Premessa

Il volume si occupa di esaminare e approfondire i diversi aspetti processuali e sostanziali della recentissima riforma penale voluta dal Ministro della Giustizia Carlo Nordio (legge n. 114 del 2024, in vigore dal 25 agosto 2024).

È stato approvato in via definitiva, infatti, il disegno di legge denominato "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare", pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 10 agosto 2024.

La legge interviene sia sul piano del diritto sostanziale, soffermandosi sui reati contro la pubblica amministrazione, che sul piano processuale, dedicando attenzione al tema delle indagini preliminari e delle impugnazioni; sono presenti, altresì, alcune disposizioni settoriali, come quelle in materia di ordinamento militare.

In merito agli aspetti sostanziali, la norma contiene la discussa e controversa abrogazione del delitto di abuso d'ufficio e la modifica della disciplina del delitto di traffico di influenze illecite, con importanti ricadute sul piano dei rapporti intertemporali e delle connessioni con le altre fattispecie incriminatrici, da ultimo il reintrodotto reato di peculato per distrazione.

Sul piano processuale, la legge interviene innanzitutto in materia di intercettazioni, con diversi interventi, volti, almeno nelle intenzioni, a ridurre il numero delle stesse, prevedendo, ad esempio, l'estensione del divieto di acquisizione delle comunicazioni da parte dell'autorità giudiziaria ad ogni altra forma di comunicazione, diversa dalla corrispondenza, intercorsa tra l'imputato ed il proprio difensore; introduce, inoltre, il divieto di pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni in tutti i casi in cui quest'ultimo non sia riprodotto dal giudice nella motivazione di un provvedimento o utilizzato nel corso del dibattimento.

Le modifiche più significative, tuttavia, riguardano il sistema delle misure cautelari, ove viene introdotta, a determinate condizioni, l'obbligatorietà dell'interrogatorio preventivo, che deve essere documentato integralmente mediante riproduzione audiovisiva o fonografica, nonché, a partire dal 2026, in correlazione con l'invocato aumento della pianta organica della magistratura, la collegialità della decisione circa l'applicazione della custodia in carcere o di una misura di sicurez-

za detentiva nel corso delle indagini preliminari.

Trattasi di due autentiche novità per il nostro sistema processuale, di notevole impatto anche sul piano organizzativo, di cui la prima, relativa agli interrogatori preventivi, immediatamente in vigore.

Infine, sul piano processuale, la legge limita il potere del pubblico ministero di proporre appello, escludendolo avverso le sentenze di proscioglimento per reati per i quali l'azione penale si esercita con citazione diretta davanti al Tribunale in composizione monocratica, controversa limitazione già in passato oggetto di scrutinio da parte della Corte Costituzionale. Sempre in tema di impugnazioni, la legge, accogliendo parzialmente le richieste dell'Avvocatura, interviene in materia di mandato ad impugnare e contestuale elezione di domicilio.

Novità anche sul piano dell'ordinamento militare; la legge interviene, ad esempio, in materia di incidenza di provvedimenti giudiziari nelle procedure per l'avanzamento al grado superiore dei militari, stabilendo che al militare sia preclusa la procedura di avanzamento solo nel caso in cui nei suoi confronti sia stata emessa, sempre per delitto non colposo, una sentenza di condanna di primo grado, una sentenza di applicazione della pena su richiesta, ovvero un decreto penale di condanna esecutivo, anche qualora la pena sia sospesa in via condizionale.

Il provvedimento normativo deve essere valutato secondo un'ottica complessiva e sincretista, considerando le modifiche sostanziali e processuali come legate da un unico *file rouge*.

Ed invero, pur essendo una riforma settoriale e parziale, limitata a specifici campi d'intervento (principalmente, misure cautelari e reati contro la pubblica amministrazione) la stessa mostra una netta linea di politica criminale, deducibile, ad esempio, dalle deroghe alle ipotesi di interrogatorio preventivo.

Da questo punto di vista, allora, l'obiettivo politico criminale è il rafforzamento di talune garanzie, implementate nei loro aspetti teorici ma che, in proiezione applicativa, sembrano destinate ad operare principalmente nei confronti di una determinata e settoriale criminalità, creando una sorta di sotto-sistema normativo.

Il testo di legge, tuttavia, nonostante le nobili premesse teoriche, non brilla per chiarezza espositiva e per la tecnica normativa adoperata.

Sul versante processuale, il legislatore riesuma alcune remote proposte, coeve all'introduzione del nuovo codice di procedura penale o comunque dell'inizio degli

anni 2000, che non sono mai state tradotte in norme operative, per insormontabili difficoltà applicative o per pronunce di incostituzionalità delle norme proposte.

I principi sottostanti alle riforme processuali sul piano costituzionale sono certamente condivisibili e meritano l'attenzione del legislatore, che ricerca l'implementazione di garanzie: tutele della libertà personale, tutela della segretezza delle conversazioni, tutela della riservatezza, connesse ad un'esigenza di razionalizzazione delle impugnazioni.

Eppure, quando dalle meravigliose architetture dei principi si passa alla concreta modalità applicativa, le aspettative rischiano di essere deluse.

Si pensi all'interrogatorio preventivo, norma di per sé discutibile, perché connessa ad un atto a sorpresa come l'applicazione della misura cautelare.

Non vi è dubbio che sul piano teorico è condivisibile l'idea di anticipare il più possibile il contraddittorio con la difesa (in questo caso in senso "atecnico", non essendo prevista l'obbligatorietà della presenza del difensore), quale unico metodo di emersione della verità.

Eppure, quando ci si sofferma sul rischio di reiterazione del reato (e quindi di tutela della collettività) e si bilancia con un interrogatorio con avviso di pochi giorni, in cui impostare affannosamente una completa linea difensiva o, più banalmente, reperire elementi di prova contrari all'accusa, che diversamente ha avuto mesi o anni di indagini già espletate, allora il bilanciamento sembra in parte irragionevole.

Eppure, questa irragionevolezza viene compensata dall'intricata rete di eccezioni alla regola – che forse essa stessa diviene eccezione – che consentono, come perfettamente illustrato nel capitolo dedicato, di ritenere che il nuovo istituto avrà una applicazione molto limitata, per una ristretta cerchia di criminalità e per ipotesi settoriali.

Quindi, non solo appare difficile che l'anticipazione dell'interrogatorio possa considerarsi davvero una forma di garanzia aggiuntiva ma le eccezioni sono tante e tali da far sì che la norma assuma più il valore di manifesto che concreto istituto operativo.

Inoltre, il preteso abuso del sistema cautelare, pur invocato quale una delle esigenze ispiratrici della riforma, non tiene conto dei dati empirici. La relazione relativa all'anno 2023 sull'uso delle misure cautelari registra, rispetto al 2018, una

diminuzione del 15% delle stesse, con grandezze costanti da circa 5 anni.

In questo senso, la "futura" riforma – già legge ma operativa dal 2026 – della natura collegiale del gip appare un'altra disposizione volta maggiormente ad assecondare profili teorici, ignorando le realtà applicative.

Oltre a tutti i concreti rischi segnalati nel presente lavoro, la norma sembra per certi versi porsi in controtendenza con le recenti riforme.

In particolare, la riforma Cartabia (d.lgs. 150/2022) ha aumentato notevolmente gli spazi di intervento del giudice per le indagini preliminari, introducendo plurime finestre giurisdizionali, rispetto alle quale i recenti dati, come già avevano anticipato illustri commentatori, sembrano dimostrare l'incapacità, a risorse invariate, degli uffici ad effettuare un concreto controllo, non solo di tipo formale, vista l'esorbitante mole di lavoro, soprattutto degli uffici distrettuali.

Adesso, con l'introduzione di un giudice di natura collegiale, con moltiplicazione quindi dei procedimenti in cui un singolo magistrato può essere coinvolto, senza in alcun modo incidere sul procedimento di riesame, le incombenze aumentano sensibilmente, senza, almeno *prima facie*, un significativo aumento di garanzie.

Inoltre, la riforma pone l'occasione per chiedersi quale sia il destino della figura del giudice per le indagini preliminari che, nel sistema delle norme sembra destinatario di plurimi poteri di interventi, con annesse responsabilità ma che nel prisma della realtà appare incapace di poterle esercitare efficacemente, non solo per le note carenze di organico a fronte di carichi di lavori imponenti (tenuto conto della commistione tra le figure di GIP e GUP e dell'assenza di specializzazione di questi uffici) ma anche per l'assenza di incisivi poteri di iniziativa e per l'impossibilità di avere un controllo completo del fascicolo delle indagini preliminari.

Dovrà valutarsi, in futuro, quale sarà la scelta da intraprendere: se limitarsi ad un giudice dal carattere formale oppure esplorare la possibilità di un vero giudice delle (e non per le) indagini preliminari che, senza sconfinare nella figura del giudice istruttore, possa, tuttavia, prendere concrete iniziative per bilanciare il potere di indagine del pubblico ministero, senza svilire il progredire delle indagini.

Quest'ultima ipotesi, se ben calibrata dal punto di vista tecnico, ben potrebbe rappresentare un'autentica garanzia per l'indagato, tenuto anche conto dello spostamento, ormai noto, del baricentro del procedimento penale nella fase delle

indagini, visto il principio di completezza delle stesse, di natura costituzionale, e l'irrompere, ormai quasi in ogni indagine significativa, della fonte di prova tecnologica, che impone un contraddittorio anticipato e una maggiore esigenza di garanzia di tutela di taluni principi costituzionali che possono essere lesi da questo tipo di ricerca delle prove.

In questo senso, a fronte della difficoltà evidente di "pareggiare" fin da subito le armi tra difesa e accusa nella fase delle indagini, istanza di ardua realizzazione vista la natura delle indagini, gli interessi coinvolti e la necessità di poter conoscere l'accusa in ogni sua latitudine per poter realmente aversi una difesa tecnica, la presenza di un giudice forte delle indagini potrebbe rappresentare un equilibrato contrappeso ai poteri di iniziativa del Pubblico Ministero.

In questo modo si potrebbe creare una dicotomia, declinabile in diverse latitudini, tra giudice delle indagini e giudice della cognizione, che sopperisca anche all'attuale incapacità dell'udienza preliminare di svolgere una efficace funzione di filtro.

Ugualmente in tema di intercettazioni, il testo di legge sembra partire da premesse più che condivisibili per arrivare, però, a soluzioni parziali e di dubbia efficacia, come più volte sottolineato nel prosieguo del lavoro.

Appare anacronistica, ancora oggi, la sanzione prevista dall'art. 684 c.p. – pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale – che pure nessun legislatore prova a riformare e che, invece, potrebbe rappresentare, a fronte di una severa sanzione (anche con adeguate pene accessorie), più che complessi meccanismi di pubblicazione, un efficace deterrente. Inoltre, come dimostrano anche alcune recenti proposte di legge, il tema della riservatezza si è ormai spostato sul versante del sequestro degli smartphone o comunque dei telefoni cellulari, che contengono una esorbitante quantità di dati sensibili, con annessi rischi di pubblicazioni arbitrarie e illegittime.

In materia di impugnazioni, il legislatore rifugge ancora una volta da una organica riforma per adottare tre modifiche dal sapore più paradigmatico che operativo.

Ed invero, il legislatore accoglie alcune delle istanze delle Avvocature (ma non la richiesta più importante, quella sul mandato ad impugnare) e dall'altro lato esclude il potere di impugnazione del Pubblico Ministero nei procedimenti in cui

l'azione penale è stata esercitata con la citazione diretta.

Sul punto, come dimostrato magistralmente nel capitolo dedicato, il legislatore non sembra essersi confrontato efficacemente con le motivazioni della Corte Costituzionale che già in passato aveva censurato una disposizione dal simile tenore.

Ma vi è di più. Ancora una volta il legislatore, pur partendo da un nobile intento, quello di snellire il numero di procedimenti pendenti dinanzi alla Corte di Appello, autentica emergenza democratica che si riverbera su tutta la giurisdizione penale, non si è confrontato con i dati empirici, che dimostrano l'assoluta esiguità degli appelli proposto dal P.M. per i procedimenti a citazione diretta. Inoltre, il legislatore nuovamente ha assunto un atteggiamento contraddittorio rispetto alle precedenti riforme: la riforma Cartabia aveva tentato (problematicamente, vista poi l'introduzione dell'udienza predibattimentale) di aumentare i procedimenti a citazione diretta per diminuire le udienze preliminari. Ebbene, a fronte, quindi, dell'aumento del perimetro applicativo dell'istituto, che ingloba reati anche di una certa gravità, il legislatore svaluta il rito e la figura del giudice monocratico, escludendo il potere di impugnazione di una delle parti, senza alcuna evidenza empirica; non sono, infatti, statisticamente significativi gli appelli per queste tipologie di reati esercitati dalle Procure.

Le medesime aporie si possono riscontrare sul versante sostanziale.

Come anticipato, i due versanti sono intimamente connessi dal punto di vista politico criminale e condividono le medesime criticità.

Nel capitolo dedicato al tema sono brillantemente illustrate tutte le conseguenze, sistemiche ed empiriche, connesse alla discussa abrogazione del reato di abuso d'ufficio, che ha spinto anche ad una pubblicazione ritardata della legge, nell'attesa dell'entrata in vigore del "nuovo" reato di indebita destinazione di denaro o cose mobili (art. 314-*bis* c.p.), il c.d. "peculato per distrazione".

L'eliminazione dell'abuso di ufficio, come tutti i soggetti chiamati a relazione nel corso del procedimento legislativo avevano ampiamente illustrato, si riverbera su tutte le altre fattispecie penali in materia di reati contro la pubblica amministrazione, causando un complessivo riassestamento della disciplina, vista anche la modifica del reato di traffico d'influenze, con evidenti ripercussioni in tema di rapporti intertemporali.

A giustificare la novità il legislatore, questa volta, ha invocato la scarsa appli-

cazione della fattispecie e soprattutto l'esiguità delle condanne definitive.

Ebbene, per gli studiosi del diritto penale sostanziale è chiaro che una fattispecie penale non ha una funzione meramente sanzionatoria, pur trattandosi di un diritto, quello penale, a necessaria applicazione giudiziaria.

Una fattispecie penale ha una funzione di orientamento culturale – si pensi al pericoloso messaggio di "legalizzazione dell'abuso" – volta ad aggregare consensi intorno ad una incriminazione, in quanto ritenuta lesiva di interessi condivisi di diretta o indiretta natura costituzionale.

Inoltre, la medesima fattispecie svolge, come insegnava Feuerbach, una funzione di prevenzione generale, implicita nella mera esistenza di ogni fattispecie penale (alcuni, in questo caso, preferiscono discorrere di funzione del diritto penale e non della pena): non è il numero delle condanne a misurare la tutela penale, basti pensare che nel caso in esame non è mai diminuito, pur a fronte di esigue condanne, il numero delle denunce.

Il legislatore, in questo caso, mosso da un evidente fine politico-mediatico, ignorando anche le istanze provenienti dagli obblighi assunti dall'Italia in sede internazionale, ha deciso, anziché delimitare ulteriormente l'incriminazione, di abrogare completamente la fattispecie, sottovalutando, quindi, anche i possibili effetti negativi per gli stessi interessi che intendeva tutelare, come la possibile espansione di fattispecie penali ben più gravi e che giustificano mezzi di ricerca della prova più invasivi.

Il risultato complessivo di questo intervento legislativo è quello di un percorso nato per tutelare principi certamente meritevoli di ulteriori tutele che, tuttavia, all'esito dell'analisi probabilmente non troveranno una concreta implementazione, come dimostrano anche le modifiche dell'ordinamento militare.

Come spesso capita nella legislazione in materia penale degli ultimi trent'anni, manca un previo studio empirico della realtà che, prima dei legittimi obiettivi di politica criminale, possa orientare l'agire del legislatore in maniera efficace ed efficiente.

Inoltre, il legislatore dimostra una scarsa conoscenza dei principi e dei problemi che orbitano intorno alla materia dell'organizzazione giudiziaria. Il tema delle piante organiche, della distribuzione degli affari, dei flussi dei procedimenti in entrata in correlazione al numero dei magistrati effettivamente in funzione in un

dato circondario, rappresenta, forse, la frontiera ad oggi che più di tutte potrebbe impattare sul funzionamento della macchina giudiziaria.

La tecnica legislativa tradisce, infine, ancora una volta i principi, di stampo illuministico, della scienza della legislazione per citare Filangieri: eccezioni di eccezioni, richiami, assenza di linearità rispetto ai più recenti interventi normativi, sono tutti mali che purtroppo affliggono la materia penale ormai da troppo tempo, dimostrando spesso una difficoltà a manovrare tutti gli interessi, talvolta confliggenti, che governano il diritto penale nelle sfide della modernità.