

## APPENDICE

### L'effimera vita dell'art. 405 comma 1bis<sup>1</sup>

Come illustrato nell'apposito paragrafo numerose sono state le critiche all'art. 405 comma 1bis, norma tacciata di approssimazione e incongruenza con il sistema. E non a caso si erano levate voci che ne prospettavano l'incostituzionalità; previsione, questa, confermata dal Giudice delle Leggi con la sentenza n. 121 del 2009.

Pur tuttavia, si erano rinvenute soluzioni che, senza arrivare a postulare tale estrema "sanzione", ne avevano prodotto un'interpretazione riduttiva e come tale incapace di incidere sui poteri costituzionalmente attribuiti al pubblico ministero.

In tale ottica si è posto chi ha considerato che la richiesta del P.M. di rinvio a giudizio effettuata dopo la pronuncia della Corte di Cassazione dovesse ritenersi come irregolare. Tuttavia, non sfugge come una simile soluzione potesse presentare degli inconvenienti.

Infatti, l'art. 124 c.p.p. prevede pur sempre l'obbligo di osservanza della norme processuali da parte dei "diversi attori" del procedimento/processo anche laddove la violazione delle norme in questione non comporti nullità o altra sanzione processuale.

Ciò, però, non esclude l'applicabilità, per esempio, di provvedimenti disciplinari a carico del soggetto che ha violato la norma<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Successivamente alla definitiva stesura dell'elaborato è intervenuta la sentenza della Corte Costituzionale n. 121/2009. Al fine di dare conto delle motivazioni alla stessa sottese si è provveduto a redigere la seguente appendice.

<sup>2</sup> In una simile prospettiva anche la giurisprudenza in tema di tardiva iscrizione della notizia di reato e del nome della persona cui il fatto è attribuito nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen. (Cass. Sez. V Sent., 08-04-2008, n. 22340 in CED Cassazione).

Tornando alla specifica questione, la norma è stata rimessa all'attenzione della Corte dal Tribunale di Forlì<sup>3</sup>.

L'ordinanza di remissione ha fatto proprie molte delle osservazioni emerse in dottrina all'indomani della approvazione della norma; ovverosia, la strana commistione tra regola di giudizio dell'archiviazione e regola di valutazione dei gravi indizi di colpevolezza<sup>4</sup> e la compressione della sfera di autonomia nella valutazione dell'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, ben oltre le maglie di elasticità dell'art. 112 Cost. Né, sempre secondo l'ordinanza di remissione, poteva valere "a salvare" la norma la possibilità residua che il g.i.p. ordinasse l'imputazione coatta, malgrado la richiesta di archiviazione<sup>5</sup>.

Tradizionalmente, infatti, si è sempre ritenuto che la pronuncia emessa all'esito del procedimento incidentale *de libertate* non potesse vincolare né il p.m., quanto alle determinazioni relative all'esercizio dell'azione penale, né il giudice dell'udienza preliminare, ai fini del rinvio a

---

<sup>3</sup> Ordinanza del 22 novembre 2007, iscritta al n. 72 del registro ordinanze 2008 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 13, prima serie speciale, dell'anno 2008.

<sup>4</sup> Come affermato dalla sentenza in questione: "La norma sottoposta a scrutinio trascurerebbe, dunque, la circostanza che il sindacato della Corte di Cassazione in ordine ai gravi indizi di colpevolezza, richiesti dall'art. 273 cod. proc. pen., è sempre vincolato alle risultanze investigative considerate dal giudice di merito e delle quali si dà conto nel provvedimento impugnato: con la conseguenza che detto sindacato non comporterebbe di necessità la considerazione di tutti gli elementi indiziari acquisiti nel corso delle indagini, in quanto il giudice del merito potrebbe averne trascurati alcuni nel ragionamento seguito. Il pubblico ministero non potrebbe essere privato, tuttavia, dell'opportunità di far valere tali risultanze, non considerate, nel seguito del procedimento, anzitutto mediante la richiesta di rinvio a giudizio o la citazione a giudizio"

<sup>5</sup> Prosegue sempre l'ordinanza: "la richiesta "obbligata" di archiviazione da parte del pubblico ministero comporterebbe, difatti, «passaggi processuali» che possono risultare privi di giustificazione, in contrasto con le esigenze di economia processuale e con il principio di ragionevole durata del processo, espresso dall'art. 111, secondo comma, Cost.: quali, in specie, la fissazione dell'udienza prevista dall'art. 409, comma 2, cod. proc. pen., l'imputazione coatta o l'indicazione di ulteriori indagini da compiere. Queste, d'altro canto, sarebbero finalizzate unicamente a raccogliere «ulteriori elementi a carico della persona sottoposta alle indagini» – conformemente a quanto prevede la norma impugnata – con conseguente compromissione anche del principio di terzietà del giudice, sancito dallo stesso art. 111, secondo comma, Cost."

giudizio né, ancora, il giudice del dibattimento, con riguardo alla decisione sul merito della regiudicanda<sup>6</sup>.

Inoltre si afferma che il principio di “impermeabilità” del procedimento principale agli esiti del procedimento cautelare non risiede unicamente nella diversità di valutazione operante tra procedimento principale e procedimento incidentale. Esso, come ha fatto notare anche la Corte Costituzionale, rappresenta “anche e soprattutto il naturale riflesso dell'impostazione accusatoria del vigente codice di rito, che riserva alla fase processuale l'accertamento della responsabilità dell'imputato. Tale impostazione rinviene oggi un esplicito referente costituzionale nei principi del “giusto processo” enunciati dall'art. 111 Cost., e segnatamente in quello per cui la prova si forma nel contraddittorio tra le parti, salve le eccezioni prefigurate dal quinto comma del medesimo articolo”. Su tale ultimo inciso, comunque, potrebbero sollevarsi ulteriori valutazioni, legate anche alla esistenza nel nostro ordinamento di norme quali l'art. 238 bis c.p.p.

Continuando a muoversi lungo le coordinate dell'art. 112 Cost. risulta comunque che qualsiasi limitazione allo stesso debba necessariamente essere “ragionevole”.

Tale non è stata ritenuta la previsione in questione.

In primo luogo, in ambito cautelare, la valutazione dei “gravi indizi di colpevolezza” implica un giudizio prognostico di tipo “statico”, in quanto basato sui soli elementi già acquisiti dal pubblico ministero ed essenzialmente funzionale agli scopi della misura, vale a dire alla soddisfazione delle esigenze cautelari allo stato degli atti e durante il procedimento.

---

<sup>6</sup> Interferenze tra procedimento cautelare e procedimento principale erano considerate ammissibili sulla base del cosiddetto principio di assorbimento. Ad esempio il decreto che dispone il giudizio era idoneo ad incidere in modo preclusivo sulla verifica del *fumus commissi delicti*, richiesto ai fini dell'applicazione delle misure cautelari personali (cfr. Corte Cost. n. 71 del 1996). Si rinvia ai capp. 2 e 3 per la ricostruzione della vicenda.

L'art. 125 disp. att. cod. proc. pen. prevede, di contro, che la decisione sull'esercizio dell'azione penale si fondi su una valutazione, come detto nei precedenti paragrafi, di carattere “dinamico”, che tenga conto anche di quanto può ritenersi ragionevolmente acquisibile nella fase dibattimentale, quale sede istituzionalmente preordinata alla formazione della prova nel contraddittorio delle parti e, dunque, ad un possibile sviluppo, in chiave probatoria e ai fini della decisione di merito sulla regiudicanda, degli elementi raccolti in fase investigativa. In altre parole, “la valutazione di tali elementi ha luogo non nell'ottica del risultato dell'azione, ma in quella della superfluità o no dell'accertamento giudiziale e dei suoi precipui obbiettivi, rappresentando la traduzione in chiave accusatoria del principio di non superfluità del processo”.

La gravità indiziaria richiesta dall'art. 273 cod. proc. pen., come appare evidente, è posta a tutela di finalità diverse dalla regola di giudizio dell'archiviazione. Un simile criterio, condivisibilmente con quanto affermato dalla Corte Costituzionale, assume per certi aspetti un significato più rigoroso e per certi altri più debole, “in ragione sia della possibilità che taluni degli atti di indagine unilateralmente acquisiti dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero e considerati per la misura cautelare risultino inutilizzabili in sede di giudizio, sia per l'eventualità che la loro valenza e il loro significato cedano o si trasformino, in uno o altro senso, attraverso la dialettica dell'assunzione probatoria dibattimentale”.

Sotto un secondo profilo, la norma è stata giudicata incongruente in quanto trascurava la diversità, strutturata come fisiologicamente possibile, della base probatoria delle due valutazioni a confronto.

Il pubblico ministero infatti gode di un potere selettivo riguardo agli elementi da sottoporre al giudice della cautela (salvo che per quelli a favore dell'imputato: art. 291, comma 1, cod. proc. pen.). Al contrario, le

determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale debbono essere prese sulla base di tutto il materiale investigativo.

Sempre secondo la Corte Costituzionale “ne deriva che la decisione *de libertate* della Corte di Cassazione può fondarsi su un panorama probatorio diverso e anche più ridotto rispetto a quello da sottoporre al giudice per il controllo su quelle determinazioni. La circostanza, tuttavia, che il pubblico ministero fosse già in possesso di altri elementi, oltre a quelli vagliati in sede di gravame cautelare, atti a dimostrare – eventualmente, anche in modo evidente – la fondatezza della *notitia criminis*, non varrebbe ad escludere, ai sensi della disposizione censurata, l'obbligo di chiedere comunque l'archiviazione: la norma è, difatti, assolutamente chiara nello stabilire che la pronuncia della Corte di Cassazione resta priva di efficacia preclusiva solo qualora l'ulteriore materiale d'accusa sia stato acquisito “successivamente” ad essa. Con la conseguenza che la selezione del materiale allegato alla richiesta di misura cautelare, operata dal pubblico ministero sulla base di un apprezzamento del tutto discrezionale, rischia di avere – a parità di situazioni concrete – un effetto condizionante sull'esercizio o meno dell'azione penale”.

Tutto ciò senza tralasciare le considerazioni già svolte *in sede materiae* sulla natura del controllo effettuato nel corso del giudizio di Cassazione.

Sulla base di queste considerazioni la Corte Costituzionale ha deciso per l'incostituzionalità del comma 1bis dell'art. 405 c.p.p. La norma è stata ritenuta anche causa di un'alterazione della logica dell'istituto dell'archiviazione, che si propone come uno strumento di controllo dell'azione penale. La costruzione di un simile meccanismo di “filtro” che dovrebbe essere propria dell'udienza preliminare urta con tale logica fondante.

Essa avrebbe costretto, infatti, una parte processuale a chiedere un provvedimento negatorio del proprio potere di azione anche quando è ragionevolmente convinta che, alla stregua della regola di giudizio applicabile dal giudice, tale provvedimento non si giustifichi<sup>7</sup>. A sua volta, il giudice, investito della richiesta di archiviazione, sarebbe stato legittimato ad imporre a detta parte proprio la condotta (l'esercizio dell'azione penale) che la norma le vieta di tenere.

Senza considerare che in caso di archiviazione *de plano* il provvedimento rimarrebbe inoppugnabile salvo riapertura delle indagini<sup>8</sup>.

Anche il possibile ricorso all'imputazione coatta non costituisce un rimedio tale da consentire un salvataggio della norma, in quanto meramente eventuale.

Riassunte le argomentazioni poste alla base della declaratoria di incostituzionalità, non può che convenirsi sulla circostanza che la Corte ha messo in atto un'operazione di ortopedia normativa nei confronti di una disposizione sicuramente inutile e foriera di equivoci.

Forse avrebbe potuto adottarsi una soluzione speculare a quella della sentenza 27/95, con una decisione interpretativa di rigetto, oppure reinterpretare in un'ottica – in linea con la sentenza 88/91 – di superfluità del processo l'avverbio “successivamente”, consentendo la non operatività

---

<sup>7</sup> Argomentazioni simili sono adottate da Cordero per negare efficacia preclusiva al provvedimento di archiviazione (cfr. cap. 2).

<sup>8</sup> Secondo la Corte; “si manifesta, di conseguenza, una ingiustificata disparità di trattamento fra fattispecie identiche sul piano sostanziale. A parità di condizioni, le scelte del pubblico ministero in punto di iniziative cautelari (richiesta o meno della misura, selezione del materiale, esaurimento dei gradi di impugnazione) e la motivazione del provvedimento *de libertate* possono condizionare l'assetto del potere di azione. A seconda dei casi, l'organo dell'accusa, pur volendosi determinare all'esercizio dell'azione penale non ostante il “giudicato cautelare” per esso negativo, si troverà costretto a chiedere l'archiviazione, senza potersi dolere in alcun modo del provvedimento del giudice che la disponga; ovvero, in difetto di proprie iniziative cautelari, potrà esercitare senza alcun impedimento tale azione: sicché, ove si tratti di reato per il quale è prevista la citazione diretta, vedrà senz'altro soddisfatta la sua pretesa all'instaurazione del processo; mentre, quando si tratti di reato per il quale è prevista l'udienza preliminare, potrà comunque fruire del diritto di impugnare l'eventuale sentenza di non luogo a procedere (art. 428 cod. proc. pen.)”.

della norma anche nel caso di elementi non oggetto di *discovery* all'atto della richiesta cautelare, ma pur tuttavia in grado di determinare una valutazione di "non superfluità". In tale ultimo caso, l'ambito di applicazione sarebbe stato ristretto a casi limite nei quali realmente l'esercizio dell'azione penale può sembrare superfluo.

Ma più probabilmente l'intervento del Giudice delle Leggi ha voluto essere un monito al Legislatore ad astenersi dall'innestare nel Codice norme prive di connessione sistematica con le altre previsioni.

E forse anche la miglior via per garantire l'uniformità dell'applicazione del diritto nei confronti dei cittadini, in questo caso, è stata raggiunta grazie alla Corte Costituzionale, senza dover attendere il formarsi di un consolidato orientamento da parte della giustizia ordinaria in un ambito così delicato.