si colga anche da un altro punto di vista: il fatto che la condotta dell'agente è protesa «al conseguimento di un profitto patrimoniale attraverso l'induzione in errore del c.d. compratore di fumo, il quale non è punibile proprio in considerazione di tale struttura della norma, considerazione questa che porta a ritenere che il bene oggetto della tutela penale, almeno nell'ipotesi di cui al capoverso dell'art. 346 c.p., sia anche quello patrimoniale»[72]. Qualificata in questi termini la fattispecie prevista dal secondo comma, si escludeva il concorso con la truffa, in ragione del medesimo disvalore penale che le accomunava[73]. Altra parte della giurisprudenza ammetteva, invece, la possibilità di concorso con la truffa. Secondo questo indirizzo, l'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 346 c.p. si differenzia dal delitto di truffa per la diversità della condotta, non essendo necessaria né la millanteria né una generica mediazione, nonché per la diversità dell'oggetto della tutela penale, che nella truffa è il patrimonio e nel millantato credito è esclusivamente il prestigio della pubblica amministrazione[74].

Fondamentale appare allora individuare il bene giuridico tutelato dall'art. 346 c.p.

Il delitto si trova nel capo relativo ai delitti dei privati contro la pubblica amministrazione. Non ci sono dubbi in ordine al fatto che la pubblica amministrazione è offesa dal reato. La giurisprudenza, a parte qualche indirizzo minoritario, è ferma nel riconoscere che il reato ha natura monoffensiva e che il bene tutelato è il prestigio della Pubblica amministrazione. Prima dell'intervento delle Sezioni Unite[75], non vi era uniformità di vedute in tema di interesse tutelato. L'orientamento maggioritario[76] riteneva che l'interesse protetto dall'art. 346 c.p. era da considerarsi il prestigio della Pubblica amministrazione, che viene leso quando si faccia credere che il pubblico ufficiale o il pubblico impiegato, anziché uniformarsi ai criteri di onestà e correttezza, si lasci corrompere. Da ciò ne conseguiva che la persona offesa era la pubblica amministrazione, e non chi avesse corrisposto il denaro o l'utilità al millantatore, il quale era mero soggetto danneggiato dal reato[77].

Secondo un orientamento minoritario, l'interesse tutelato non era solo il prestigio della pubblica amministrazione, ma anche l'integrità patrimoniale del soggetto passivo[78]. Le Sezioni Unite affermarono che il bene tutelato è «il retto e imparziale funzionamento»[79] della pubblica amministrazione, dando atto del processo

evolutive teso ad intendere il bene tutelato dall'art. 346 c.p. come il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, e non più il prestigio della stessa.

Invero, la valenza della promessa o della dazione di denaro o altra utilità ai fini della configurazione del reato, nonché la non punibilità del privato, portano a ritenere che l'art. 346 c.p. tuteli anche l'interesse del privato. La natura plurioffensiva del reato di millantato credito è riconosciuta dalla dottrina prevalente[80]. Accanto alla pubblica amministrazione, come soggetto leso vi è anche il privato, il quale subisce un pregiudizio patrimoniale connesso alla corresponsione dell'utilità a vantaggio dell'agente. Anche la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che il privato, ingannato dal millantatore, rivestisse la qualifica di persona offesa. Una pronuncia risalente, ma attuale, ricostruisce l'art. 346 c.p. come norma plurioffensiva con un interessante ragionamento. La Corte ritiene che «la persona offesa dal reato è certamente la pubblica amministrazione»[81], ma, il bene tutelato è quello tutelato dall'art. 97 Cost., ossia il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione. Questa concezione è sicuramente preferibile a quella che ritiene che il bene leso sia il 'prestigio' della pubblica amministrazione, «in quanto il prestigio della P.A. non può essere un fine dell'ordinamento»[82]. Ora, per ritenere che un reato sia plurioffensivo occorre che l'elemento materiale del reato preveda la lesione di diversi beni giuridici come momento imprescindibile per il perfezionamento della fattispecie. Nel caso del millantato credito, la condotta dell'agente si perfeziona con il ricevere, il farsi dare o promettere denaro o altra utilità, «ne consegue che, poiché l'elemento essenziale di detta condotta è anche la lesione dell'integrità patrimoniale del soggetto vittima della millanteria, anche detta integrità patrimoniale costituisce interesse tutelato»[83]. Che il prestigio della pubblica amministrazione sia il bene tutelato dall'art. 346 c.p. è affermazione diffusa in giurisprudenza[84]. Ma una tale affermazione merita qualche riflessione. Come già osservava un'autorevole dottrina, «un simile punto di partenza mette un poco a disagio chi guardi alla norma con sensibilità aggiornata: siamo di fronte a un'altra manifestazione legislativa di quell'ossessione del prestigio che si tradisce nella repressione smodata degli oltraggi? Un'ossessione, si è tentati di aggiungere, che trae alimento da una concezione superata dell'amministrazione pubblica, in termini di autoritarismo fine a sé stesso, piuttosto che di servizio pubblico. L'origine storica della figura, che risale all'Età imperiale, parrebbe accreditare questo sospetto»[85].

L'art. 346, co. 2 c.p. è rivolto a punire un soggetto che inganna un altro soggetto al fine di ottenere un'utilità da quest'ultimo, e l'inganno avviene tramite una rappresentazione, pretestuosa, di utilizzare quell'utilità per corrompere il pubblico ufficiale. L'agente ha intenzione di appropriarsi dell'utilità, non ha mai avuto l'intenzione di comprare il favore del pubblico ufficiale. E allora, ci si chiede come concretamente sarebbe lesa la pubblica amministrazione da siffatta fattispecie.

L'unica offesa possibile è quella al nome, al prestigio. Il soggetto agente ha utilizzato il "pretesto di dover comprare il favore di un pubblico ufficiale o impiegato"; tale condotta, avendo fatto sembrare il pubblico ufficiale come una persona corruttibile, lede il prestigio della pubblica amministrazione.

Che sia chiaro, ben potrebbe il Legislatore re-introdurre una fattispecie così configurata; tuttavia, è opportuno domandarsi se una tale concezione del prestigio della pubblica amministrazione sia accettabile alla luce dell'evoluzione della concezione dello Stato democratico moderno. Una speciale figura di truffa, quale è quella di cui all'art. 346, co. 2 c.p., può essere concepita a tutela della pubblica amministrazione soltanto affermando che il bene leso è il prestigio della pubblica amministrazione. In ogni caso, se il bene tutelato è il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, non permangono dubbi in ordine al fatto che la fattispecie di cui all'art. 346, co. 2 c.p. non è idonea ad offenderlo.

Proprio avendo riguardo al bene tutelato dall'art. 346 c.p., la giurisprudenza ha nel tempo fornito del millantato credito una lettura molto ampia. Soprattutto con riferimento all'art. 346, co. 1 c.p., si riteneva che la fattispecie dovesse ricomprendere anche le condotte di millanteria basate su un credito effettivamente esistente[86]. Secondo una posizione, la collocazione dell'art. 346 c.p. tra i delitti contro la pubblica amministrazione e la sua vicinanza alla materia della corruzione, ha orientato il millantato credito verso la tutela della pubblica amministrazione[87]. Dunque, si è affermata una concezione più ampia della millanteria, intesa anche come amplificazione di una relazione esistente.

La giurisprudenza, tuttavia, non si è spinta fino al punto di ricomprendervi il traffico di influenze realmente esistenti[88], limitandosi ad includervi le condotte di vanteria di relazioni esistenti. Il mendacio era (ancora) un elemento valorizzato dalla giurisprudenza. Come è stato osservato, una interpretazione che prescindesse dall'inganno non sarebbe stata compatibile con la non punibilità del "compratore" di influenze e con la natura fraudolenta della fattispecie prevista dall'art. 346, co. 2 c.p.[89] Se l'art. 346 c.p. avesse ricompreso anche il fatto di chi beneficiava di reali conoscenze per far ottenere al privato un vantaggio, non si sarebbe spiegata la non punibilità di quest'ultimo. Per rendere ragionevole la non punibilità del soggetto passivo, occorre che, anche laddove il credito fosse esistente, vi fosse una amplificazione da parte dell'agente delle sue reali capacità[90]. Dunque, la L. n. 190/2012 ha sicuramente colmato una lacuna[91], introducendo l'art. 346-bis e consentendo di punire quelle condotte in cui vi era una reale capacità di influenza nei confronti del pubblico ufficiale. La norma puniva «chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319-ter, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio». Il secondo comma prevedeva che «la stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altro vantaggio patrimoniale». La relazione doveva essere effettivamente esistente. Risultava ragionevole, poi, la punibilità del privato, in quanto controparte dell'accordo illecito concluso[92].

Con l'introduzione della norma è emerso il problema di delineare l'ambito applicativo rispetto al vicino art. 346 c.p.[93] Il tratto tipizzante del traffico di influenze illecite era costituito dall'esistenza della relazione e del potere di influenza sul pubblico funzionario.

La Suprema Corte affermava che «il delitto di millantato credito si differenzia da quello di traffico di influenze, di cui all'art. 346 bis cod. pen. in quanto presuppone che non esista il credito né la relazione con il pubblico ufficiale e tanto meno l'influenza; mentre il traffico di influenze postula una situazione fattuale nella quale la relazione sia esistente, al pari di una qualche capacità di condizionare o, comunque, di orientare la condotta del pubblico ufficiale»[94]. Accanto all'esistenza della relazione, era richiesto anche che vi fosse un effettivo potere di influenza del mediatore sul pubblico funzionario. In altre parole, doveva sussistere il concreto pericolo che il trafficante, sfruttando la relazione con il soggetto qualificato, potesse alterare il buon funzionamento della pubblica amministrazione. La distinzione con il millantato credito era ravvisata nel fatto che nel millantato credito è assente il 'potere di influenza', siano le relazioni esistenti o inesistenti[95].

## **7. I RAPPORTI TRA L'ART. 346, CO. 2 C.P. E IL NOVELLATO ART. 346-BIS C.P. CONTINUITÀ NORMATIVA?**

L'art. 346-bis c.p. punisce «chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319, 319 ter e nei reati di corruzione di cui all'articolo 322 bis, sfruttando o vantando relazioni esistenti o asserite con un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322 bis, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322 bis, ovvero per remunerarlo in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri». Il secondo comma prevede la punizione con la medesima pena del soggetto che «indebitamente dà o promettere denaro o altra utilità»[96]. Per includere anche le fattispecie del millantato credito, il Legislatore ha modificato la condotta tipica, prevedendo, accanto allo sfruttamento di relazioni esistenti, la 'vanteria di relazioni asserite'. La lettera della norma potrebbe indurre a ritenere che le relazioni asserite costituirebbero quelle prima riconducibili al millantato credito e che quindi vi sarebbe una continuità normativa tra le due fattispecie. Tuttavia, ad una diversa conclusione si perviene proprio seguendo l'insegnamento della Corte di cassazione secondo cui «è solo il confronto strutturale a consentire, in via autonoma, l'individuazione della continuità o della portata demolitoria che l'intervento legislativo posteriore ha eventualmente spiegato sugli elementi costitutivi del fatto tipico previsto dalla normativa precedente»[97]. Ebbene, da un confronto strutturale dovrebbe invece ritenersi che ci sia una discontinuità. La dottrina ha evidenziato i plurimi profili di differenza tra l'art. 346 e l'art. 346-bis c.p., ponendo l'attenzione sulla valenza del termine "pretesto", sulla previsione di non punibilità del soggetto ingannato e sulla natura plurioffensiva dell'art. 346 c.p. Per seguire tale linea ricostruttiva, occorre avere ben chiara la funzione dell'art. 346-bis c.p., evidenziata dalla clausola di sussidiarietà posta in apertura della norma. Le condotte di traffico di influenze illecite sono prodromiche alle più gravi condotte di corruzione e, quindi, l'offensività della condotta deve necessariamente essere calibrata avendo riguardo a tale funzione. La prospettiva offensiva del traffico di influenze illecite si rispecchia, d'altronde, nella configurazione quale reato-accordo[98].

In primo luogo, l'art. 346-bis c.p. è volto a tutelare il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, mentre l'art. 346 c.p. era volto in maniera preponderante alla tutela del patrimonio del soggetto truffato dal venditore di fumo[99].

Le condotte previste dall'abrogato art. 346 c.p. e dall'art. 346-bis c.p. non sono sovrapponibili, in quanto la prima richiedeva necessariamente gli artifici e raggiri tipici della truffa. Il venditore di fumo realizza una condotta inidonea ad offendere il bene tutelato dall'art. 346-bis c.p., realizzando invece una condotta fraudolenta tesa ad ottenere un ingiusto vantaggio. L'art. 346-bis c.p. punisce una condotta tesa a realizzare una corruzione. L'elemento soggettivo non è il medesimo.

Inoltre, come efficacemente osservato, «l'inganno del "cliente" sulla circostanza che il "faccendiere" (il mediatore) non ha alcuna capacità di influire sul pubblico agente, in quanto con quest'ultimo non ha e non potrà mai avere una "relazione", appare incompatibile con una sanzionabilità a livello penale. Si punirebbe altrimenti una mera intenzione malvagia del cliente, senza alcun pericolo per il corretto e imparziale funzionamento della P.A., perché è assente qualsivoglia capacità del "mediatore" di porsi in relazione con agenti pubblici nel caso specifico»[100].

Se si considerassero ricomprese nell'art. 346-bis c.p. le condotte prima previste dall'art. 346, co. 2 c.p. si porrebbero dei problemi di compatibilità con il principio di necessaria offensività del fatto di reato[101]. Peraltro, non sarebbe ragionevole punire entro la medesima cornice sanzionatoria due fatti eterogenei[102]. Non è quindi condivisibile l'indirizzo ermeneutico che intravede una continuità normativa tra l'art. 346, co. 2 e l'art. 346-bis c.p. lasciando, poi, al Giudice «la graduazione della risposta sanzionatoria in funzione dell'effettiva gravità in concreto dei fatti»[103], perché il principio di offensività deve essere rispettato anche dal Legislatore nella formulazione della fattispecie astratta di reato[104]. Una lettura ossequiosa dei principi di ragionevolezza, di offensività e di proporzionalità richiederebbe di non ritenere una continuità normativa tra l'art. 346, co. 2 c.p. e l'art. 346-bis c.p.[105]. Una discontinuità dovrebbe, inoltre, configurarsi anche per la fattispecie di cui al comma primo dell'art. 346 c.p., quando la remunerazione dell'attività di mediazione aveva il solo scopo di raggirare il compratore di fumo[106].

Il 'vanto a relazioni asserite' potrebbe, allora, essere riferito a quelle condotte in cui l'agente ha intenzione di influenzare il pubblico ufficiale, ma non vi è la certezza in ordine alla concreta possibilità di influenza.

La capacità di influenza dovrebbe costituire un parametro per individuare il fatto da sussumere nell'art. 346-bis c.p.. L'art. 346-bis c.p. andrebbe interpretato come fattispecie a tutela dell'«uguaglianza di influenza»[107], ossia la capacità di ciascun cittadino di poter influire sull'azione amministrativa, secondo canali legittimi e a parità di condizioni, punendo le condotte che creano il pericolo per l'imparzialità della pubblica amministrazione[108]. Difatti, una cosa è ritenere che il bene tutelato sia il prestigio, altra cosa è ritenere che il bene tutelato sia la fiducia riposta dai cittadini nella pubblica amministrazione, la quale deve conformarsi ai principi di correttezza e imparzialità, senza favorire alcuno a danno di altri.

In conclusione, come affermato dalla Suprema Corte, dovrebbe ritenersi che «l'enunciazione da parte del mediatore-faccendiere al rapporto con i pubblici poteri non sia rivolto ad indurre in errore per mezzo di artifici e raggiri il cliente, quanto necessariamente a prospettare, seppure non in termini di certezza, la concreta possibilità di influire sull'agente pubblico; condotta tesa non a sfruttare una relazione inesistente ma a vantare la concreta possibilità di riuscire ad influenzare l'agente pubblico»[109].

Dunque, tutte le condotte fraudolente andrebbero espunte dall'art. 346-bis c.p. e ricondotte alla figura della truffa, poiché una truffa a danno del privato è inoffensiva rispetto al bene alla cui salvaguardia è orientato l'art. 346-bis c.p. Una tale ricostruzione giustificherebbe la punibilità del cliente[110] e sarebbe più rispettosa del principio di offensività, in quanto il fatto di reato così tipizzato realizzerebbe un pericolo per il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione. Inoltre, anche le Convenzioni internazionali sembrano orientate in tal senso, volendo punire le condotte prodromiche alla corruzione.

Quanto alla sorte delle sentenze di condanna definitive pronunciate per il reato di cui all'art. 346, co. 2 c.p., si prospettano diverse soluzioni. Secondo la Suprema Corte si dovrebbe applicare retroattivamente l'art. 640 c.p., in ragione del più favorevole regime sanzionatorio rispetto a quello di cui all'art. 346, co. 2 c.p. È stato, tuttavia, osservato che una tale soluzione appare condivisibile soltanto se si accerti l'atto dispositivo della dazione di denaro, integrante il danno della truffa, ritenendo, invece, che nei casi in cui l'accordo si era fermato allo stadio della promessa si potrebbe applicare il tentativo di truffa[111]. Un'attenta dottrina ha, invece, evidenziato che non vi sarebbe omogeneità strutturale tra l'art. 346-bis, co. 2 c.p. e l'art. 640 c.p., dovendosi quindi applicare l'art. 640 c.p. soltanto "per il futuro" e dovendosi ravvisare una *abolitio criminis* "per il passato"[112].

---

[1] Per un commento, v. M. ROMANO, Legge anticorruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite, in Riv. it. dir. proc. pen., 3, 2013, pp. 1397 ss.

[2] Per un commento, v. M. GAMBARDELLA, Il grande assente della nuova legge "spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione, in Cass. pen., 2019, 1, pp. 44 ss.

[3] L'orientamento è stato inaugurato da Cass., Sez. 6, 14 marzo 2019, n. 17980, Rv. 275730; nello stesso senso v. Cass. pen., Sez. 6, 19 giugno 2019, n. 51124, Rv. 277569; Cass. pen., Sez. 6, 12 novembre 2019, n. 1659; Cass. pen., Sez. 6, 23 marzo 2021, n. 16467; Cass. pen., Sez. 6, 28 aprile 2021, n. 22101; Cass. pen., Sez. 6, 12 maggio 2021, n. 35581, Rv. 281996; Cass. pen., Sez. 6, 8 giugno 2021, n. 26437, Rv. 281583; Cass. pen., Sez. 6, 22 marzo 2022, n. 20935, Rv. 283270; Cass. pen., Sez. 6, 26 maggio 2022, n. 32574, Rv. 283724.

- [4] Cass. pen., Sez. 6, 26 maggio 2022, n. 32574, Rv. 283724.
- [5] Addendum to the Second Compliance Report on Italy, in [www.coe.int](http://www.coe.int).
- [6] Il GRECO (Group of States Against Corruption) è un organo istituito nel 1999 dal Consiglio d'Europa per monitorare il rispetto da parte degli Stati delle norme anticorruzione.
- [7] Cass. pen., Sez. 6, 14 marzo 2019, n. 17980, Rv. 275730.
- [8] Cass. pen., Sez. 6, 14 marzo 2019, n. 17980, Rv. 275730.
- [9] Cass. pen., Sez. 6, 14 marzo 2019, n. 17980, Rv. 275730.
- [10] Cass. pen., Sez. 6, 4 marzo 2003, n. 16255, Rv. 224872; Cass. pen., Sez. 6, 17 marzo 2010, n. 13479, Rv. 246734.
- [11] Cass. pen., Sez. 6, 4 marzo 2003, n. 16255, Rv. 224872; Cass. pen., Sez. 6, 17 marzo 2010, n. 13479, Rv. 246734.
- [12] Cass. pen., Sez. 6, 26 maggio 2022, n. 32574, Rv. 283724.
- [13] Cass. pen., Sez. 6, 26 maggio 2022, n. 32574, Rv. 283724.
- [14] Cass. pen., Sez. 6, 7 ottobre 2020, n. 1869.
- [15] Cass. pen., Sez. 6, 7 ottobre 2020, n. 1869.
- [16] Cass. pen., Sez. 6, 26 maggio 2022, n. 32574, Rv. 283724.
- [17] Cass. pen., Sez. 6, 26 maggio 2022, n. 32574, Rv. 283724.
- [18] Cass. pen., Sez. 6, 5 maggio 2021, n. 23877.
- [19] Cass. pen., Sez. 6, 5 maggio 2021, n. 23877.
- [20] Cass. pen., Sez. 6, 5 maggio 2021, n. 23877.
- [21] Cass. pen., Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 12228, Rv. 258473.
- [22] Cass. pen., Sez. 6, 12 maggio 2021, n. 35581.
- [23] L'orientamento è stato inaugurato da Cass. pen., Sez. 6, 19 settembre 2019, n. 5221, Rv. 278451; nello stesso senso v. Cass. pen., Sez. 6, 2 febbraio 2021, n. 28657, Rv. 281980; Cass. pen., Sez. 6, 10 marzo 2022, n. 23407, Rv. 283348; Cass. pen., Sez. 6, 8 luglio 2022, n. 49657; Cass. pen., Sez. 6, 12 dicembre 2022, n. 11342, Rv. 284567.

- [24] Cass. pen., Sez. 6, 18 settembre 2019, n. 5221, Rv. 278451.
- [25] Cass. pen., Sez. 6, 18 settembre 2019, n. 5221, Rv. 278451.
- [26] Cass. pen., Sez. 6, 7 giugno 2006, n. 30150, Rv. 235429.
- [27] Cass. pen., Sez. 6, 12 luglio 2017, n. 40940.
- [28] Cass. pen., Sez. Un., 21 gennaio 2010, n. 12822.
- [29] Cass. pen., Sez. 6, 18 settembre 2019, n. 5221, Rv. 278451.
- [30] Cass. pen., Sez. 6, 12 dicembre 2022, n. 11342, Rv. 284567.
- [31] Cass. pen., Sez. 6, 12 dicembre 2022, n. 11342, Rv. 284567.
- [32] Cass. pen., Sez. 6, 18 settembre 2019, n. 5221, Rv. 278451.
- [33] Cass. pen., Sez. 6, 18 settembre 2019, n. 5221, Rv. 278451.
- [34] Cass. pen., Sez. 6, 18 settembre 2019, n. 5221, Rv. 278451.
- [35] Cass. pen., Sez. 6, 18 settembre 2019, n. 5221, Rv. 278451.
- [36] Cass. pen., Sez. 6, 2 febbraio 2021, n. 28657, Rv. 281980; Cass. pen., Sez. 6, 10 marzo 2022, n. 23407, Rv. 283348.
- [37] Cass. pen., Sez. 6, 12 dicembre 2022, n. 11342, Rv. 284567.
- [38] Cass. pen., Sez. 6, 10 marzo 2022, n. 23407, Rv. 283348.
- [39] Cass. pen., Sez. 6, 18 settembre 2019, n. 5221, Rv. 278451.
- [40] Cass. pen., Sez. 6, 18 settembre 2019, n. 5221, Rv. 278451.
- [41] Relazione illustrativa al Disegno di Legge, A.C. 1189/2018, Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici, 24 settembre 2018, in [www.camera.it](http://www.camera.it). V. M. GAMBARDELLA, Considerazioni sull'inasprimento della pena per il delitto di corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.) e sulla riformulazione del delitto di traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.) nel disegno di legge Bonafede, in Cass. pen., 11, 2018, 3577 ss.; M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge Spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in Cass. pen., 1, 2019, pp. 44 ss.
- [42] Relazione illustrativa al Disegno di Legge, A.C. 1189/2018, cit.

[43] Relazione illustrativa al Disegno di Legge, A.C. 1189/2018, cit.

[44] Relazione illustrativa al Disegno di Legge, A.C. 1189/2018, cit.

[45] Relazione illustrativa al Disegno di Legge, A.C. 1189/2018, cit.

[46] Relazione illustrativa al Disegno di Legge, A.C. 1189/2018, cit. Il Legislatore fornisce anche uno strumento per dirimere i problemi relativi alla successione di leggi, indicando la sentenza delle Sezioni Unite Maldera (Cass. pen., Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 12228) per risolvere, positivamente, la questione della continuità normativa per il “venditore di fumo”.

[47] Art. 12, *Criminal Law Convention on Corruption*: «Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the promising, giving or offering, directly or indirectly, of any undue advantage to anyone who asserts or confirms that he or she is able to exert an improper influence over the decision-making of any person referred to in Articles 2, 4 to 6 and 9 to 11 in consideration thereof, whether the undue advantage is for himself or herself or for anyone else, as well as the request, receipt or the acceptance of the offer or the promise of such an advantage, in consideration of that influence, whether or not the influence is exerted or whether or not the supposed influence leads to the intended result».

[48] CETS 173 – *Explanatory Report to the Criminal Convention on Corruption*, in *rm.coe.int*.

[49] CETS 173 – *Explanatory Report to the Criminal Convention on Corruption*, cit., par. 64, secondo cui «Criminalising trading in influence seeks to reach the close circle of the official or the political party to which he belongs and to tackle the corrupt behaviour of those persons who are in the neighbourhood of power and try to obtain advantages from their situation, contributing to the atmosphere of corruption. It permits Contracting Parties to tackle the so-called “background corruption”, which undermines the trust placed by citizens on the fairness of public administration. The purpose of the present Convention being to improve the battery of criminal law measures against corruption it appeared essential to introduce this offence of trading in influence, which would be relatively new to some States».

[50] CETS 173 – *Explanatory Report to the Criminal Convention on Corruption*, par. 65, secondo cui «This provision criminalises a corrupt trilateral relationship where a person having real or supposed influence on persons referred to in Articles 2, 4, 5, and 9 – 11, trades this influence in exchange for an undue advantage from someone seeking this influence. The difference, therefore, between this offence and bribery is that the influence peddler is not required to “act or refrain from acting” as would a public official. The recipient of the undue advantage assists the person providing the undue advantage by exerting or proposing to exert an improper influence over the third person who may perform (or abstain from performing) the requested act. “Improper” influence must contain a corrupt intent by the influence peddler: acknowledged forms of lobbying do not fall under this notion. Article 12 describes both forms of this corrupt relationship: active and passive trading in influence. As has been explained (see document GMC (95) 46), “passive” trading in influence presupposes that a person, taking advantage of real or pretended influence with third persons, requests, receives or accepts the undue advantage, with a view to assisting the person who supplied the undue advantage by exerting the improper influence. “Active” trading in influence presupposes that a person promises, gives or offers an undue advantage to someone who asserts or confirms that he is able to exert an improper over third persons».

[51] Sul tema v. P. VENEZIANI, *Lobbismo e diritto penale. Il traffico di influenze illecite*, in *Cass. pen.*, 4, 2016, pp. 1293 ss.; V. MONGILLO, *Il traffico di influenze illecite nell'ordinamento italiano: crisi e vitalità di una fattispecie a tipicità impalpabile*, in *Sistemapenale.it*; E. SCAROINA, *Lobbying e rischio penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 6, 2016, pp. 811 ss.

[52] L'Italia ha esercitato il diritto di riserva con riguardo all'incriminazione di condotte di corruzione passiva di pubblici ufficiali stranieri e di membri di assemblee pubbliche straniere di cui agli artt. 5 e 6 della Convenzione, ad eccezione dei cittadini di Stati membri dell'Unione europea; delle violazioni commesse ai sensi dell'art. 6 c.p.; dei reati commessi da pubblici ufficiali italiani, abusando della propria autorità o violando i doveri inerenti alle proprie funzioni (art. 7 c.p.).

V. sul punto V. MONGILLO, op. cit., secondo il quale «il disposto pattizio è divenuto pienamente vincolante per un'autonoma scelta politico-criminale del nostro Parlamento, più che per impegni internazionali cogenti».

[53] *Second Compliance Report on Italy*, in *rm.coe.int*.

[54] *Addendum to the Second Compliance Report on Italy*, in *rm.coe.int*.

[55] *Art. 18 United Nations Convention against Corruption*: «Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally:

(a) *The promise, offering or giving to a public official or any other person, directly or indirectly, of an undue advantage in order that the public official or the person abuse his or her real or supposed influence with a view to obtaining from an administration or public authority of the State Party an undue advantage for the original instigator of the act or for any other person;*

(b) *The solicitation or acceptance by a public official or any other person, directly or indirectly, of an undue advantage for himself or herself or for another person in order that the public official or the person abuse his or her real or supposed influence with a view to obtaining from an administration or public authority of the State Party an undue advantage».*

[56] UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption*, in [www.unodc.org](http://www.unodc.org), pp. 82-83, par. 285-286, nei quali si spiega che «*The mental or subjective element for this offence is that the conduct must be intentional. In addition, some link must be established between the offer or advantage and inducing the official to abuse his or her influence in order to obtain from an administration or public authority of the State party an undue advantage for the instigator of the act or for any other person. Since the conduct covers cases of merely offering a bribe, that is, even including cases where it was not accepted and could not therefore have affected conduct, the link must be that the accused intended not only to offer the bribe, but also to influence the conduct of the recipient, regardless of whether or not this actually took place*».

[57] UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption*, in [www.unodc.org](http://www.unodc.org), pp. 82-83, par. 289, in cui si spiega che «*The mental or subjective element is only that of intending to solicit or accept the undue advantage for the purpose of abusing one's influence to obtain an undue advantage for a third person from an administration or public authority of the State*».

[58] Ritengono invece che la Convenzione di Merida preveda un obbligo di incriminazione per lo Stato E. DOLCINI-F. VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2012, p. 238.

[59] V. E. DOLCINI-F. VIGANÒ, *Sulla riforma*, cit., p. 238, secondo gli Autori le due Convenzioni «equiparano sul piano dell'obbligo di incriminazione la situazione di chi riceve il denaro o la promessa in relazione ad una propria *influenza reale* sul pubblico ufficiale da corrompere, a quella di chi semplicemente *affermi* di poter esercitare una simile influenza, millantando dunque un credito – per usare un'espressione familiare al penalista italiano – in realtà inesistente».

[60] È pacifico che la fattispecie prevista dall'art. 346, co. 2 c.p. costituiva una fattispecie autonoma di reato. In giurisprudenza, v. Cass. pen., Sez. Un., 21 gennaio 2010, n. 12822, Rv. 246270.

[61] F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale – II*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 518.

[62] L'art. 640, co. 2, n. 1) prevede un'aggravante speciale «se il fatto è commesso (...) col pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare».

[63] C. PEDRAZZI, *Millantato credito, traffic d'influence, influence peddling*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, p. 923.

[64] Cass. pen., Sez. 2, 23 gennaio 2001, n. 10792, Rv. 218673, secondo cui «A fondamento tale principio, si è rilevato come, sotto il profilo testuale, la stessa norma di cui all'art. 640, secondo comma nr. 1) cod. pen. punisca quale forma aggravata di truffa, la condotta se commessa “con il pretesto di fare esonerare taluno dal servizio militare”, ossia quando il soggetto passivo persegue un obiettivo anti-giuridico in relazione all'esenzione da servizio militare, costituente un illecito; inoltre, si sostiene che un'efficace tutela del bene giuridico protetto, ossia il patrimonio altrui e la libertà negoziale, imponga di reprimere quei comportamenti che traggano in inganno la vittima, cagionandole un danno ingiusto, anche se questa sia motivata da fini illeciti » V. Cass. pen., Sez. 1, 27 settembre 2013, n. 42890, Rv. 257296.

[65] Cass. pen., Sez. 6, 30 settembre 2005, n. 39932; Cass. pen., Sez. 6, 7 novembre 1997, n. 547.

[66] Cass. pen., Sez. 6, 30 settembre 2005, n. 39932, Rv. 233840.

[67] Cass. pen., Sez. 6, 23 marzo 2021, n. 16467, Nel caso di specie, l'imputato si era presentato come soggetto che, in forza della vantata qualità di dirigente territoriale di un Sindacato e dell'effettiva veste di dipendente civile del Ministero della Difesa, asseriva di aver già dimostrato la capacità di 'piazzare' diverse persone nelle pubbliche amministrazioni, attribuendosi la capacità di fornire materiale cartaceo utile per il conseguimento delle prove di esame, «senza tuttavia spendere il nome di pubblici ufficiali né alludere a contatti con essi».

[68] Cass. pen., Sez. 6, 25 febbraio 2003, n. 15118, Rv. 224844; Cass. pen., Sez. 6, 24 novembre 1998, n. 13657; Cass. pen., Sez. 6, 7 novembre 1997, n. 547.

[69] Cass. pen., Sez. 6, 4 maggio 2001, n. 2010.

[70] Cass. pen., Sez. 6, 7 giugno 2006, n. 30150, Rv. 235429.

- [71] Cass. pen., Sez. 6, 7 giugno 2006, n. 30150, Rv. 235429.
- [72] Cass. pen., Sez. 6, 7 giugno 2006, n. 30150, Rv. 235429.
- [73] Cass. pen., Sez. 6, 12 luglio 2017, n. 40940.
- [74] Cass. pen., Sez. 6, 5 novembre 2009, n. 9470, Rv. 246399; Cass. pen., Sez. 6, 19 febbraio 2003, n. 17642, Rv. 227138.
- [75] Cass. pen., Sez. Un., 21 gennaio 2010, n. 12822.
- [76] Cass. pen., Sez. 6, 22 febbraio 2005, n. 11441, Rv. 231042; Cass. pen., Sez. 6, 27 gennaio 2000, n. 2645, Rv. 215651; Cass. pen., Sez. 6, 25 febbraio 1998, n. 5569, Rv. 210524.
- [77] Cass. pen., Sez. 6, 15 ottobre 1986, Rv. 174839; Cass. pen., Sez. 6, 3 dicembre 2002, n. 10662, Rv. 223812; Cass. pen., Sez. 6, 19 febbraio 2003, n. 17642, Rv. 227138.
- [78] Cass. pen., Sez. 6, 3 dicembre 2002, n. 10662, Rv. 223812.
- [79] Cass. pen., Sez. Un., 21 gennaio 2010, n. 12822, Rv. 246270.
- [80] F. CONSULICH, *Millantato credito e traffico di influenze illecite*, in C. F. GROSSO–M. PELISSERO (a cura di), *Trattato di diritto penale, Parte speciale, Reati contro la Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 612. M. GAMBARDILLA, *L'incorporazione del delitto di millantato credito in quello di traffico di influenze illecite (L. n. 3 del 2019) ha determinato una limitata discontinuità normativa, facendo riespandere il reato di truffa*, in *Cass. pen.*, 4, 2020, pp. 1539 ss.
- [81] Cass. pen., Sez. 6, 6 febbraio 1997, n. 2740.
- [82] Cass. pen., Sez. 6, 6 febbraio 1997, n. 2740.
- [83] Cass. pen., Sez. 6, 6 febbraio 1997, n. 2740.
- [84] Da ultimo, Cass. pen., Sez. 6, 26 maggio 2022, n. 32574.
- [85] C. PEDRAZZI, op. cit., pp. 914-916. L'Autore osserva che «l'incriminazione del millantato credito, intesa in funzione di tutela del prestigio, rappresenta una stranezza, un corpo estraneo nelle linee del sistema. Nel sistema del nostro codice il «prestigio» è sempre tutelato in capo a organi pubblici determinati (...) Qui invece una norma che tutelerebbe il prestigio dell'amministrazione in generale, indipendentemente dal riferimento a persone o uffici determinati (...) Infine come non notare la stranezza, a dir poco, di una tutela del prestigio così «settoriale»: tutta tesa a impedire che vengano messi in circolazione due tipi soltanto di voci offensive, quelle che integrano, rispettivamente, la millantazione di un credito ai sensi dell'art. 346, comma 1°, e il pretesto di corruzione del capoverso. Si tratta indubbiamente di addebiti gravi: ma non si dirà che al prestigio dell'amministrazione attenti unicamente chi dia a credere che i suoi funzionari sono sensibili a indebite pressioni, o sogliono farsi corrompere. Viene da pensare che il legislatore abbia dato tanto peso a questi due tipi di addebito più che altro per timore di un contagio: non per tutelare un prestigio nominale, ma per prevenire il moltiplicarsi di pressioni indebite sulle pubbliche amministrazioni».

[86] M. GAMBARDELLA, *Punibilità del cliente ingannato, mediazione onerosa illecita e intermediazione corruttiva nel traffico di influenze*, in *DISCRIMEN*, 2022, p. 5, secondo cui «una tale interpretazione – che ha reso configurabile il millantato credito quando il credito vantato presso il pubblico funzionario fosse effettivamente sussistente – ha spinto verso una *conformazione giurisprudenziale della fattispecie*, che ha oltrepassato la legittima interpretazione letterale per attingere un ambito applicativo incompatibile con il testo della disposizione, chiaramente calibrato quest’ultimo sullo schema romanistico della “*venditio fumi*”».

[87] M. ROMANO, op. cit., p. 1398.

[88] V. MONGILLO, *Il traffico di influenze illecite nell’ordinamento italiano: crisi e vitalità di una fattispecie a tipicità impalpabile*, in *Sistemapenale.it*.

[89] P. ASTORINA MARINO, *L’unificazione di traffico di influenze e millantato credito: una crasi mal riuscita*, in *Sistemapenale.it*, p. 6.

[90] M. ROMANO, op. cit., p. 1399.

[91] I. MERENDA, *Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2013.

[92] C. PEDRAZZI, op. cit., p. 937. V. G. PONTEPRINO, *La nuova “versione” del traffico di influenze illecite: luci e ombre della riforma “spazzacorrotti”*, in *Sistemapenale.it*, 12, 2019, p. 100.

[93] Sul punto, v. M. ROMANO, op. cit., pp. 1402 ss., secondo il quale «Ricondotto alla millanteria ingannevole nei confronti dell’interlocutore, l’art. 346 ritorna nell’alveo originario tipico di un’ipotesi di truffa, qualificata rispetto alla figura generale dell’art. 640 poiché l’intesa raggiunta dai protagonisti è costruita, malgrado l’inganno, sull’asserita o implicita “disponibilità” di pubblici funzionari, che, solo adombrata nel co. 1°, sfocia nella asserita (pretesa) corruttibilità nel co. 2°»; I. MERENDA, op. cit.; V. MONGILLO, op. cit.; P. PISA, *Il “nuovo” delitto di traffico di influenze*, in *Dir. pen. e proc.*, 8, 2013, pp. 33 ss.

[94] Cass. pen., Sez. 6, 28 aprile 2017, n. 37463, Rv. 270607; Cass. pen., Sez. 6, 27 settembre 2017, n. 53332, Rv. 271730.

[95] Cass. pen., Sez. 6, 27 settembre 2017, n. 53332, secondo cui «i rispettivi ambiti delle fattispecie di cui all’art. 346 cod. pen. e 346 bis cod. pen. possono essere così ricostruiti: il traffico di influenze incrimina le condotte nelle quali le relazioni tra mediatore e pubblico agente siano esistenti e reale sia il potere di influenza del mediatore sul pubblico funzionario. Invece il millantato credito incrimina i casi in cui il potere di influenza non ci sia, siano le relazioni esistenti o inesistenti, ma tale potere è ostentato ugualmente dal millantatore, al fine di ricevere un indebito vantaggio da chi, raggirato, è configurato come vittima del reato. Il compratore di influenze, per essere considerato soggetto attivo, deve essere consapevole che il potere di influenza sia esistente e che quindi il pericolo per la disfunzione dei pubblici apparati a suo vantaggio sia obiettivo concretamente perseguibile. Viceversa, la fattispecie di millantato credito verrà in rilievo in tutte le ipotesi in cui il credito sia fasullo e posticcio e, pertanto, non esista né la relazione con il pubblico ufficiale, tanto meno l’influenza».

[96] L'art. 346-bis c.p. prevede al co. 3 un'aggravante «se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio»; al co. 4 un'aggravante «se i fatti commessi in relazione all'esercizio di attività giudiziarie, o per remunerare il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322 bis in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d'ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio» e al co. 5 un'attenuante «se i fatti sono di particolare tenuità»

[97] Cass. pen., Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 12228; Cass. pen., Sez. Un., 26 marzo 2003, n. 25887, Rv. 224607.

[98] V. N.M. MAIELLO, op. cit.

[99] Cass. pen., Sez. 6, 18 settembre 2019, n. 5221.

[100] M. GAMBARDELLA, *Punibilità del cliente ingannato*, cit., p. 8.

[101] Propende per una continuità normativa A. MERLO, *Traffico di influenze illecite e millantato credito: successione di leggi o abrogazione parziale?*, in *Foro it.*, 10, 2020, pp. 662 ss. Secondo l'Autore «il venir meno del termine «pretesto» nella disposizione di legge non assume un significato particolare e certamente non esclude dalla sua area semantica i comportamenti riconducibili al «vecchio» art. 346, 2° comma, c.p.». Si sostiene che «se è vero, infatti, che l'offensività della condotta in determinati casi può risultare impalpabile, al punto da rendere irragionevole l'incriminazione anche dell'*emptor fumi*, la via più corretta per affrontare il problema sarebbe stata quella di eccepire l'incostituzionalità della fattispecie dinanzi alla Corte costituzionale».

[102] N.M. MAIELLO, op. cit., p. 1507, secondo cui «la valorizzazione del principio di ragionevolezza/proporzione potrebbe, dunque, portare ad «espungere dalla fattispecie condotte incapaci di attingere ad un disvalore congeniale alla gravità del compasso edittale, limitando l'*overbreadth* del tipo legale»». V. anche G. PONTEPRINO, *La nuova "versione"*, cit., p. 113 ritiene che «sarebbe stato preferibile che il legislatore, nell'inglobare il millantato credito nel traffico di influenze, avesse quantomeno previsto una graduazione del quantum di pena irrogabile, differenziano la posizione di chi acquista un'influenza reale da quella di colui che, tutto considerato, è comunque la vittima di un inganno».

[103] Cass. pen., Sez. 6, 14 marzo 2019, n. 17980.

[104] Efficace l'esempio prospettato da V. MONGILLO, op. cit., p. 14, secondo il quale «è evidente che il nuovo disposto normativo semplifica l'accertamento. Ma la semplificazione non è un valore assoluto in diritto penale. Altrimenti, per semplificare, potremmo – per assurdo – punire allo stesso modo omicidi o lesioni tanto dolosi quanto colposi. In questo caso, avremmo risolto con un tratto di penna la vexata quaestio della linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente; ma l'esito sarebbe ovviamente aberrante».

[105] N.M. MAIELLO, op. cit., p. 1501; G. PONTEPRINO, *Il "nuovo" inquadramento giuridico del c.d. millantato credito "corruptivo". I perduranti disorientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. pen. e proc.*, 8, 2022, p. 1110.

[106] N.M. MAIELLO, op. cit., p. 1511, secondo cui, «se così non fosse, infatti, si introdurrebbe un'irragionevole disparità di tutela tra chi ha subito un'offesa patrimoniale pagando al fine di corrompere e chi ha pagato "solo" per

remunerare il mediatore, essendo entrambi parimenti vittima di un raggio». L'Autore auspica «l'aggiunta di una circostanza aggravante di cui all'art. 640, secondo comma, c.p., che avrebbe il vantaggio di essere procedibile d'ufficio». Sul punto anche V. MONGILLO, op. cit., pp. 15-16, secondo il quale anche «le forme di *venditio fumi*, consistenti nella prospettazione fraudolenta non di una mediazione corruttiva ma della capacità di condizionare l'operato dell'esponente pubblico senza remunerarlo, andrebbero riallocate nella fattispecie base di truffa». Nello stesso senso anche P. ASTORINA MARINO, op. cit., p. 12.

[107] R. DWORKIN, *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Feltrinelli, Milano, 2002, p. 206.

[108] P. ASTORINA MARINO, op. cit., p. 12.

[109] Cass. pen., Sez. 6, 19 settembre 2019, n. 5221, Rv. 278451.

[110] M. GAMBARDELLA, *Punibilità del cliente*, cit., p. 9.

[111] N. M. MAIELLO, op. cit., pp. 1501 ss. V. S. PRANDI, *Questioni di diritto intertemporale e continuità normativa tra millantato credito e "nuovo" traffico di influenze illecite*, in *Dir. pen. e proc.*, 9, 2020, pp. 1237 ss.

[112] M. GAMBARDELLA, *La discontinuità normativa tra l'abrogata ipotesi di millantato credito prevista dall'art. 346, comma 2, c.p. e il riformulato delitto di traffico di influenze illecite*, in *Cass. pen.*, 4, 2020, p. 1548, secondo cui «l'abrogazione/riformulazione del millantato credito/traffico di influenze ha comportato nel nostro caso una limitata abolitio criminis (per il "passato") riguardo alle condotte del faccendiere che, in assenza di una effettiva relazione con l'agente, inganna il c.d. compratore di fumo per farsi corrispondere denaro o altra utilità ("abolizione della figura di reato" per il passato, ex art. 2, comma 2, c.p.). Tali condotte non potranno essere sussunte nel traffico di influenze così descritto nella legge n. 3 del 2019, ma potranno trovare rilevanza penale soltanto per il "futuro" attraverso il delitto di truffa ("nuova incriminazione" per il futuro, ex art. 2, comma 1, c.p.): ossia la truffa potrà essere contestata in relazione alle condotte storiche poste in essere dopo l'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019. Non è possibile infatti istituire un rapporto di continuità normativa tra il millantato credito (abrogato) e il reato di truffa (che si riespande), allo scopo di schivare il fenomeno della parziale abolizione della incriminazione di millantato credito. e questo perché, sulla scorta della giurisprudenza in materia di successione di leggi, in assenza di una relazione unilaterale di specialità fra incriminazioni – come nel nostro caso tra il delitto di millantato credito abrogato e quello di truffa che si riespande – va dichiarato da parte del giudice che il fatto non è previsto dalla legge come reato per l'intervenuta *abolitio criminis*».

# RIFORMA DEL CODICE DI PROCEDURA PENALE - SUGGERIMENTI PRATICI

di Riccardo PIVETTI, Presidente di sezione del Tribunale di Catania

**Suggerimenti pratici per la semplificazione di alcuni passaggi applicativi della riforma del codice di procedura penale**

**Sommario:**

## **1. La fase iniziale del giudizio**

### **1.1 La nullità del decreto di citazione**

### **1.2 Il termine di prescrizione di cui al D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (c.d. riforma Cartabia)**

### **1.3 L'irreperibilità dell'imputato**

## **2. La declatoria di non punibilità**

### **2.1 La punibilità a querela di delitti che, nella, loro forma circostanziata, sono punibili d'ufficio.**

### **2.2 Le ricadute negative, anche economiche, di soluzioni interpretative differenti**

## **CAPITOLO 1. LA FASE INIZIALE DEL GIUDIZIO**

Nell'affrontare le prime difficoltà derivanti dall'applicazione delle modifiche normative sostanziali e processuali della riforma al codice di procedura penale, si è riscontrato che diversi procedimenti trasmessi dalla Procura hanno messo in luce la nullità del decreto di citazione

### **1.1 LA NULLITÀ DEL DECRETO DI CITAZIONE**

Il decreto di citazione è nullo per omessa notificazione: *...all'imputato, al suo difensore e alla parte offesa almeno sessanta giorni prima della data fissata per l'udienza di comparizione predibattimentale ...*(art. 552 comma III, cpp). Si è potuto notare che, nonostante il carattere imperativo della norma, alcune delle citazioni a giudizio (non molte, ad onor del vero) non hanno indicato le parti offese.

Al fine di evitare che l'udienza predibattimentale avesse come risultato quello di appesantire i tempi del processo (a differenza a quanto prescritto dalla norma ed in linea con la riforma, vocata alla durata ragionevole del processo), si è preventivamente emesso, là dove è stato possibile, ordinanza con cui si è indicato al Pubblico Ministero una nuova e successiva data di udienza, invitandolo, così, a sanare il difetto di notifica,

prima dell'udienza predibattimentale. In questo modo il fascicolo è rimasto *giuridicamente* in carico al Tribunale, senza appesantire il Sistema Giada con una riassegnazione ma, materialmente, è stato trasmesso in Procura, in modo da consentire tramite lo stesso, gli adempimenti necessari alle notifiche omesse.

Si tratta di una soluzione che rende più agevole l'udienza predibattimentale con soluzioni processuali veloci, quali il patteggiamento e l'abbreviato, e, cioè, i riti semplificati, a cui porre attenzione proprio consentendo all'imputato di valutarne tempestivamente l'utilità: l'obiettivo prioritario della riforma, senza il susseguirsi il rinvio plurimo di udienze necessarie a regolarizzare il contraddittorio.

### **1.2 IL TERMINE DI PRESCRIZIONE DI CUI AL D.LGS. 10 OTTOBRE 2022, N. 150 (C.D. RIFORMA CARTABIA)**

Il termine di prescrizione previsto dalla riforma, in vigore dal 30 dicembre 2022 che ha previsto, all'ultimo comma dell'art. 159 c.p. che *...quando è pronunciata la sentenza di cui all'articolo 420-quater cpp il corso della prescrizione rimane sospeso sino al momento in cui è rintracciata la persona nei cui confronti è stata pronunciata, ma in ogni caso non può essere superato il doppio dei termini di prescrizione di cui all'articolo 157...*

Pertanto, il D.Lgs. 10.10.2022, n. 150, sostituendo il disposto del n. 3 bis dell'art. 159 c.p., ha individuato ora quale causa di sospensione del corso della prescrizione la pronuncia della sentenza di non doversi procedere per mancata conoscenza della pendenza del processo da parte dell'imputato disciplinata all'art. 420 quater c.p.p.; ed inoltre il Legislatore ha precisato al riguardo che la prescrizione rimane sospesa sino al momento in cui è rintracciata la persona nei cui confronti la sentenza è stata pronunciata, ma che, in ogni caso, non può essere superato il doppio dei termini di prescrizione di cui all'art. 157 c.p.

Ebbene, con riferimento ai reati commessi prima dell'entrata in vigore della riforma, si ritiene applicabile la previgente disciplina della prescrizione perché più favorevole al reo (ossia, nel caso di specie il termine massimo della pena edittale stabilita dalla legge ex art. 157, comma 1, c.p., aumentato di un quarto in ragione della presenza di un atto interruttivo ex art. 161, comma 2, c.p.), ai sensi dell'art. 2 c.p. Ciò del resto, in linea con la natura sostanziale della prescrizione e alla luce del principio del favor rei.

### **1.3 L'IRREPERIBILITÀ DELL'IMPUTATO**

Altro tema che può interessare in concreto l'applicazione della disciplina riguarda l'irreperibilità dell'imputato: una volta accertata tale condizione, esaminato il decreto di citazione a giudizio - artt. 550 e 552 c.p.p., 159 comma 1 disp. att., con ordinanza, si ritiene utile per la fase predibattimentale dare ulteriori disposizioni utili all'autorità delegata alle ricerche.

In particolare, rilevato che non è stato possibile eseguire le notificazioni nei modi previsti dall'articolo 157 cpp, occorre disporre la ripetizione di nuove ricerche dell'imputato, particolarmente nel luogo di nascita,

dell'ultima residenza anagrafica, dell'ultima dimora, in quello dove egli abitualmente esercita la sua attività lavorativa e presso l'amministrazione carceraria centrale, e, dopo tale ulteriore attività, in aggiunta occorre accertare, per mano dell'autorità delegata, se:

- a) qualcuno è in grado di riferire notizie sul luogo ove l'imputato potrebbe essersi trasferito, specie se di nazionalità straniera, sì indicando eventuale indirizzo estero;
- b) qualcuno è in grado di indicare eventuale attività lavorativa svolta in precedenza alla sua identificazione, proprio per acquisire notizie di cui al punto a);

il tutto anche con risposta in negativo da parte dell'autorità delegata predetta. Si tratta di soluzioni attuative delle norme, suggerite dalla poliedricità dei casi concreti, certamente non tipizzabili dal legislatore, ma di aiuto pratico per la soluzione da adottare nell'immediato, sì garantendo la ragionevole durata del processo voluta dal Legislatore.

## CAPITOLO 2. LA DECLATORIA DI NON PUNIBILITÀ

Successivamente al controllo sulla regolarità del contraddittorio, è ben possibile che ricorra una causa di estinzione del reato, per lo più la prescrizione, o, come avviene per reati non più perseguibili d'ufficio, ma solo a querela, può risultare evidente che manchi la querela.

In questi casi non si può passare al dibattimento ed è doveroso emettere conseguente statuizione di non luogo a procedere con la formula prescritta, senza consentire al Pubblico Ministero la contestazione suppletiva.

### 2.1 LA PUNIBILITÀ A QUERELA DI DELITTI CHE, NELLA, LORO FORMA CIRCOSTANZIATA, SONO PUNIBILI D'UFFICIO.

La tipologia dei reati coinvolti e più diffusa è quella dei furti aggravati per essere stati commessi *usa[ndo] violenza sulle cose o ...avvalendosi ...di un qualsiasi mezzo fraudolento...*, prima della riforma procedibili d'ufficio ed oggi solo a querela. Trattasi di delitti, che, tuttavia, avendo per oggetto *cose ...per destinazione... vocate... alla pubblica fede... o destinate a pubblico servizio o a pubblica utilità...* andavano rubricati ai sensi dell'art. 625 comma I, n. 7 cp e non solo ai sensi dell'art. 625 comma I, n. 2 cp., sì potendo essere processati anche dopo la riforma.

La riforma ha inciso profondamente su questi delitti perché, come è noto, avendo avuto la persona offesa notizia del fatto costituente reato prima del 30.12.2022, il termine di tre mesi per l'esercizio del diritto di querela (e per l'integrazione di denunce/esposti già depositati) è maturato il 30.3.2023. E dal potere che ha, o non ha, il Pubblico Ministero di formulare la contestazione suppletiva dipende ***la riduzione del Disposition Time nonché l'eliminazione dell'arretrato ultra-triennale in coerenza col DOG, con quanto previsto nel PNRR e nel programma per la gestione dei procedimenti pendenti.***

E' opportuno che il Decidente attivi subito i poteri che la legge attribuisce loro ai sensi dell'art. 129 cpp;

e, cioè, quello di instaurare immediatamente il contraddittorio perché si *...riconosce che il fatto...*, pur non essendo estinto come nel caso della prescrizione, non può essere più oggetto del processo in quanto *...manca una condizione di procedibilità...* e, per tale ragione, il Decidente ha l'obbligo di *...dichiara[lo] di ufficio con sentenza...*

Proprio perché non si arriva al dibattimento, il Pubblico Ministero non può formulare la contestazione suppletiva, e, anche se formulata, come nelle due decisioni segnalate, non se ne può tenere conto.

Si tratta di una decisione in linea con la recente decisione 13 del 2023 delle Sezioni Unite della Cassazione, emessa in data 28 settembre 2023, che ha sciolto un nodo noto a tutti, riguardante la contestazione suppletiva di recidiva, allo scopo di evitare la statuizione di prescrizione del delitto: con il venir meno della pretesa punitiva dello Stato, il Pubblico Ministero non può rimediare al suo ritardo con la contestazione suppletiva; e la Cassazione non ha avallato una diversa soluzione ermeneutica con cui si sarebbe mal interpretato gli artt. 99, 157 cp, 129 e 517 cpp in violazione dell'art. 111 della Costituzione perché non avrebbe garantito la... *condizion[e] di parità* [tra le parti], *davanti a giudice terzo e imparziale...* e, soprattutto, non avrebbe...*assicura[to] la ragionevole durata...* del processo.

Si tratta di un tema che non poteva lasciare insensibile il Giudice di legittimità (che proprio il 3 ottobre 2023, ha rigettato il ricorso del Pubblico Ministero al riguardo specifico sull'argomento) ma non può essere ignorato neppure dai Giudici di merito: occorre interpretare la riforma sulla procedibilità a querela e quelle immediatamente collegate di cui all'art. 129 e 516 ss cpp, in conformità col tema della ragionevole durata del processo ed alla parità delle parti.

Siamo dinanzi a due precetti sovraordinati: l'art. 111, comma II, Costituzione secondo cui la... *La legge [...]* *assicura la ragionevole durata* [del processo]» e l'art. 6, par. 1, CEDU in base al quale... *Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti ad un Tribunale indipendente e imparziale costituito per legge...*

Occorre muoversi, seppur per una ipotesi diversa da quella scrutinata dal Giudice di legittimità, ma anch'essa contemplata dall'art. 129 cpp, con identica logica a quella delle Sezioni Unite della Corte.

In sintesi, la contestazione aggiuntiva, presuppone l'esistenza del rapporto processuale principale, venuto meno il 30 marzo 2023, proprio perché il Legislatore pone un termine perentorio sia per la parte privata, ma pure per la parte pubblica, nonostante sia certamente consapevole che il capo di imputazione ben potrebbe essere integrato con una contestazione suppletiva, qualora fossero coinvolti interessi e beni giuridici ritenuti non disponibili, nel senso di ritenerli afferenti a cose... *destinate a pubblico servizio o a pubblica utilità...*

Non si può tacere neppure che, nel caso in cui il Tribunale dovesse tener conto della contestazione suppletiva, superando l'ostacolo temporale dell'art. 129 cpp (invero insuperabile anche se presente la contestazione suppletiva, tipica soltanto della fase dibattimentale), dovrebbe garantire i seguenti diritti: consentire all'imputato di chiedere un termine per la difesa ai sensi dell'art. 519 comma I e II c.p.p., l'ammissione di nuove prove ex art. 519, comma II, ultimo inciso, c.p.p.; e riconoscere, infine, la facoltà di chiedere il rito abbreviato e, ricorrendone i presupposti, l'applicazione della pena a norma dell'art. 444 c.p.p., l'oblazione e la sospensione

del processo con messa alla prova. Il tutto in linea con la Sentenza della Corte Costituzionale n° 146 del 27 aprile 2022, depositata il 14 giugno 2022, ma nella consapevolezza che tale soluzione, invero, per implicito, veicolata dalla erroneamente dalla Procura, con la contestazione suppletiva in fase predibattimentale, se avallata dal Tribunale, violerebbe due norme, una costituzionale ed altra sovranazionale.

## **2.2 LE RICADUTE NEGATIVE, ANCHE ECONOMICHE, DI SOLUZIONI INTERPRETATIVE DIFFERENTI**

Per un delitto commesso anni or sono, seppur ancora non prescritto, l'inerzia della parte pubblica nel contestare in modo corretto il fatto, aspettando tutto questo tempo, viola pesantemente l'equilibrio tra ragioni di economia processuale e di effettività delle pronunce giurisdizionali. E peraltro non è sovra abbondante evidenziare che, una diversa interpretazione, configgerebbe con legge n. 89 del 24 marzo 2001, denominata comunemente legge "Pinto", che ha previsto il diritto all'equa riparazione per il mancato rispetto del "termine ragionevole" di durata del processo.

Le ricadute in termini di danno all'Erario non sarebbero di poco momento, e, peraltro, a rischio sarebbe proprio la riduzione del Disposition Time, nonché l'eliminazione dell'arretrato ultra-triennale in coerenza col DOG, con quanto previsto nel PNRR e nel programma per la gestione dei procedimenti pendenti, per come evidenziato in premessa.

In definitiva una diversa statuizione dei Giudici di merito violerebbe pesantemente, allora, non soltanto l'articolo 111 della Costituzione e l'art. 6 CEDU (e gli artt. 129 e 516 ss cpp), proponendo l'utilizzo di un metro diverso tra parte offesa privata e Pubblico Ministero nonché la ragionevole durata del processo; e tutto questo, inoltre, avrebbe anche ulteriori ricadute negative all'interno del sistema ponendo dei costi all'Erario per l'equa riparazione all'imputato, e, quel che è più *doloroso*, vanificherebbe gli obiettivi sopra più volte menzionati fissati col PNRR. In definitiva il Pubblico Ministero aspettando diversi anni per instaurare correttamente il contraddittorio non assicura *la ragionevole durata del processo e la parità delle parti processuali*; né la persona offesa *mai divenuta querelante*, specie se portatore di interessi legati a cose... *destinate a pubblico servizio o a pubblica utilità*... aspettando tanti anni per ottenere una corretta contestazione del fatto e senza aver proposto querela entro il 30 marzo 2023, ha mostrato una sensibilità diversa che adesso, in violazione delle norme citate, può essere tutelata.

Occorre per tali ragioni muoversi sempre in un'ottica garantista, in ossequio ai precetti costituzionali, attuando la recente riforma con soluzioni ermeneutiche costituzionalmente orientate, evitando di sollevare questioni di costituzionalità delle norme applicate.

# LA SCARSA RILEVANZA DEL FATTO NELL' AMBITO DELLA RESPONSABILITA' DISCIPLINARE DEL MAGISTRATO

di Simona SANSA, Magistrato addetto alla Segreteria del Consiglio Superiore della Magistratura

## Sommario:

1. Premessa
2. La scarsa rilevanza del fatto ai sensi dell'art. 3 bis del d.lgs. 109 del 2006
3. L'ambito applicativo dell'art. 3 bis
4. L'impugnazione della sentenza di assoluzione per scarsa rilevanza del fatto
5. L'archiviazione diretta del Procuratore Generale della Corte di Cassazione
6. Conclusioni

## 1. PREMESSA.

Il decreto legislativo del 23 febbraio 2006, n. 109 (recante disposizioni sugli illeciti disciplinari dei magistrati, sulle relative sanzioni e sulla procedura per la loro applicabilità) non ha previsto l'istituto della "scarsa rilevanza" della condotta disciplinare, sebbene detto istituto fosse stato previsto nella bozza originaria del disegno di legge.

L'art. 3 bis è stato definitivamente introdotto dall'art. 1 della legge del 24 ottobre 2006, n. 269 per effetto della presentazione dell'emendamento 1700 (relatore Salvi), approvato nella seduta del Senato del 4 ottobre 2006 e successivamente confermato alla Camera.

L'originario progetto di legge n. 635[1] (che non contemplava alcuna esimente) è stato presentato a pochi mesi dall'entrata in vigore del Codice disciplinare allo scopo di introdurre, con particolare riguardo al regime concernente gli illeciti disciplinari, alcuni correttivi ai due principi introdotti dalla legge delega n. 150 del 2005, ossia l'obbligatorietà dell'azione disciplinare in capo al Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione e la tipicizzazione degli illeciti disciplinari[2].

In particolare, le modifiche approvate dal Senato della Repubblica sono state finalizzate per un verso a circoscrivere quanto più dettagliatamente possibile le fattispecie disciplinari previste dalla previgente normativa e per altro verso a inserire una disposizione che escludesse la configurabilità dell'illecito disciplinare quando il fatto è di scarsa rilevanza.

In particolare, le modifiche approvate dal Senato della Repubblica sono state finalizzate per un verso a circoscrivere quanto più dettagliatamente possibile le fattispecie disciplinari previste dalla previgente normativa e per altro verso a inserire una disposizione che escludesse la configurabilità dell'illecito disciplinare quando il fatto è di scarsa rilevanza.

Inoltre, pur essendo stato mantenuto il principio dell'obbligatorietà dell'azione disciplinare, sono stati introdotti dei meccanismi di filtro per far fronte agli esposti manifestamente infondati o relativi a fatti non sanzionabili ed è stato previsto, in presenza di determinate condizioni, il potere di archiviazione del procedimento disciplinare in capo al Procuratore Generale.

Le nuove previsioni sono state inserite in un complesso normativo connotato dalla vigenza della disposizione di cui all'art. 15 comma primo del d.lgs. 109 del 2006, che già circoscriveva la conoscenza del fatto "di rilievo disciplinare" da parte della Procura Generale alla denuncia circostanziata, contenente "tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie disciplinare"[3].

Dunque, l'art. 1 (comma 3 lettera e) della legge n. 269 ha inserito, nella sezione I del Capo I dedicata agli illeciti disciplinari, l'articolo 3 bis, che esclude la configurabilità dell'illecito disciplinare quando il fatto è di scarsa rilevanza.

E' stato, poi, aggiunto nell'art. 16, norma relativa alle indagini nella fase pre-disciplinare, il comma 5 bis, che disciplina i casi in cui il Procuratore Generale procede all'archiviazione, tra i quali è prevista l'ipotesi in cui il fatto addebitato non costituisca condotta disciplinarmente rilevante ai sensi dell'articolo 3 bis[4].

## **2. LA SCARSA RILEVANZA DEL FATTO AI SENSI DELL'ART. 3 BIS DEL D.LGS. 109 DEL 2006.**

Come si è visto, l'istituto della particolare tenuità del fatto avente rilevanza disciplinare, mutuato dal principio di offensività proprio della legislazione penale, è stato introdotto con il preciso intento di mitigare il rigore del principio di tipizzazione e di tassatività degli illeciti disciplinari.

Si afferma, in proposito, che il principio posto alla base della responsabilità disciplinare dei magistrati, in assenza di clausole di chiusura dell'impianto normativo previsto dal Codice disciplinare, sia attenuato da due norme previste nella sezione I del d.lgs. 109 del 2006 dedicata agli illeciti disciplinari: l'art. 1 (che richiama i doveri che il magistrato è tenuto a rispettare nell'esercizio delle proprie funzioni) e, appunto, l'art. 3 bis[5]. Quest'ultima disposizione, secondo il chiaro tenore letterale, riconduce il concetto di "scarsa rilevanza" al "fatto" in tutte le sue componenti e, quindi, non solo all'evento, ma anche alla condotta e all'elemento soggettivo. Per alcuni Autori l'art. 3 bis, quando stabilisce che il "fatto" non deve essere di "scarsa rilevanza", presuppone che l'illecito disciplinare sia connotato anche da un evento ulteriore, esterno, consistente nella lesione o messa in pericolo del prestigio dell'ordine giudiziario[6]. In altri termini, l'esimente di cui all'art. 3 bis presuppone che la fattispecie tipica si sia realizzata, ma che, per circostanze anche indipendenti dall'incolpato, sia giudicata di scarsa rilevanza[7]. Per questo motivo si ritiene che l'istituto abbia una natura di diritto sostanziale e non meramente processuale[8].

In tale contesto interpretativo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione[9] hanno precisato che la norma in esame richiede una valutazione che spetta alla Sezione disciplinare del CSM svolgere in concreto ed ex post per verificare se l'illecito commesso abbia compromesso la lesione del bene giuridico tutelato, ovvero l'immagine pubblica del magistrato e, dunque, il prestigio dell'ordine giudiziario. In particolare - richiamando un consolidato orientamento affermatosi nella giurisprudenza di legittimità[10] - le Sezioni Unite hanno confermato che il giudice dovrà accertare se l'immagine del magistrato sia stata effettivamente compromessa dall'illecito e, qualora il bene giuridico tutelato dal legislatore in rapporto al singolo illecito disciplinare non coincida con quello tutelato dall'art. 3 bis, dovrà verificare innanzitutto l'effettiva esistenza della lesione arrecata a quel bene giuridico "specifico". Qualora - prosegue la richiamata sentenza - l'offesa non sia rilevante, occorrerà valutare se quello stesso fatto abbia determinato una lesione dell'immagine pubblica del magistrato.

In altri termini, la valutazione sulla "scarsa rilevanza del fatto", una volta accertata la realizzazione della fattispecie tipica, determinerà l'operatività dell'esimente solo ove la lesione del bene giuridico specifico non abbia compromesso il bene protetto dalla norma e l'immagine ed il prestigio del magistrato.

Il principio esposto, secondo cui i presupposti per ritenere applicabile l'esimente sussistono solo in caso di esito negativo di entrambe le verifiche, è stato recentemente confermato da una pronuncia delle Sezioni Unite[11], che ha ritenuto esente da censure la decisione della Sezione disciplinare[12], che, in relazione all'illecito di cui agli articoli 1 e 2, primo comma, lettera d) del d. lgs. n. 109 del 2006, aveva correttamente svolto la valutazione di scarsa rilevanza della violazione in relazione al bene leso, individuato nel pregiudizio dell'immagine del magistrato, ritenendolo come sussistente e grave, a prescindere dalla eventuale influenza di tale comportamento sul buon andamento dell'Ufficio giudiziario (quale bene tutelato dall'art. 2, primo comma lett. d).

In sintonia con le regole elaborate dalle Sezioni Unite, la Sezione disciplinare del CSM ha precisato che il giudice deve valutare la sussistenza dell'esimente di cui all'art. 3 bis attraverso un giudizio bifasico: dapprima deve verificare se la lesione al bene giuridico tutelato dalla norma (ove sia diverso da quello dell'immagine del magistrato) sia stata grave e, solo se tale valutazione dia esito negativo, deve accertare se la condotta abbia compromesso l'ordine giudiziario[13].

Negli stessi termini, con una pronuncia molto recente[14] il Collegio ha ritenuto, svolgendo una valutazione complessiva sulla base dei dati acquisiti e delle circostanze oggettive inerenti la vicenda addebitata, che la condotta contestata all'incolpato fosse priva di sostanziale offensività, stante la scarsa rilevanza della stessa, essendo pervenuti ad un esito negativo entrambi i giudizi, l'uno attinente al bene specifico tutelato dall'art. 2 comma primo lett. d) e l'altro relativo all'immagine del magistrato. In conclusione, il Collegio ha ritenuto che fosse rimasta intatta l'immagine di elevata professionalità del magistrato e che la condotta contestata potesse ritenersi "priva di una sostanziale offensività, stante la scarsa rilevanza disciplinare della stessa".

In un caso diverso[15], in cui sono stati contestati al magistrato due distinti illeciti disciplinari, la violazione del dovere di diligenza con conseguente ingiusto danno alle parti (art. 2 comma primo lett. a) e la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile (art. 2 comma primo lett. g), la Sezione disciplinare, valutando l'offensività della condotta con riferimento a tutte le circostanze del caso concreto, relative sia alla portata oggettiva del fatto sia all'elemento psicologico e alla personalità dell'incolpato, ha reputato che non si fosse verificata alcuna compromissione dell'immagine del magistrato e del prestigio nell'ambiente lavorativo.

Dunque, è oramai acquisito nell'elaborazione giurisprudenziale il principio secondo cui il giudice deve svolgere una duplice valutazione, in concreto ed ex post, per verificare se la condotta tenuta sia disciplinarmente irrilevante, e ciò si verifica quando - pur realizzandosi la fattispecie tipica - la condotta stessa risulti scarsamente apprezzabile[16]. Tuttavia, se la lesione del bene specifico tutelato dalla norma è grave, non vi sarà spazio per applicare l'art. 3 bis, dovendosi in quest'ultima ipotesi escludere l'operatività dell'esimente senza necessità di accertare l'effettiva compromissione dell'immagine del magistrato e dell'intero ordine giudiziario.

Tale accertamento costituisce compito esclusivo della Sezione disciplinare, quale giudice del merito, e resta sottratto al sindacato di legittimità, se non risulti viziato da un errore di impostazione giuridica o non si riveli insufficientemente o illogicamente motivato[17], anche se - hanno precisato le Sezioni Unite - un'esplicita motivazione può non risultare necessaria qualora lo stesso incolpato non l'abbia sollecitata prospettando la scarsa rilevanza dell'infrazione addebitata.

### **3. L'AMBITO APPLICATIVO DELL'ART. 3 BIS.**

L'art. 3 bis è stato inserito subito dopo l'art. 2, che elenca gli illeciti disciplinari commessi nell'esercizio delle funzioni, e dopo l'art. 3, che disciplina gli illeciti extra funzionali. Tale inserimento, prima della norma (art. 4) che prevede gli illeciti conseguenti a reato, ha indotto parte della dottrina a ritenere che queste ultime ipotesi non potessero essere mai qualificate come scarsamente rilevanti[18].

Per alcuni Autori, infatti, sarebbe contraddittorio prevedere una valutazione di scarsa rilevanza per fatti-reato commessi da un magistrato oltre che per le ragioni sistematiche anzidette, anche per la intrinseca gravità del fatto contestato[19], che non dovrebbe prevedere la possibilità di applicare l'esimente di cui all'art. 3 bis.

A ben vedere, comunque, tale conclusione avrebbe un ambito applicativo limitato ai delitti dolosi o preterintenzionali puniti con la reclusione (sola o congiunta alla pena pecuniaria), posto che per i delitti colposi o per i fatti puniti con la pena dell'arresto è lo stesso art. 4 che richiede la valutazione di "particolare gravità del fatto" e, dunque, presuppone un riscontro in ordine all'effettiva compromissione dell'immagine del magistrato. Inoltre, anche per gli illeciti conseguenti a reato, quale ipotesi residuale prevista dall'art. 4 comma primo lett. d)[20], è richiesto espressamente l'accertamento della idoneità a ledere l'immagine del magistrato.

Quanto alla casistica, numerose sono le pronunce della giurisprudenza di legittimità che hanno ritenuto applicabile l'art. 3 bis agli illeciti funzionali ed extrafunzionali.

Per esempio, è stata ipotizzata l'operatività dell'esimente in esame in relazione all'illecito disciplinare di cui all'art. 2, comma 1, lettera b), del d.lgs. 109 del 2006, norma che sanziona l'omessa comunicazione, da parte del magistrato, delle situazioni di incompatibilità previste dagli artt. 18 e 19 dell'ordinamento giudiziario (R.D. 30 gennaio 1941, n. 12)[21].

Anche nell'ipotesi prevista dall'art. 2, comma 1 lett. q) (reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni) le Sezioni Unite[22], dopo aver chiarito che la durata di un anno nel ritardo del deposito dei provvedimenti giurisdizionali rende ingiustificabile la condotta dell'incolpato, se non siano allegare e accertate dalla Sezione disciplinare circostanze assolutamente eccezionali che giustificano l'inottemperanza al precetto sui termini di deposito, hanno confermato la decisione del Collegio[23] che, sul presupposto che il bene giuridico tutelato dalla norma fosse l'immagine e l'onorabilità di tutta la magistratura e non del singolo magistrato, aveva escluso in concreto che i ritardi di notevole gravità ed elevata frequenza potessero essere considerati di scarsa rilevanza, evidenziando, al contempo, come una condotta di tal fatta concorresse a disegnare un'immagine di scarsa efficienza della magistratura.

Nella diversa ipotesi in cui era stata contestata ad un magistrato la violazione dell'art. 3, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006[24], per avere egli partecipato in modo sistematico e continuativo, tramite lezioni retribuite, all'attività di una scuola privata per l'accesso alle professioni legali, le Sezioni Unite hanno escluso che potesse riconoscersi l'esimente di cui all'art. 3 bis, per il disvalore insito nel fatto che tale partecipazione non fosse neppure autorizzabile dal CSM, in quanto specificatamente vietata dalla normativa secondaria. Quanto, invece, alle fattispecie elencate dall'art. 4, in un primo tempo la Sezione disciplinare ha ritenuto[25], nel caso di un sostituto procuratore in servizio presso la Procura di Trani incolpato, tra gli altri, per fatto costituente reato (art. 483 c.p.) ai sensi dell'art. 4 comma primo lett. a), che l'art. 3 bis non potesse trovare applicazione. In proposito è stato richiamato un precedente orientamento delle Sezioni Unite, secondo cui l'esimente "si riferisce alle condotte previste nelle disposizioni generali, sicchè non potrebbe trovare applicazione per l'ipotesi contemplata nell'art. 4"[26], e si è precisato che la collocazione sistematica dell'art. 3 bis, dopo gli illeciti funzionali ed extra-funzionali e prima degli illeciti conseguenti a reato, va interpretata nel senso della sua riferibilità ai soli fatti previsti negli articoli 2 e 3, rispetto ai quali l'esimente si pone come una norma di chiusura.

Questo, d'altronde, era in passato l'unanime orientamento delle Sezioni Unite, che, per esempio, nella vicenda di un Procuratore della Repubblica, incolpato di aver interferito illegittimamente nell'attività di un Presidente di sezione del Consiglio di Stato in un procedimento concernente la legittimità della delibera del CSM relativa al conferimento di un incarico direttivo, hanno tratto lo spunto per escludere l'applicabilità dell'art. 3 bis in presenza di fatto costituente reato idoneo a ledere l'immagine del magistrato[27].

Tale convincimento è stato, poi, ribaltato[28], in quanto, una volta entrato in vigore l'art. 131 bis cod. pen. [29] (introdotto dal d.lgs. del 16 marzo 2015, n. 28), le Sezioni Unite hanno ritenuto che non sussistessero più motivi per non consentire l'applicazione dell'esimente di cui all'art. 3 bis anche nell'ipotesi in cui il fatto disciplinarmente rilevante sia costituito dalla commissione di un reato.

Così, i successivi interventi della giurisprudenza di legittimità[30] sono stati concordi nell'affermare il principio secondo cui la norma di cui all'art. 3 bis del d.lgs. n. 109 del 2006 *“è applicabile, sia per il tenore letterale della disposizione, che per la sua collocazione sistematica, a tutte le ipotesi previste negli artt. 2 e 3 del medesimo decreto, anche quando la gravità del comportamento è elemento costitutivo del fatto tipico, e perfino quando integri la commissione di un reato”*.

Alla luce di questo *revirement* delle Sezioni Unite, anche la Sezione disciplinare[31] ha mutato il proprio orientamento e così, per esempio, nella vicenda di un magistrato incolpato, ai sensi dell'art. 4, comma primo, lett. d), in relazione alla commissione del reato di cui agli artt. 81 e 650 c.p., il Collegio ha ritenuto di escludere l'applicazione dell'esimente della scarsa rilevanza del fatto ex art. 3 bis del d.lgs. 109/2006, pur considerando pacifica la sua astratta applicabilità nel caso dell'illecito di cui all'art. 4 comma primo lett. d), a causa della gravità della condotta accertata, vagliata anche in relazione alla personalità del magistrato (considerato poco propenso al rispetto di elementari regole deontologiche) ed alla presenza di diversi precedenti disciplinari.

Anche nel caso di un magistrato condannato in sede penale per guida in stato di ebbrezza, è stato ritenuto[32] che la condotta dell'incolpato non avesse leso il prestigio della propria immagine e che, pertanto, la medesima potesse ritenersi scriminata, anche in considerazione di ulteriori elementi fattuali, quali l'assenza di rilievo mediatico dell'episodio, l'eccellente profilo professionale del magistrato e del comportamento collaborativo tenuto dallo stesso in sede di controllo da parte dell'autorità.

#### **4. L'IMPUGNAZIONE DELLA SENTENZA DI ASSOLUZIONE PER SCARSA RILEVANZA DEL FATTO.**

Molto dibattuta nella giurisprudenza delle Sezioni Unite è stata la questione relativa alla possibilità per il magistrato di impugnare la sentenza della Sezione disciplinare che lo abbia assolto per scarsa rilevanza del fatto ai sensi dell'art. 3 bis.

Inizialmente le Sezioni Unite[33] ritenevano che non sussistesse l'interesse ad impugnare da parte del magistrato, cui fosse stata applicata l'esimente di cui all'art. 3 bis, in quanto l'operatività della norma – che, appunto, non prevede una causa di non punibilità – esclude in radice l'esistenza dell'elemento oggettivo della fattispecie disciplinare.

A tale conclusione la Cassazione è pervenuta, ritenendo che l'interesse ad impugnare nel procedimento disciplinare non sia basato sul concetto di "soccombenza", ma su una finalità utilitaristica di rimuovere una situazione di pregiudizio e di conseguire una decisione positiva.

In altri termini, l'impugnazione della sentenza che ha ritenuto il fatto addebitato al magistrato disciplinarmente irrilevante, deliberando la sua assoluzione, non determina alcun vantaggio e, pertanto, è inammissibile. La chiave di lettura offerta dalla sentenza n. 19976 del 2014 delle sezioni unite trae spunto da un precedente arresto della Cassazione[34], che, nel ritenere inammissibile il ricorso per carenza di interesse, aveva sostenuto che l'eventuale accoglimento dell'impugnazione non avrebbe arrecato alcun vantaggio pratico al magistrato, in quanto l'assoluzione ai sensi dell'art. 3 bis presuppone che il fatto contestato "non costituisce illecito disciplinare" ed il magistrato, non risultando "soccombente", non potrebbe ricevere alcuna utilità pratica dall'accoglimento del ricorso.

Dopo pochi anni le Sezioni Unite[35], partendo dal presupposto secondo cui in materia di procedimento disciplinare a carico dei magistrati, il regime delle impugnazioni, secondo il disposto dell'art. 24 del d.lgs. n. 109 del 2006, risulta caratterizzato dall'applicazione delle norme processuali penali quanto alla fase introduttiva del giudizio (restando, invece, il suo svolgimento regolato dalle norme civili), hanno affermato che, in analogia con il sistema processuale penale (art. 568, comma 4, cod. proc. pen.), rispetto al quale si rivela inadeguato il concetto di soccombenza tipico del processo contenzioso, l'assoluzione del magistrato ai sensi dell'art. 3 bis del d.lgs. n. 109 del 2006 non è liberatoria. L'applicazione dell'esimente, infatti, presuppone l'accertamento che la fattispecie tipica dell'illecito, cioè la materialità del fatto storico tipizzato, si sia comunque realizzata e sia riferibile all'incolpato.

Così, anche recentemente, è stato ribadito, in continuità con l'orientamento inaugurato con la sentenza n. 29914 del 2017 e confermato con la successiva pronuncia del 18 gennaio 2019, n. 1416, che il magistrato, assolto per scarsa rilevanza del fatto, ha interesse ad impugnare la sentenza del Collegio al fine di ottenere una statuizione totalmente liberatoria di esclusione dell'addebito per insussistenza del fatto o perché il fatto non è a lui attribuibile[36].

## **5. L'ARCHIVIAZIONE DIRETTA DEL PROCURATORE GENERALE DELLA CORTE DI CASSAZIONE.**

Come si è visto, l'esimente della particolare tenuità del fatto è stata introdotta dalla legge n. 269 del 2006 anche nella fase delle indagini pre-disciplinari.

Innovativo è il comma 5 bis dell'art. 16 del d.lgs. n. 109 del 2006 (la cui rubrica "Indagini nel procedimento disciplinare" è stata, non a caso, integrata con il riferimento al potere di archiviazione del Procuratore Generale[37]), che dispone - nella parte che qui interessa - che *"Il Procuratore generale presso la Corte di Cassazione procede all'archiviazione se il fatto addebitato non costituisce condotta disciplinarmente rilevante ai sensi dell'articolo 3 bis"*.

Si tratta del meccanismo di filtro che consente di esaminare preventivamente e di archiviare *de plano* gli esposti manifestamente infondati o che concernono questioni a prima vista non suscettibili di sanzione disciplinare, senza necessità di impegnare, per l'intero procedimento, la sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura[38].

L'intento che il legislatore ha inteso realizzare con tale previsione è senza dubbio quello della “funzionalizzazione alle esigenze deflative della giustizia disciplinare”[39] e dell’“attenuazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale”[40].

Per evitare, al contempo, che il filtro potesse tradursi in affrettate archiviazioni è stato previsto che il provvedimento della Procura Generale sia comunicato al Ministro della giustizia, il quale può formulare, entro termini ben precisi e previa trasmissione degli atti, l'incolpazione e chiedere al Presidente della Sezione disciplinare la fissazione dell'udienza di discussione orale.

In tale contesto sono state elaborate le Linee Guida[41], poi integrate da un successivo provvedimento del 4 settembre 2020 del Procuratore Generale[42], con cui sono stati fissati i criteri da seguire nelle valutazioni sull'esercizio dell'azione disciplinare al fine di procedere alla delibazione delle segnalazioni che giungono all'attenzione della Procura Generale e alla selezione delle condotte di rilevanza disciplinare rispetto alle condotte aventi un rilievo etico o deontologico. La finalità che ha suggerito l'adozione di questi provvedimenti è stata quella di stabilire regole uniformi entro cui operare le scelte selettive dei fatti rilevanti o meno e di fornire pubblica contezza di tali scelte.

In particolare, a fronte di alcune condotte per le quali è stata accertata l'assenza di elementi costitutivi di un illecito disciplinare, per altre, soprattutto rientranti nell'ipotesi tipica della “condotta abitualmente o gravemente scorretta” ai sensi dell'art. 2 comma 1 lett. d) del d.lgs. n. 109 del 2006, è stato precisato che si può ricorrere alla fattispecie di cui all'art. 3 bis anche nella fase pre-disciplinare qualora, con valutazione prognostica molto rigorosa, si ritenga che i presupposti della particolare tenuità del fatto emergono con chiara evidenza[43]. Altrimenti, dovrà essere esercitata l'azione disciplinare per verificare, all'esito delle indagini e dell'interrogatorio del magistrato, se sussistano gli elementi dell'illecito ed eventualmente le condizioni per il riconoscimento dell'esimente di cui all'art. 3 bis.

In merito alla natura del potere di archiviazione del P.G. non si è formato un convincimento univoco nella giurisprudenza di legittimità.

Secondo un primo orientamento[44] l'archiviazione di cui all'art. 16 comma 5 bis del d.lgs. 109 del 2006 non sarebbe assimilabile ad alcun modello giurisdizionale, ma avrebbe carattere meramente amministrativo, con la conseguenza che, non assumendo il carattere di definitività tipico delle pronunce giurisdizionali, potrebbe essere revocata anche per effetto di una nuova e diversa valutazione delle medesime circostanze che precedentemente avevano indotto a ritenere esistenti i presupposti previsti dall'art. 3 bis, a condizione che la revoca sia motivata per esplicitare le ragioni che sorreggono la nuova determinazione amministrativa.

Questa lettura interpretativa è stata condivisa dalla Sezione disciplinare del CSM, che[45] ha ribadito che l'archiviazione del P.G. è un atto amministrativo e non giurisdizionale, sicché è ben possibile intraprendere l'azione disciplinare, dopo aver disposto l'archiviazione, con il solo vincolo di un'adeguata motivazione. Con un successivo arresto, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione[46] hanno ricostruito la fase delle indagini svolte dalla Procura Generale non come un procedimento amministrativo, ma come *“un procedimento giurisdizionalizzato in ragione della speciale tutela di rilievo costituzionale riservata alla posizione del magistrato incolpato”*.

Dunque, anche in considerazione del fatto che l'art. 16 comma 5 bis nulla preveda in merito, il decreto di archiviazione, non opposto dal Ministro della Giustizia, determina una preclusione in ordine al fatto addebitato che non può essere messa in discussione. Diversamente, qualora emergessero elementi nuovi inerenti quel medesimo fatto, potrebbero essere riaperte le indagini, purché non sia già decorso il termine massimo previsto per questa fase.

Nei medesimi termini si orientano anche alcuni Autori[47], che circoscrivono l'ambito applicativo della richiesta di proscioglimento prevista dall'art. 16 comma 5 bis all'ipotesi in cui il fatto, pur nella sua rilevanza oggettivamente disciplinare, non possa essere contestato al magistrato per assenza dell'elemento soggettivo o per la presenza di cause di forza maggiore.

## 6. CONCLUSIONI.

In ragione delle argomentazioni svolte può, dunque, affermarsi che l'esimente prevista dall'art. 3 bis del Codice disciplinare sia applicabile a tutti gli illeciti, funzionali o extrafunzionali, anche se conseguenti a reato. La valutazione della sussistenza della causa di esclusione dell'offensività della condotta deve essere articolata in maniera globale, e non parcellizzata, tesa a riscontrare se, nel caso concreto, l'immagine del magistrato sia stata effettivamente compromessa a seguito dell'adozione di comportamenti integranti un illecito disciplinare. A tali principi si ispira non solo la Procura Generale presso la Corte di Cassazione, nell'esercizio del suo potere di archiviazione previsto dall'art. 16 comma 5 bis del d.lgs. 109 del 2006[48], ma anche il giudice disciplinare, che deve valutare la sussistenza della *“scarsa rilevanza”*, in concreto ed ex post, avendo riguardo agli effetti della condotta ed alla sua idoneità a recare un *vulnus* all'immagine pubblica del magistrato. E così, nella prassi applicativa, numerose sono le pronunce con le quali è stata valutata l'assenza di sostanziale offensività della condotta dando risalto alle circostanze più idonee, nel caso concreto, a motivare un giudizio di assoluzione ai sensi dell'art. 3 bis.

Nell'esercizio della discrezionalità valutativa del giudice disciplinare la Sezione ha, infatti, individuato alcuni *“canoni di applicazione”*, quali l'inoffensività del comportamento e dei suoi risultati, l'assenza di lesione al prestigio della magistratura e del magistrato, l'episodicità del fatto e la positiva valutazione del magistrato e della sua carriera, con la precisazione che quest'ultimo dato va sempre inteso come motivo concorrente e non esclusivo a sostegno della scarsa rilevanza del fatto[49].

Nel caso, per esempio, di un magistrato incolpato dell'illecito del reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni, la Sezione disciplinare ha tenuto conto dell'ingente carico di lavoro, dell'avvenuto rispetto del piano di rientro, della diligenza e dell'alto livello di laboriosità e produttività espressi dal magistrato, unitamente all'ottimo livello qualitativo dei provvedimenti adottati[50]. In un caso analogo, in cui il magistrato non aveva rispettato il piano di rientro, si è data rilevanza anche alle criticità presenti nell'ufficio giudiziario di appartenenza dell'incolpato[51].

In una vicenda di violazione dei doveri di diligenza e di correttezza per aver determinato l'illecito protrarsi della misura coercitiva in carcere imposta ad un imputato di un procedimento penale, il giudice disciplinare ha posto in risalto l'unicità dell'episodio verificatosi nella carriera del magistrato e la mancata risonanza dello stesso nell'ambiente giudiziario, pervenendo ad un giudizio di scarsa rilevanza del fatto[52].

Di recente, è stato ritenuto che la condotta ascritta ad un magistrato, consistita nell'aver denigrato il magistrato precedentemente titolare del ruolo, poi assegnato all'incolpato, e nell'aver evidenziato le criticità nella gestione del ruolo con toni ostili e risentiti, fosse risultata priva di quel livello di gravità necessario per ritenere che la vicenda avesse leso l'immagine esterna del magistrato ed il prestigio dell'ordine giudiziario, tenuto conto, tra l'altro, della situazione personale del magistrato, della difficile situazione dell'ufficio e della riferibilità della condotta a due soli episodi[53].

In altre ipotesi il Collegio ha dato rilievo ai precedenti disciplinari ed alla personalità del magistrato[54], come, per esempio, nella vicenda del magistrato cui era stata ascritta la condotta di non aver osservato un provvedimento legalmente dato dal Procuratore della Repubblica per ragioni di sicurezza e di ordine pubblico[55]. Nel caso del magistrato incolpato ai sensi dell'art. 4 comma primo lett. d) per aver aggredito, sotto gli effetti dell'alcol, la propria convivente, sono stati ritenuti rilevanti, ai fini dell'esclusione dell'art. 3 bis, i caratteri della condotta considerata astrattamente idonea a ledere l'immagine del magistrato, in quanto sintomatica di scarso equilibrio personale ed autocontrollo, connotati che devono contraddistinguere – come si legge nella sentenza della Sezione disciplinare – la figura del magistrato anche al di fuori dell'esercizio delle funzioni[56].

Non è dubitabile, pertanto, che il giudice disciplinare, quale giudice del fatto, dovrà elaborare, per andare esente da censure in sede di legittimità, un tessuto motivazionale completo e privo di elementi di illogicità e di contraddittorietà.

Le Sezioni Unite hanno recentemente ricordato che il procedimento disciplinare a carico di magistrati ha natura giurisdizionale, con la conseguenza che il provvedimento decisorio che lo definisce deve avere un apparato giustificativo che dia conto degli specifici passaggi logici relativi alla disamina di tutti gli istituti di diritto sostanziale o processuale acquisiti nel corso del giudizio[57].

Negli stessi termini, sempre le Sezioni Unite, in un episodio relativo ad un magistrato incolpato di aver tenuto un comportamento gravemente scorretto ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006, hanno ripetuto che la condotta, unitamente a tutti gli elementi del caso concreto, costituisce oggetto di una valutazione riservata alla Sezione disciplinare del CSM, il cui apprezzamento, in quanto afferente al merito, è insindacabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione congrua e immune da vizi logico-giuridici[58].

---

[1] Il progetto di legge n. 635 è intervenuto apportando essenzialmente modifiche a tre dei decreti legislativi (e precisamente i decreti nn. 106, 109 e 160 del 2006) adottati in attuazione della delega contenuta nella legge del 25 luglio 2005 n. 150, che ha innovato e modificato profondamente la disciplina dell'Ordinamento Giudiziario di cui al regio decreto del 30 gennaio 1941, n. 12.

[2] La prima esperienza applicativa delle disposizioni relative agli illeciti disciplinari dei magistrati ha tenuto in considerazione quanto riportato – così si legge nei lavori preparatori alla legge n. 269/2006 (Atti Camera dei Deputati n. 1780) – sia dalla Procura Generale presso la Corte di Cassazione sia dal Consiglio Superiore della magistratura circa il pericolo di un completo intasamento dell'ufficio di indagine del titolare dell'azione disciplinare e, successivamente, della sezione disciplinare del CSM, in ragione sia dell'assenza di filtri sia dell'obbligatorietà da parte dei Dirigenti degli uffici di inoltrare ai titolari dell'azione disciplinare qualsiasi istanza, rapporto, denuncia o esposto nei confronti di un magistrato.

[3] Così si legge in “L'azione disciplinare obbligatoria del Procuratore Generale” di R. Fuzio in Cass. Pen., fasc. 12, 2008, pag. 4854.

[4] La norma prevede, inoltre, che il potere di archiviazione diretta sia esercitabile se il fatto non forma oggetto di denuncia circostanziata; se la condotta non rientra in nessuna delle ipotesi di illecito disciplinare di cui agli articoli 2, 3 e 4 del d.lgs. 109 del 2006; se, dalle indagini, il fatto risulta inesistente o non commesso.

[5] In questi termini si esprime S.F. Vitello in “Il quadro degli illeciti disciplinari tra tipizzazione e assenza di clausole di chiusura”, Il procedimento disciplinare dei magistrati, Quaderno 8 della SSM, pag. 63 e ss.

[6] F. Sorrentino, “Prime osservazioni sulla nuova disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati” in *Questione Giustizia*, I, 2007, pag. 54 e ss..

[7] D. Cavallini, “Un bilancio sull’applicazione del codice disciplinare dei magistrati: le novità in materia di ritardi e ragionevole durata del processo”, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 2015, fasc. 4, pag. 1443.

[8] Così A. Corbo, “Verso la scarsa rilevanza del fatto nel diritto penale: le indicazioni provenienti dall’ordinamento della responsabilità disciplinare dei magistrati” in *Cass. Pen.*, n. 11, 2010, pag. 4061 e ss.. A. Caputo in “Gli illeciti disciplinari”, 2009, ritiene che l’istituto previsto dall’art. 3 bis sia qualificabile come causa di non punibilità disciplinare.

[9] Cass. SS.UU. n. 31058 del 5.11.2019 in *ItalggiureWeb*, che ha cassato con rinvio la sentenza della Sezione disciplinare del CSM n. 47 del 20.5.2019, che aveva condannato alla sanzione della censura - escludendo l’applicabilità dell’esimente di cui all’art. 3 bis senza esprimere il necessario giudizio - un sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Napoli, incolpato di aver tenuto un comportamento gravemente scorretto nei confronti del Procuratore facente funzioni di Napoli, avendo rilasciato dichiarazioni ad un giornalista in contrasto con quanto dichiarato alla stampa dal Procuratore.

[10] Cass. SS.UU. n. 6468 del 31 marzo 2015 in *ItalggiureWeb*; Cass. SS.U.U. n. 13911 del 5 giugno 2017 in *ItalggiureWeb*; Cass. SS.U.U. n. 22577 del 10 settembre 2019 in *ItalggiureWeb*.

[11] Cass. SS.UU. n. 11305 del 28 aprile 2023 in *ItalggiureWeb*.

[12] Sezione disciplinare del CSM, sent. n. 79 del 20.5.2022, che aveva condannato alla sanzione della censura un magistrato incolpato di aver tenuto un comportamento gravemente scorretto nei confronti di alcuni magistrati che avevano presentato domanda per il conferimento dell’ufficio semidirettivo di presidente di sezione di quel Tribunale, al quale egli stesso concorreva, denigrando reiteratamente questi ultimi al cospetto di un componente del Consiglio Superiore della magistratura che avrebbe dovuto operare la selezione dei candidati all’incarico semidirettivo.

[13] Così si è espresso il Collegio con la sentenza n. 92 del 18.6.2020, con cui è stato assolto, per scarsa rilevanza del fatto, un sostituto procuratore, incolpato di aver tenuto un comportamento gravemente scorretto nei confronti del Procuratore della Repubblica.

[14] Si tratta della sentenza n. 41 del 3 maggio 2023, con la quale la Sezione disciplinare, nel decidere il giudizio rescissorio derivato dall’annullamento della Suprema Corte in sede rescidente della precedente sentenza del Collegio, ha assolto per scarsa rilevanza del fatto un Presidente di Tribunale, incolpato di aver tenuto un comportamento gravemente scorretto, consistito nell’aver interferito nelle valutazioni del CSM per il conferimento di incarichi semidirettivi.

[15] Sezione disciplinare del CSM, sentenza n. 34 del 28 marzo 2023.

[16] Così ancora Cass. SS.UU. n. 27434 del 20 novembre 2017 in *ItalggiureWeb*; Cass. SS.UU. n. 29823 del 22 settembre 2020 in *ItalggiureWeb*.

[17] Cass. SS.UU. n. 7934 del 29 marzo 2013 in *ItalggiureWeb*; Cass. SS.UU. n. 27434/2017 cit.; Cass. SS.UU. n. 15048 del 9 aprile 2019 in *ItalggiureWeb*; Cass. SS.UU. n. 29823/2020 cit.

[18] Così L. Ciampoli, “Magistrati (illecito disciplinare)”, pag. 653 e ss..

[19] F. Sorrentino, “Prime osservazioni sulla nuova disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati” cit.; A. Caputo, “Gli illeciti disciplinari” cit..

[20] La norma letteralmente definisce illecito disciplinare “qualunque fatto costituente reato idoneo a ledere l’immagine del magistrato, anche se il reato è estinto per qualsiasi causa o l’azione penale non può essere iniziata o proseguita”.

[21] Cass. SS.UU. n. 11343 del 13 maggio 2013 in ItalggiureWeb, che hanno confermato la sentenza della Sezione disciplinare (n. 138 del 30 ottobre 2012) di assoluzione di un magistrato di Tribunale, che aveva omesso di reiterare la comunicazione relativa all’esistenza di una situazione di incompatibilità con il proprio figlio, iscritto all’albo degli avvocati nel medesimo distretto presso il quale l’incolpato aveva assunto un incarico semidirettivo.

[22] Cass. SS.UU. n. 648 del 16 gennaio 2015 in ItalggiureWeb.

[23] Sezione disciplinare del CSM, sentenza n. 84 del 20 maggio 2014, che ha irrogato la sanzione della censura ad un giudice di Tribunale, il quale, nell’arco temporale di circa sei anni, aveva reiteratamente ed immotivatamente ritardato il deposito di numerose sentenze.

[24] Cass. SS.UU. n. 11372 del 31 maggio 2016 in ItalggiureWeb, che hanno confermato la sentenza della Sezione disciplinare n. 87 del 28 luglio 2015, con la quale era stata irrogata al magistrato la sanzione della censura.

[25] Sezione disciplinare CSM, sentenza n. 134 del 19 dicembre 2019, con la quale è stata esclusa l’applicazione dell’art. 3 bis per la gravità dei fatti contestati al magistrato, al quale è stata conseguentemente applicata la sanzione della rimozione.

[26] Cass. SS.UU. n. 16541 del 18 giugno 2008 in ItalggiureWeb.

[27] Cass. SS.UU. n. 14889 del 21 giugno 2010 in ItalggiureWeb, che hanno confermato la sentenza della Sezione disciplinare che aveva assolto il magistrato per scarsa rilevanza del fatto.

[28] Cass. SS.UU. n. 18987 del 31 luglio 2017 in ItalggiureWeb.

[29] L’art. 131 bis cod. pen., sotto la rubrica “Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto”, dispone al primo comma che “Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l’esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell’articolo 133, primo comma, l’offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale”, prevedendo poi nei commi successivi ipotesi nelle quali non può essere ravvisata la particolare tenuità del fatto e specificando cosa sia, ai fini del primo comma, il comportamento abituale.

[30] Così Cass. SS.UU. n. 22577 del 10 settembre 2019 in ItalggiureWeb; Cass. SS.UU. n. 31058 del 27 novembre 2019 in ItalggiureWeb; Cass. SS.UU. n. 9712 del 12 aprile 2023 in ItalggiureWeb.

[31] Sezione disciplinare CSM, sentenza n. 116 del 24 luglio 2020, con la quale è stata applicata la sanzione della censura al magistrato incolpato di non aver ottemperato a quanto richiesto dai pubblici ufficiali, addetti al controllo al varco di ingresso al pubblico del Tribunale, di accedere transitando attraverso le apposite apparecchiature metal detector su disposizione del Procuratore della Repubblica.

[32] Sezione disciplinare CSM, ordinanza n. 87 del 18 luglio 2019 in ItalgireWeb.

[33] Cass. SS.UU. n. 19976 del 23 settembre 2014 in ItalgireWeb, nella vicenda di un Consigliere di Corte d'Appello incolpato per omessa astensione dalla trattazione di un processo celebrato a carico, tra gli altri, di un soggetto, che aveva già giudicato in altro processo, ed assolto ai sensi dell'art. 3 bis. Il magistrato, nella specifica vicenda, aveva impugnato la sentenza della Sezione disciplinare deducendo la mancanza dell'elemento soggettivo del dolo dell'azione.

[34] Cass. SS.UU. n. 14889 del 21 giugno 2010 cit..

[35] Cass. SS.UU. n. 29914 del 13 dicembre 2017, che hanno ritenuto ammissibile il ricorso di un magistrato, Presidente di sezione, incolpato di aver commesso una grave inosservanza delle disposizioni relative alle assegnazioni degli affari giudiziari ai sensi dell'art. 2 comma prima lett. n) del d.lgs. n. 109 ed assolto dalla Sezione disciplinare per scarsa rilevanza del fatto.

[36] Cass. SS.UU. n. 1163 del 16 gennaio 2023 in ItalgireWeb, nella vicenda di un magistrato, incolpato dell'illecito di cui all'art. 2, comma 1, lett. d) del d.lgs. 23 febbraio 2006 n. 109, per aver violato il dovere di correttezza, ravvisabile nelle conversazioni scambiate, tramite messaggistica telefonica, con un componente del CSM in merito ad alcune nomine, finalizzate a privilegiare gli interessi del proprio gruppo associativo.

[37] S. Erbani, "Gli illeciti disciplinari dei magistrati" in *Ordinamento Giudiziario: organizzazione e profili processuali*, AA.VV., Giuffrè Editore, pag. 435 e ss.

[38] Per un richiamo ai dati statistici relativi all'attività della Procura Generale si veda C. Castelli, "Il sistema disciplinare dei magistrati: una cosa seria" in *Costituzionalismo.it*, Ed. Scientifica, fasc. I, 2022.

[39] Così A. Caputo, in "Gli illeciti disciplinari" cit.

[40] "L'azione disciplinare obbligatoria del Procuratore Generale" di R. Fuzio cit.

[41] La necessità di fissare delle regole uniformi di valutazione è sorta a seguito della trasmissione alla Procura Generale da parte di una Procura della Repubblica del materiale relativo alla nota vicenda delle dimissioni di alcuni consiglieri del CSM nel 2019, ma riveste sicuramente una portata più ampia. Le Linee Guida adottate dal Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione in data 22 giugno 2020 sono rinvenibili sul sito della Procura Generale ([www.procuracassazione.it](http://www.procuracassazione.it)).

[42] G. Salvi, "La giustizia disciplinare dei magistrati" in *Demarcazione illecito disciplinare e tipologie di rilievo etico*, 2022.

[43] Si veda L. Salvato, “Ambiguità ed equivoci in tema di responsabilità disciplinare dei magistrati” in Cass. Pen. 2019, fasc. 1, pag. 32, il quale sottolinea che il Procuratore Generale, nei casi in cui l’archiviazione è disposta facendo applicazione dell’art. 3 bis, si avvicina “non poco ad un vero e proprio organo giudicante”.

[44] Cass, SS.UU. n. 26809 del 19.12.2009 in ItalgireWeb.

[45] CSM, sez. discipl., ord. del 24.5.2010, n. 87, che ha accolto la richiesta di non luogo a procedere formulata dalla Procura Generale nei confronti di un magistrato di Tribunale.

[46] Cass, SS.UU. n. 14664 del 5.7.2011 in ItalgireWeb, che ha cassato senza rinvio la sentenza della Sezione disciplinare n. 148 del 29 luglio 2010. Per l’esaurimento delle valutazioni di competenza della Procura Generale, disponendo l’archiviazione, si è pronunciata la Sezione disciplinare (sentenza del 6 febbraio 2009, n. 54) nel caso di un magistrato incolpato di essersi sottratto all’obbligo di partecipare ai lavori della Commissione per l’espletamento dell’esame di abilitazione alla professione forense.

[47] E. Di Dedda, “La giustizia disciplinare” in “Guida alla riforma dell’ordinamento giudiziario”, AA.VV. Giuffrè Editore, 2007, pagg. 335 e ss.

[48] Di ciò ha dato atto il Procuratore Generale nel suo intervento in sede di Assemblea generale per l’inaugurazione dell’anno giudiziario 2023, con il quale è stato precisato che l’Ufficio svolge una “duplice valutazione: la prima, volta ad accertare gli elementi costitutivi della fattispecie e la gravità del fatto con riguardo al bene specifico tutelato dalla stessa; la seconda, volta alla verifica, in concreto, della ricorrenza della lesione dell’immagine” (v. sul sito web della Corte di Cassazione).

[49] In questi termini si è pronunciato il Collegio, con la recente sentenza n. 30 del 16 febbraio 2023, con la quale sono stati assolti ai sensi dell’art. 3 bis due magistrati sul presupposto che la condotta fosse risultata del tutto inoffensiva ed episodica, e come tale priva di quel livello di gravità necessario per ritenere che la vicenda avesse leso l’immagine esterna del magistrato ed il prestigio dell’ordine giudiziario, avendo peraltro la Sezione disciplinare accertato che l’episodio non avesse avuto alcuna eco nell’ambiente giudiziario e che fosse dunque maturata in assenza di strepitus fori.

[50] Sezione disciplinare del CSM, ordinanza n. 24 del 9 febbraio 2022.

[51] Sezione disciplinare del CSM, sentenza n. 24 del 10 marzo 2021, che ha ritenuto di applicare ad un magistrato l’esimente di cui all’art. 3 bis alla condotta ascritta.

[52] Sezione disciplinare del CSM, ordinanza n. 36 del 22 febbraio 2022, con la quale un magistrato è stato assolto per scarsa rilevanza del fatto.

[53] Così la Sezione disciplinare del CSM, sentenza n. 52 del 21 marzo 2023, ha assolto per scarsa rilevanza del fatto il magistrato incolpato di aver tenuto un comportamento gravemente scorretto ai sensi dell’art. 2 comma prima lett. d) del d.lgs. 109 del 2006.

[54] Sezione disciplinare del CSM, sentenza n. 102 del 28 luglio 2022, con la quale è stata irrogata la sanzione disciplinare della perdita di anzianità di mesi tre ad un magistrato ritenuto responsabile di aver tenuto comportamenti gravemente scorretti nei confronti dei colleghi dell'Ufficio di appartenenza, in quanto dimostrativi di un profilo professionale incline ad atteggiamenti privi di autocontrollo e di equilibrio.

[55] Sezione disciplinare del CSM, sentenza n. 116 del 24 luglio 2020 citata in nota 31.

[56] Sezione disciplinare del CSM, sentenza n. 39 del 2 marzo 2020.

[57] Cass. SS.UU. n. 7768 del 17 marzo 2023 in ItalggiureWeb. Con questa decisione le Sezioni Unite hanno cassato con rinvio la sentenza n. 31 del 16 febbraio 2022, con la quale la Sezione disciplinare aveva ritenuto provati episodi di corruzione a carico di un magistrato irrogandogli la sanzione della rimozione, senza confrontarsi, nella motivazione, con le deduzioni difensive dell'incolpato, che in sede penale era stato assolto dalle imputazioni relative, in parte, agli stessi fatti contestati in sede disciplinare.

[58] Cass. SS.UU. n. 11197 del 27 aprile 2023 in ItalggiureWeb, che hanno confermato la sentenza con cui la Sezione disciplinare del CSM aveva condannato alla perdita di anzianità di tre mesi un magistrato per una serie di comportamenti scorretti dallo stesso tenuti: aver censurato con toni sarcastici e irrispettosi, in una "chat" di whatsapp", un provvedimento collegiale adottato da colleghi in servizio presso il medesimo ufficio giudiziario; aver pubblicamente denigrato, nel corso di un'udienza, l'operato dei magistrati del pubblico ministero; avere espresso aspre critiche nei confronti di un altro collega e del Presidente del Tribunale, in seno alla motivazione di un provvedimento giurisdizionale.

# IL SALARIO MINIMO ‘GIURISPRUDENZIALE’ QUALE PRECIPITATO DELLA COSTITUZIONE E DEL DIRITTO EUROPEO

di Teresa ZAPPÀ, tirocinante presso la Corte di Cassazione

## Sommario:

1. Salario minimo-una visione globale
2. La direttiva UE 2022/2041 del 19 ottobre 2022
3. Brevi cenni sul dibattito politico e sulla realtà del lavoro in Italia
4. L'intervento (medio tempore?) della giurisprudenza
5. L'interpretazione costituzionalmente orientata del concetto di salario minimo

## 1. SALARIO MINIMO – UNA VISIONE GLOBALE

Il tema del salario minimo è stato oggetto, negli ultimi tempi, di un acceso dibattito politico. Prima di considerare la situazione presente a livello nazionale, sembra, tuttavia, opportuno volgere lo sguardo anche oltre i confini del nostro Paese.

Un valido ausilio è dato dalla *“Guida sulle politiche sul salario minimo”* dell’Organizzazione Internazionale per il Lavoro (“OIL”). Infatti, un intero modulo (i.e. n.2) è stato dedicato alle *“tipologie di salario minimo”*, ossia alle modalità attraverso le quali i diversi governi si sono approcciati al problema. In particolare, L’OIL ha osservato che *«i sistemi di salario minimo possono essere semplici, ossia con un unico salario minimo applicabile a livello nazionale, oppure complessi, con tassi differenziati per settore, occupazione, regione o dimensione dell’impresa. Ogni approccio segue una logica ben precisa, che riflette le preoccupazioni dei responsabili delle politiche nel momento in cui la politica è stata elaborata»* (pag.23). Si è distinto tra sistemi di salario minimo *“semplici”*, i quali prevedono un solo salario minimo applicabile a tutti i lavoratori dipendenti, e sistemi *“complessi”*, dove i tassi di salario minimo vengono distinti per settore di attività, occupazione o regione. Si riportano alcuni esempi:

- il Brasile, la Federazione Russa e gli Stati Uniti hanno un unico salario minimo nazionale, ma prevedono l’applicazione di tassi più elevati a livello regionale, tenuto conto delle variazioni dei costi tra le regioni;
- in India e in Sudafrica i tassi di salario minimo vengono differenziati in base alle professioni, mentre in altri Paesi, come il Costa Rica, tali sistemi sono integrati da un salario minimo generale.

Tra i vantaggi dei sistemi semplici, secondo quanto riportato dall'OIL, vi sono: la determinazione di una base salariale effettiva; la facilità nella comunicazione e nella diffusione delle informazioni, potendo i lavoratori facilmente conoscere il tasso salariale applicabile; la facilità dei controlli. È stato evidenziato, tuttavia, che *«nei paesi con istituzioni del mercato del lavoro deboli (ossia bassi tassi di sindacalizzazione e una limitata copertura della contrattazione collettiva), i sistemi di salario minimo semplici sono talvolta insufficienti a garantire un'equa distribuzione dei salari»* (pag. 25).

L'assenza o la debolezza della contrattazione collettiva non incide, invece, nei sistemi complessi, nei quali i livelli salariali più elevati sono fissati in settori o professioni con una maggiore capacità economica. Ciononostante, la quantità e la complessità delle informazioni da raccogliere rende tale soluzione di non facile realizzazione. Altrettanto difficile si presenta la conoscibilità tra i lavoratori dei tassi di salario minimo loro applicabili. Proprio tali aspetti negativi hanno determinato, nel tempo, il passaggio a sistemi più semplificati, sebbene ciò abbia riproposto il rischio di privare molti lavoratori di adeguata protezione, soprattutto negli Stati in cui la contrattazione collettiva risulta essere debole. In Brasile, ad esempio, si è passati da 39 tassi di salario minimo nel 1963, a un unico salario minimo nazionale nel 1984. Tale cambiamento si è mostrato, però, non idoneo a rappresentare le diversità territoriali caratterizzanti il Paese, sicché nel 2000 è stata autorizzata la fissazione a livello statale del salario minimo, cui ammontare deve, però, superare la soglia nazionale.

Sembra opportuno osservare che nella guida precitata l'OIL tratta separatamente il “*salario minimo legale*”, precisando che tale espressione fa riferimento *«a tutti i meccanismi di fissazione del salario minimo diversi dalla contrattazione collettiva»*. Questa definizione include, quindi, *«i salari minimi fissati da un'autorità competente, dalle commissioni o i consigli salariali, nonché dai tribunali del lavoro o da altri organi competenti in materia di rapporti di lavoro»*, andando oltre l'ipotesi di un salario minimo stabilito nell'ambito di un procedimento legislativo.

Tale precisazione viene in rilievo nel momento in cui ci si domanda chi debba occuparsi della fissazione del minimo retributivo. In Danimarca e in Svezia, ad esempio, la contrattazione collettiva è l'unico metodo di fissazione del salario minimo. In generale si coglie una certa predilezione verso il coinvolgimento delle parti sociali, in quanto la fissazione del salario minimo a un livello concordato dai rappresentanti dei datori e dei lavoratori conferirebbe a tale strumento una maggiore legittimità, facilitandone anche il rispetto. Tuttavia, la contrattazione collettiva nella maggior parte dei Paesi non ha una copertura sufficiente a garantire tale protezione alla maggioranza di lavoratori, con conseguente adozione di un salario minimo legale, nei termini sopra indicati (si veda, ad esempio, la Germania).

Ulteriore aspetto da dover tenere a mente è l'adeguamento, nel corso degli anni, del minimo salariale, tenuto conto delle situazioni del mercato (i.e. aumento del costo della vita). In Francia, per esempio, il salario minimo (SMIC – “*saire minimum interprofessionnel de croissance*”), è adeguato ogni anno. Come evidenziato dall'OIL, oltre alla necessaria periodicità di suddetto adeguamento, esso deve essere operato in un'ottica che tenga conto *«tanto dei bisogni dei lavoratori e delle loro famiglie quanto dei fattori economici*.

*Un simile approccio combina fattori sociali ed economici al fine di stabilire un salario minimo che benefici i lavoratori e la società, senza provocare effetti negativi» (pag.54).*

Come evidenziato nel “*Minimum Wage Report 2022*” pubblicato dal WSI Institute of Economic and Social Research, nella maggior parte dei Paesi europei, come in molti altri Paesi del mondo, i salari minimi sono aumentati in modo più marcato all’inizio del 2022 rispetto all’anno precedente, quando erano stati frenati dalla crisi COVID-19. Tale ripresa, sebbene si inserisca in un contesto di aumento dell’inflazione, che ha un impatto particolarmente grave sui redditi più bassi, è anche il frutto di una tendenza politica di alcuni governi, guidata dalla consapevolezza che, anche per i dipendenti a tempo pieno (e dunque non solo per quelli *part-time*), gli attuali salari minimi non sono sufficienti a fornire uno standard di vita minimo “culturally acceptable”, consentendo di partecipare pienamente e in modo indipendente alla vita sociale.

Secondo quanto riportato in tale documento, inoltre, l’azione politica in materia di minimo salariale in alcuni Paesi (ad esempio Regno Unito e Spagna) non avrebbe determinato effetti negativi significativi nel mercato del lavoro. Su tale ultimo aspetto, però, è giusto richiamare anche uno studio del 2021 (*Research: When a Higher Minimum Wage Leads to Lower Compensation*), pubblicato sulle pagine della Harvard Business Review, il quale, prendendo avvio dalle evidenze statistiche del mercato del lavoro statunitense, ha cercato di esaminare l’impatto delle politiche salariali in termini di influenza sul comportamento dei datori di lavoro.

Oltre a modificare i tassi di occupazione, lo studio ha rilevato che le imprese possono rispondere agli aumenti dei salari minimi con riduzioni dell’orario di lavoro per ciascun dipendente: per ogni aumento di 1 dollaro del salario minimo, è stato riscontrato che il numero totale di lavoratori impiegati ogni settimana era aumentato del 27,7 %, mentre il numero medio di ore lavorate da ciascuno di essi era diminuito del 20,8%, con conseguenti effetti positivi sull’occupazione, ma negativi in termini di retribuzione totale di un lavoratore medio. Sembra allora evidente che un intervento politico in un tema così complesso non possa non tenere conto dello stato attuale del mercato del lavoro (considerando, ad esempio, anche le tipologie contrattuali più diffuse), al fine di valutare il potenziale impatto di un intervento legislativo. Quanto sopra sinteticamente riportato conduce, quindi, a riflettere sull’opportunità di evitare approcci semplicistici al tema, dovendo sempre tenere in considerazione i possibili effetti, anche negativi, dell’istituzione di un salario minimo, generale o settoriale, in particolar modo ove ciò avvenga senza un’adeguata consultazione delle parti sociali.

## **2. LA DIRETTIVA UE 2022/2041 DEL 19 OTTOBRE 2022**

Sempre in un’ottica sovranazionale, non sembra possibile prescindere dall’esame della direttiva UE 2022/2041 del 19 ottobre 2022. La direttiva ha come obiettivo principale quello di garantire l’adeguatezza dei salari minimi nell’Unione Europea, ma «*in modo flessibile e rispettoso delle diverse tradizioni di relazioni industriali*» degli Stati membri (considerando 12 e 28). Il legislatore europeo non ha obbligato questi ultimi a istituire un salario minimo legale, disponendo che, qualora essi lo prevedono, debbano non solo coinvolgere

la parti sociali nella sua fissazione, ma anche stabilire delle procedure per il suo aggiornamento, al fine di assicurarne la permanente adeguatezza. In alternativa, gli Stati membri possono garantire l'adeguatezza dei salari minimi tramite la contrattazione collettiva. In ogni caso, l'art. 4 della direttiva obbliga tutti gli Stati membri ad adottare misure per rafforzare la contrattazione collettiva sulla retribuzione, specialmente a livello di categoria o interconfederale (§1).

Inoltre, laddove il tasso di copertura della contrattazione collettiva in un Paese risulti essere inferiore all'80%, è richiesta l'adozione di un piano dettagliato di misure, elaborate in consultazione o concordate con le parti sociali, dirette a elevare progressivamente suddetto tasso (§2), senza comunque imporre l'attribuzione di un'efficacia generalizzata ai contratti collettivi (art. 1, §§ 2 e 4, lett. b)[1].

Il legislatore sovranazionale ha, dunque, evitato un approccio "monistico" e "generalizzato" (considerando 19 e art. 1 § 4) tenendo conto delle attuali differenze riscontrate nei diversi Stati membri in riferimento ai salari minimi (v. Eurofund, Minimum wages in 2023: Annual review), senza porre un obbligo di istituzione di un salario minimo legale, ma accogliendo e favorendo il ricorso alla contrattazione collettiva, laddove essa non solo sia solida, ma sia anche connotata da un elevato "tasso di copertura" (80%), da intendersi come percentuale di lavoratori ai quali è applicato un contratto collettivo. Il legislatore europeo, pertanto, parte dalla situazione già esistente nel singolo ordinamento nazionale.

Con riferimento agli Stati membri in cui sono previsti salari minimi legali, è chiesto di istituire le necessarie procedure per la loro determinazione ed il loro aggiornamento. Quest'ultimo, in particolare, deve avvenire almeno ogni due anni (quattro per gli Stati che ricorrono ad un meccanismo di indicizzazione automatica), includendo tra i criteri da valutare anche il potere d'acquisto e il costo della vita (art. 5).

Con riferimento ai Paesi in cui la definizione di un salario minimo è, invece, affidata alla contrattazione collettiva, come già accennato, le disposizioni della direttiva ne promuovono l'incremento del tasso di copertura (art. 4). Proprio sotto il profilo del mezzo individuato per garantire un salario minimo, il nostro ordinamento presenta delle peculiarità, in quanto manca sia una contrattazione collettiva avente efficacia *erga omnes*, sia una legge sui minimi salariali. Tuttavia, secondo taluni, un salario minimo orario legale "di garanzia" potrebbe fungere da importante complemento della contrattazione collettiva, spingendo verso l'alto i minimi previsti in sede negoziale, in special modo in quei settori produttivi "meno virtuosi" sotto tale profilo. A ciò si aggiunge un altro (annoso) problema per il nostro ordinamento, ossia la misurazione del grado di rappresentatività delle organizzazioni sindacali, con il collegato fenomeno dei cc.dd. "contratti pirata"[2].

Sebbene in Italia il tasso medio di copertura risulti essere prossimo al 100%[3], ciò, di fatto, non garantisce con certezza una retribuzione adeguata o, come si dirà più avanti, conforme al parametro costituzionale dell'art. 36 Cost., tenuto anche conto che il grado di copertura dei contratti nazionali può essere alquanto diseguale nei vari settori e non arrivare alla soglia dell'80% (richiesta dalla direttiva UE), in special modo in settori che, in quanto più fragili, necessiterebbero di una più forte garanzia salariale[4].

La direttiva precitata, d'altronde, non presuppone parametri qualitativi, limitandosi ad affermare che un trattamento retributivo contrattuale è per definizione adeguato se frutto di un sistema di relazioni industriali effettivamente rappresentativo.

Ciò porta ad una riflessione circa i limiti delle informazioni relative alla copertura contrattuali. Il dato quantitativo, infatti, non necessariamente corrisponde a un dato qualitativo e, per quanto qui rileva, anche a una giusta retribuzione.

Appare utile riportare anche le indicazioni della direttiva circa i livelli quantitativi identificanti l'adeguatezza del salario minimo: per valutare tale adeguatezza gli Stati membri potrebbero scegliere tra gli indicatori comunemente impiegati in sede internazionale, quali il rapporto tra il salario minimo lordo e il 60 % del salario lordo mediano e il rapporto tra il salario minimo lordo e il 50 % del salario lordo medio (considerando 28). Come è stato acutamente osservato, l'applicazione di tali criteri nel nostro ordinamento sconta la eterogeneità e parzialità delle fonti statistiche sui livelli di retribuzione, nonché la pluralità di definizioni della retribuzione nei diversi contratti collettivi[5].

Infine, ai sensi dell'articolo 17, si rammenta che gli Stati membri sono tenuti ad adottare le misure necessarie per conformarsi alla direttiva entro il 15 novembre 2024.

### 3. BREVI CENNI SUL DIBATTITO POLITICO E SULLA REALTÀ DEL LAVORO IN ITALIA

La previsione di un salario minimo legale, *rectius* di un compenso minimo orario, era stata inserita nella Legge delega n. 184/2014 (art. 1, co.7, lett. g), prevedendone l'introduzione con riferimento, però, ai soli settori non regolati da contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali (dei lavoratori e dei datori di lavoro) comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Come noto, il Governo non esercitò il potere delegato[6].

Il tema è tornato nel dibattito politico anche a seguito dell'adozione della summenzionata direttiva del 2022, trovando nell'estate del 2023 uno dei momenti più "caldi" in ragione dell'esame di una proposta di legge in materia di salario minimo (pdl A.C. 1275). La discussione del testo legislativo è stata sospesa il 3 agosto u.s. per 60 giorni.

Nella giornata del 18 ottobre u.s. l'Assemblea ha rinviato il provvedimento in Commissione.

Parallelamente, è stato avviato l'esame congiunto di tre proposte di legge in materia di rappresentanza sindacale e di efficacia dei contratti collettivi di lavoro, rilevanti ai fini dell'attuazione della precitata direttiva. Tali proposte, si osserva, prevedono una disciplina analoga a quella prevista nel T.U. sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014 per l'accertamento e la misurazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali.

Il tema del salario minimo rappresenta, certamente, un utile strumento atto a rafforzare la dialettica tra le opposizioni politiche. Tuttavia, si auspica che il tema venga esaminato con una lente più ampia e scevra da tendenze idealistiche. Non è, infatti, un mero dato numerico (i.e. *quantum* retributivo) che connota il c.d. *poor worker*.

L'attuale realtà del mondo del lavoro fornisce un quadro ben più complesso, nel quale all'insufficienza della retribuzione si affiancano l'immobilismo dei rinnovi dei contratti collettivi a fronte dell'aumento del costo della vita, la precarietà dell'occupazione, le poche ore lavorate nei casi di part-time "imposti", lo sfruttamento lavorativo e altro ancora.

Chi scrive è ben consapevole che non è questa la sede per trattare *funditus* la materia, tenuto anche conto degli aspetti più strettamente tecnici connessi. È sembrato, comunque, opportuno farvi cenno prima di affrontare l'orientamento seguito sul tema da parte della giurisprudenza, in modo da acquisire una visione "caleidoscopica" e non, erroneamente, unidirezionale.

#### 4. L'INTERVENTO (MEDIO TEMPORE?) DELLA GIURISPRUDENZA

Negli anni l'inattuazione dell'art. 39 Cost. e l'assenza di una legge sul salario minimo legale hanno portato la giurisprudenza ad attribuire all'art. 36 Cost. la natura di norma immediatamente precettiva e non meramente programmatica, con conseguente diretta invocabilità in giudizio da parte dei lavoratori interessati.

L'art. 36 Cost. comprende due principi: quello della proporzionalità e quello della sufficienza della retribuzione; il primo legato alla funzione propriamente corrispettiva nell'ambito del sinallagma contrattuale e il secondo espressione della funzione sociale della retribuzione e, quindi, del valore sociale assegnato al lavoro dalla Costituzione.

L'espressione «*e in ogni caso*» rappresenta l'anello di congiunzione tra i due segmenti normativi della proporzionalità e della sufficienza e consente di affermare che il trattamento retributivo deve sempre essere sufficiente, anche in quei casi in cui, in ragione del modesto valore della prestazione lavorativa l'applicazione del principio proporzionalistico rischierebbe di condurre a un compenso tale da non consentire al lavoratore di vivere dignitosamente[7].

In via generale, si presume, salvo prova contraria, che la retribuzione prevista dal contratto collettivo sia conforme ai principi di proporzionalità e sufficienza sanciti dall'art. 36 Cost.[8] Considerati i vigenti principi di libertà contrattuale e di associazione sindacale, può accadere, però, che al rapporto di lavoro venga applicato un contratto diverso da quello che oggettivamente sarebbe più rispondente alle caratteristiche dell'attività datoriale.

Tale eventualità non comporterebbe un pregiudizio per il lavoratore, dal momento che la volontà delle parti non priverebbe completamente di rilievo il contratto di categoria qualora quello in concreto applicato preveda una retribuzione non proporzionata alla quantità e alla qualità della prestazione lavorativa.

L'art. 36 Cost., infatti, permette al giudice di adeguare la retribuzione facendo riferimento, in prima battuta, proprio al contratto collettivo di settore[9].

È evidente, però, che l'iniziativa del lavoratore interessato è indispensabile.

Infine, per talune ipotesi, come per i lavoratori-soci di società cooperative (art. 7, comma 4, D.L. n. 248/2007, L. conv. n. 31/2008) e per il settore del trasporto aereo (art. 203, comma 1, D.L. n. 24/2020, L. conv. n. 77/2020), è il legislatore a richiedere l'applicazione di trattamenti economici non inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale. In tali fattispecie, pertanto, è la legge stessa a stabilire, indirettamente, un salario minimo, pur senza intervenire anche sulla quantificazione dello stesso, il che non esime il giudice dal valutare la conformità ai principi costituzionali del trattamento retributivo previsto dai richiamati contratti collettivi. La preminente forza prescrittiva della richiamata disposizione costituzionale si impone, infatti, sia alle parti sociali che al legislatore ogniqualvolta individui come criteri parametrici i livelli retributivi stabiliti dalla contrattazione collettiva.

## 5. L'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA DEL CONCETTO DI SALARIO MINIMO

In tre recenti pronunce, depositate il 2 ottobre u.s., la Corte di Cassazione ha fornito ulteriori spunti di riflessione sul tema del salario minimo. Senza affrontare dettagliatamente i rispettivi specifici profili fattuali, è sufficiente riportare quanto segue.

I ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 36 Cost. e chiedevano l'applicazione del trattamento retributivo previsto in CCNL stipulati per settori affini e mansioni analoghe.

Le Corti di appello non avevano accolto tali doglianze, evidenziando, in particolare, la presunzione di proporzionalità e sufficienza del trattamento retributivo previsto in sede di contrattazione collettiva, sicché non avrebbe potuto ritenersi coerente con il sistema rimettere al giudice il potere di sindacare i livelli retributivi al fine di scegliere quello più alto. A ciò veniva aggiunta la constatazione che quanto percepito dai lavoratori risultava essere superiore, o di poco inferiore, alla soglia di povertà indicata dall'Istat.

Sotto il profilo delle argomentazioni poste a fondamento di ciascuna motivazione, il nucleo comune alle tre sentenze è individuabile nei punti da 11 a 17, cui contenuto, in quanto pressoché identico, ne consente una trattazione unitaria. I giudici di legittimità hanno, *in primis*, rammentato la forza immediatamente cogente dell'art. 36 Cost., il quale tutela i lavoratori garantendo una retribuzione che assicuri una «vita a misura d'uomo». Proprio tale precisazione ha consentito di superare l'assunto che l'irrisorio scarto tra quanto percepito e il reddito posto quale soglia di povertà dall'Istat possa costituire un dato *ex se* bastevole per ritenere rispettati i principi di proporzionalità e sufficienza, non tutelando questi solo il soddisfacimento di meri bisogni essenziali.

A corroborazione di tale ultimo punto, la Corte di Cassazione ha richiamato il considerando n. 28 della direttiva UE 2022/2041, secondo il quale «oltre alle necessità materiali quali cibo, vestiario e alloggio, si potrebbe tener conto anche della necessità di partecipare ad attività culturali, educative e sociali».

Quanto sopra consente una prima osservazione: seguendo l'ottica costituzionalmente orientata della Corte, un intervento in materia di salario minimo (*rectius* salario adeguato ai sensi dell'art. 36 Cost.) dovrebbe assicurare un *quid pluris* rispetto alla mera sopravvivenza del lavoratore e della sua famiglia, tenendo conto anche dell'art. 2 Cost. cui contenuto appare in linea con lo spirito della direttiva europea prefata e della stessa giurisprudenza, aprendo a un'idea di persona intesa anche nel suo esplicitarsi nella società.

Nella valutazione circa la rispondenza ai principi costituzionali del trattamento salariale riconosciuto ai ricorrenti, la Corte ha precisato che grava sul lavoratore soltanto l'onere di dimostrare l'oggetto sul quale tale valutazione deve avvenire, *recte* le prestazioni lavorative in concreto effettuate e l'allegazione di criteri di raffronto, fermo restando il dovere del giudice di enunciare, in motivazione, i parametri seguiti.

Proprio in merito ai parametri di confronto, i giudici hanno escluso la forza vincolante delle previsioni economiche (i.e. trattamento complessivamente percepito) contenute nel contratto collettivo in concreto applicato, anche qualora questo afferisca al settore di operatività datoriale e sia stato stipulato da organizzazioni indiscutibilmente dotate di rappresentatività a livello nazionale.

In sintesi, dunque, i giudici di legittimità negano l'ammissibilità di una sorta di "esenzione" dal controllo di legittimità costituzionale dei contratti collettivi. La presunzione di conformità ai principi fissati dalla Costituzione ha, infatti, carattere relativo e non assoluto - come sembrerebbero intendere, seppur non in termini espressi, i giudici di appello - e senza che ciò possa essere in qualche modo incrinato dal grado di rappresentatività dei sindacati stipulanti.

Sul punto i giudici di legittimità hanno rammentato che la stessa Corte Costituzionale, nella sentenza n. 106/1962, pronunciandosi sulla proroga della Legge Vigorelli - che estendeva i minimi contrattuali erga omnes per legge - ha già affermato che non esiste, nell'attuale ordinamento costituzionale, una riserva normativa o contrattuale a favore della contrattazione collettiva nella determinazione del salario, sicché nessuna lesione al principio di libertà sindacale sarebbe predicabile anche nel caso in cui l'organo giudicante non applicasse un CCNL di categoria sottoscritto da associazione comparativamente più rappresentative.

Nemmeno il richiamo da parte di una legge (come avviene per le società cooperative) potrebbe determinare la sottrazione del contratto collettivo alla valutazione del giudice, ciò esponendo la stessa disposizione legislativa ad un sindacato di legittimità costituzionale[10].

Con riferimento ai criteri di giudizio e ai parametri di confronto, la Corte di Cassazione ha, pertanto, ritenuto superabili i confini segnati dai minimi retributivi della contrattazione collettiva, precisando che il giudice può fondare la propria decisione anche sulla natura e sulle caratteristiche della concreta attività svolta dal lavoratore, su nozioni di comune esperienza e, in difetto di utili elementi, fare ricorso a criteri equitativi, considerate, altresì, le indicazioni sovranazionali[11].

La Corte, tuttavia, ha tenuto a precisare che, ogniqualvolta il giudice si discosti da quanto previsto dalle parti sociali, dovrà fornire un'adeguata motivazione «*giacché difficilmente (il giudice) è in grado di apprezzare le esigenze economiche e politiche sottese all'assetto degli interessi concordato dalle parti sociali*».

Con tale puntualizzazione il Collegio sembra aver fatto un passo indietro rispetto alla parte precedente. Infatti, se da un lato è escluso che le previsioni economiche della contrattazione collettiva possano condizionare, limitandolo, il giudizio di conformità all'art. 36 Cost., dall'altro, invece, è richiesta una motivazione "rafforzata" qualora il giudice adotti parametri di confronto diversi dai contratti collettivi.

Ciò sembra tradire, seppur implicitamente, la medesima vocazione sovranazionale verso la soluzione negoziale al problema del c.d. "lavoro povero", prediligendo, almeno in prima battuta, un riferimento «*all'interno della contrattazione collettiva ai fini dell'individuazione del parametro di attuazione della giusta retribuzione ex art 36 Cost. anche quando viene sindacato e disapplicato un singolo contratto collettivo che si assume non conforme al precetto costituzionale*».

D'interesse per i nostri fini è anche il seguito delle tre sentenze, in quanto la Corte ha chiarito di essere ben consapevole delle diverse questioni che si innestano sul dibattito in merito alla misura dei salari fissati in sede collettiva: la frammentazione della rappresentanza sindacale e la connessa stipulazione di contratti cc.dd. pirata; la frantumazione dei perimetri negoziali e degli ambiti della contrattazione; la proliferazione del numero dei CCNL; la moltiplicazione del fenomeno della disparità di retribuzione a parità di lavoro; il ritardo abituale dei rinnovi contrattuali nonostante una dinamica inflazionistica severa[12].

Aspetti questi che si accompagnano al fenomeno dei c.d. working poors"[13], costituente conseguenza anche di una concorrenza «*al ribasso*» sul salario (*dumping salariale*). La molteplicità dei contratti collettivi, seppur espressione della libertà sindacale a tutela dei lavoratori, può quindi entrare in tensione con l'art. 36 Cost. Tenuto fermo quanto sopra, la Corte, in due delle tre sentenze esaminate (nn. 27769 e 27711) si spinge ad una riflessione conclusiva che sembra inserirsi nel dibattito politico a cui si è prima fatto cenno.

I giudici di legittimità prendono atto che «*nel nostro ordinamento, una legge sul "salario legale", come quella in materia di cooperative, non potrebbe realizzarsi attraverso un rinvio in bianco alla contrattazione collettiva; posto che il rinvio va inteso nel quadro costituzionale che impone un minimum invalicabile nel caso concreto. Sicché una legge (come quella in tema di cooperative ed in ogni altro settore) che imponga la determinazione di un salario minimo attraverso la contrattazione deve essere parimenti assoggettata ad una interpretazione conforme all'art. 36 ed all'art 39 Cost.*».

Si presenta, allora, il problema di come deve essere orientata la discrezionalità motivata dell'organo giudicante nell'esplicazione della sua funzione di controllo qualora sia necessario ricercare un *quid pluris* - congruo e funzionale allo scopo - rispetto al *quantum* parametrico fissato dalla sola contrattazione applicata, rivelatosi inappagante nel caso concreto. Su tale ultimo aspetto credo si incentri il vero problema dell'intervento giurisprudenziale in tema di salario minimo o, meglio, adeguato.

Sebbene si tenda a parlare di salario conforme al dettato costituzionale, la soluzione adottata sconta la generalità dei principi espressi dall'art. 36 Cost. e la complessità attuale del mondo del lavoro.

Il giudice, nella ricerca di un parametro orientativo, può sostituire un contratto collettivo ad un altro (applicato in settori affini o per mansioni analoghe) ritenuto maggiormente idoneo ad attuare il contenuto delle direttrici costituzionali, nonché ricorrere a parametri esterni alla contrattazione collettiva, ma tale discrezionalità,

pur se bilanciata da una congrua motivazione, ha come risultato una quantificazione non facilmente prevedibile *ex ante* dal ricorrente-lavoratore, anche alla luce del dibattito in ordine alle voci della retribuzione che vanno prese in considerazione ai fini dell'individuazione del trattamento minimo da garantire[14].

La tutela assicurata, inoltre, soggiace ai limiti del giudicato e non consente di estendere automaticamente a tutto il personale, in forza presso il medesimo datore convenuto in giudizio, il trattamento retributivo riconosciuto.

---

[1] L. RATTI, La proposta di direttiva sui salari minimi adeguati nella prospettiva di contrasto all'in-work poverty, in *Dir. Rel. Ind.*, 1° marzo 2021, 1, p. 59 ss.

[2] L. CORAZZA, Salario, contrattazione, equo compenso - Crisi della contrattazione e retribuzione sufficiente, in *Dir. Rel. Ind.*, 1° dicembre 2021, 4, p. 1087 ss.

[3] CNEL, Elementi di riflessione sul salario minimo in Italia, Roma, 4 ottobre 2023

[4] T. TREU, Salario minimo: Estensione selettiva dei minimi contrattuali, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 456/2022, p. 9 ss.

[5] T. TREU, Ancora sul salario minimo, in *Lavoro Diritti Europa*, 3/2023, p. 6 ss.

[6] M. BIASI, il salario minimo legale nel jobs act: promozione o svuotamento dell'azione contrattuale collettiva?, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 2, p. 371 ss.

[7] Cass., Sez. Lav., 30 novembre 2016, n. 24449.

[8] Cass., Sez. Lav., 6 dicembre 2021, n. 38666.

[9] Cass., Sez. Lav., 26 novembre 2015, n. 24160; Cass., Sez. Lav., 18 dicembre 2014, n. 26742.

[10] Cass, Sez. Lav., 16 marzo 2022, n. 17698; Cass, Sez. Lav., 21 febbraio 2020, n. 4622; Cass, Sez. Lav., 9 aprile 2019, n. 9862; Cass, Sez. Lav., 12 marzo 2019, n. 7047.

[11] Direttiva UE 2022/2041; art. 4 Carta sociale europea; artt. 23 e 31 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; punto 6 lett. b), Pilastro Europeo dei Diritti sociali-novembre 2017.

[12] C. ZOLI, Giusta retribuzione e lavoro povero, in *Var. temi dir. lav.*, 2022, p. 7 ss.

[13] XXII Rapporto INPS, settembre 2023, p. 97 ss.

[14] V. BAVARO, Sul salario adeguato, in *Lavoro Diritti Europa*, 2/2022, p. 9 ss.

# Il diritto *vivente*

Rivista quadrimestrale di Magistratura Indipendente

01.2024

[rivistaidirittovivente.it](http://rivistaidirittovivente.it)