

# OPAC Polo Giuridico SBN

Catalogo  
Biblioteca Centrale Giuridica  
Ministero della Giustizia



bollettino novità



help



indietro avanti

nuova ricerca

> 1 di 1

**LO TROVI IN -->** Biblioteca Centrale Giuridica

Testo a stampa (moderno)

Monografia

Descrizione La \*nuova disciplina delle impugnazioni dopo la legge Recorella / Alfredo Gaito ; contributi di Agostino De Caro ... [et al.]  
Torino : UTET Giuridica, ©2006  
IX, 291 p. ; 24 cm.

Collana Il diritto attuale

Autore Gaito, Alfredo <1951- >

*Note, bibliografia e oggetti digitali*

Autore secondario De Caro, Agostino

*Note, bibliografia e oggetti digitali*

Nuovo Soggettario Firenze Impugnazioni penali - Italia

Ricorso per cassazione penale - Italia

Classificazione Dewey 345.45075 PROCEDURA PROCESSUALE (Include allocazione del giudice alla giuria, escussione dei testimoni, giurie e scelta della giuria, verdetti della giuria)

Anno pubblicazione 2006

Codice SBN URB0593333

BNI 2007-9901

ISBN 8859800587

9788859800583

nuova ricerca



**Alfredo Gaito**

ESEMPLARI FUORI COMMERCIO PER IL DEPOSITO  
LEGALE AGLI EFFETTI DELLA LEGGE  
15 APRILE 2004, N. 106

## **La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"**

*contributi di*

Agostino De Caro, Pierpaolo Dell'Anno, Alfredo Guardiano,  
Vincenzo Garofoli, Carlo Fiorio, Giovanni Dean, Giulio Garuti,  
Alfredo Bargi, Ciro Santoriello, Mariangela Montagna,  
Giorgio Spangher, Alfredo Gaito

**UTET**  
GIURIDICA

## Capitolo Secondo

### **"ARCHIVIAZIONE CAUTELARE" E CONSEGUENTI PROBLEMI OPERATIVI**

di Pierpaolo Dell'Anno

**SOMMARIO:** 1. Premessa. -- 2. L'apparente necessità di un giudizio davanti alla Corte di cassazione. -- 3. Archiviazione "cautelare" e effetti preclusivi. -- 4. Presupposti operativi per la produzione di effetti preclusivi e problemi interpretativi.

#### **1. Premessa**

L'interpretazione del disposto di cui al co. 1° bis dell'art. 405 c.p.p., così come introdotto dall'art. 3, l. 20.2.2006, n. 46, solleva interrogativi correlati, non solo alla pratica operatività della previsione in esso contenuta, ma all'inquadramento della stessa nel sistema normativo generale, in particolare sotto il profilo della consonanza con i principi costituzionali vigenti.

Per valutare la portata e l'incidenza concreta che potrà avere la previsione secondo cui *"il pubblico ministero, al termine delle indagini, formula richiesta di archiviazione quando la Corte di cassazione si è pronunciata in ordine all'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, ai sensi dell'art. 273, c.p.p., e non sono stati acquisiti, successivamente, ulteriori elementi a carico della persona sottoposta alle indagini"* occorre anzitutto chiarire il contenuto del riferimento normativo al giudizio di cassazione in ordine ai gravi indizi di colpevolezza, avendo presente i limiti che, soprattutto la giurisprudenza di legittimità, ha individuato in tema di ricorribilità dei provvedimenti cautelari.

Deve cioè verificarsi quale possa essere il significato attribuibile al richiamo, contenuto nella norma, ad una pronuncia sulla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza ad opera della Corte di Cassazione, avendo presente che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, il giudice di legittimità è chiamato esclusivamente a censurare i vizi di motivazione risultanti dal testo del provvedimento impugnato, controllando solo la congruenza logica e la completezza dell'apparato argomentativo che collega la premessa costituita dall'indizio o dagli indizi e la conclusione nella quale si sostanzia il giudizio di probabile colpevolezza del prevenuto, senza poter attingere al profilo di merito, quindi, il giudizio ricostruttivo del fatto compiuto dal giudice, gli argomenti sui quali ha fondato la valutazione di attendibilità delle fonti, la rilevanza e la conclusione

dei risultati del materiale probatorio, sempre che la motivazione risulti adeguata ed esente da errori logici o giuridici<sup>1</sup>.

L'ulteriore questione che la nuova previsione pone concerne l'applicabilità, al di là della lettera della legge, non suscettibile di eccessivo affidamento, della disciplina in essa contenuta alle ipotesi nelle quali, per qualsivoglia ragione, il procedimento incidentale cautelare non abbia a interessare il giudice di legittimità, fermandosi al momento del controllo da parte del cosiddetto Tribunale della Libertà o, addirittura, alla fase antecedente, della selezione della richiesta da parte del giudice investito della medesima.

In una diversa prospettiva, e cioè avendo riguardo al sistema di norme che delineano la funzione del processo penale e della sua generale ragion d'essere, l'interprete ha il compito di stabilire se e in quali limiti, al di là della perentorietà dell'espressione usata, effettivamente operi quella che appare configurata come vera e propria preclusione all'esercizio dell'azione penale, avendo riguardo ai presupposti che ne condizionano la ricorrenza e soprattutto ai rimedi eventualmente esperibili in caso di violazione, avvalendosi in questa interpretazione ermenutica anche delle indicazioni provenienti dalle ipotesi codificate di definizione del procedimento con provvedimenti "*rebus sic stantibus*"<sup>2</sup>.

La questione appena evocata appare centrale soprattutto ove si abbia a considerare la difficoltà operativa di individuare presupposti e limiti per l'operatività del divieto, in relazione al concetto di "elementi a carico" e, conseguentemente, l'ambito di delibazione attribuito all'organo giudiziario che nei diversi momenti è chiamato ad apprezzarne la ricorrenza.

In questa ottica, l'attenzione deve essere rivolta, più che allo studio del significato, del contenuto e dei presupposti della richiesta di archiviazione conseguente all'intervento della Corte di Cassazione in tema di gravi indizi di colpevolezza,

<sup>1</sup> In giurisprudenza, nel senso della sicura limitazione della verifica di legittimità al riscontro della esistenza di una motivazione logica in ordine ai diversi punti del provvedimento impugnato, senza alcuna possibilità di verifica sul merito dell'adeguatezza delle argomentazioni di cui il giudice si è servito per supportare il proprio convincimento, prima della riforma normativa in tema di misure cautelari introdotta dalla l. 8.8.1995, n. 332, Cass., sez. V, 9.9.1991, Mercuri, in *RP*, 1992, 600. Nel medesimo senso, dopo la riforma evocata, osservando che una volta che il giudice abbia coordinato logicamente gli atti sottoposti alla sua verifica, non è legittimo opporre che i medesimi si prestavano a una diversa lettura o interpretazione (Cass., Sez. Un., 14.12.1995, Mannino, in *Mass Lff.*, n. 202903). Tra le primissime applicazioni della nuova disciplina normativa in tema di estensione dell'ambito di controllo del vizio motivazionale in cassazione, a seguito della modifica normativa della lettera e dell'art. 606 c.p.p., per come introdotta dall'art. 8, l. 20.2.2006, n. 46, si segnala nella medesima prospettiva, Cass., Sez. VI, 15.3.2006, Casula, La sentenza appare riportata sostanzialmente nella sua interezza da Adorno, *La richiesta "ovatta" di archiviazione, in Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, Trento, 2006, 53 e 54, nota n. 72.

<sup>2</sup> Ci si riferisce al meccanismo procedimentale delineato dall'art. 414 c.p.p.

vazione risulti adeguata  
me l'applicabilità, al di  
ffidamento, della disci-  
oglia ragione, il proce-  
giudice di legittimità,  
ldetto Tribunale della  
one della richiesta da

erna di norme che de-  
erale ragion d'essere,  
hà della perentorietà  
are configurata come  
<sup>3</sup>, avendo riguardo ai  
to ai rimedi eventual-  
ta interpretazione er-  
i codificate di defni-  
*ribus*"<sup>2</sup>.

Ove si abbia a consi-  
miti per l'operatività  
, conseguentemente,  
rei diversi momenti è  
lo studio del signifi-  
viazione consequen-  
dizi di colpevolezza,

legittimità al riscontro  
l'provvedimento impu-  
lle argomentazioni di  
a della riforma norma-  
tass., sez. V, 9.9.1991,  
cata, osserveranno che  
osti alla sua verifica,  
tura o interpretazione  
inissime applicazioni  
ontrollo del vizio mo-  
a e dell'art. 606 c.p.p.,  
na prospettiva, Cass.,  
nella sua interezza da  
*azioni penali e regole*  
p.p.

alla verifica circa la possibilità di individuare, in via interpretativa, gli effetti procedimentali rilevanti, sotto il profilo degli esiti dell'accertamento in ordine alla responsabilità, dell'eventuale violazione dell'obbligo di inazione in costanza dei relativi presupposti.

In altri termini, la correttezza dell'opzione interpretativa che attribuisce alla previsione di cui all'art. 405, co. 1° *bis*, c.p.p., il significato di una vera e propria preclusione all'esercizio dell'azione penale va verificata in base all'individuazione delle possibili conseguenze derivanti, sul piano processuale, dall'instaurazione di un processo in violazione del divieto espresso dalla norma esaminata, per l'ovvia ragione che, in assenza di queste, la preclusione è sostanzialmente priva di effettività.

Il tutto, nell'ambito di una difficoltà interpretativa evidentemente accresciuta dall'operatività e dall'inserimento della regola in questione nel delicato e peculiare settore dei rapporti tra procedimento cautelare e procedimento principale, avendo soprattutto riferimento alle problematiche in tema di coordinamento tra delibazione di contenuto e funzione affatto diverse.

## 2. L'apparente necessità di un giudizio dinanzi alla Corte di Cassazione

I problemi correlabili al giudizio di cassazione sui provvedimenti cautelari non possono, evidentemente, anche e soprattutto in ragione della contestualità normativa, non essere affrontati avendo riferimento, sia pure ai soli fini che in questa sede interessano, alla intervenuta modifica del contenuto della lett. e) del 1° co. dell'art. 606 c.p.p. in tema di vizio di motivazione censurabile attraverso il ricorso per cassazione.

Vizio che, alla stregua dei molteplici approfondimenti dottrinali e giurisprudenziali intervenuti sul punto, deve indubbiamente dirsi censurabile anche quando afferente a provvedimenti cautelari, configurandosi il medesimo quale violazione di legge menzionata dal disposto dell'art. 311 c.p.p. in tema di ricorso immediato per cassazione, così diversificandosi tale disciplina rispetto a quella dettata dall'art. 569 c.p.p. in via specifica ed esclusiva con riferimento al ricorso *per saltum* avverso sentenze<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Dopo una iniziale incertezza in ordine alla possibilità o meno di ricondurre l'espressione normativa "violazione di legge" al vizio di mancanza o manifesta illogicità della motivazione, la cassazione (Cass., Sez. Un., 26.2.1991, Bruno, in *GP*, 1992, III, 337, con nota DELL'ANNO, *Ricorso per saltum e vizi di motivazione dell'ordinanza di custodia cautelare*) ha affermato, anche in considerazione di una disamina interpretativa che tiene in considerazione i precedenti storici della norma in esame, il principio secondo il quale, la mancanza di motivazione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare costituisce sicuramente violazione di legge e può dar luogo a

Ciò, peraltro, per la ritenuta necessità di assegnare all'espressione normativa "violazione di legge" richiamata dall'art. 311 c.p.p. un significato coerente e compatibile con quello proprio dell'art. 111 Cost. che assegna all'istituto del ricorso per cassazione il valore di mezzo di impugnazione "minimo" e, comunque, garantito dall'ordinamento avverso sentenze e provvedimenti giurisdizionali in tema di libertà personale.

Coerenza e compatibilità tanto più necessari, quanto più si abbia a considerare che tale previsione normativa è significativamente inserita subito dopo quella in tema di obbligo di motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali<sup>4</sup>.

Se la correlazione tra obbligo di motivazione e ricorribilità per cassazione per violazione di legge, da un lato indubbiamente configura l'impugnazione in questione anche quale rimedio volto ad ovviare all'ingiustizia del provvedimento censurato, sotto altro profilo deve comunque essere considerata in ragione della normativa dettata per tracciare i confini dell'estensione del controllo rimesso alla Corte Suprema.

In questa prospettiva la pur fondamentale innovazione concernente l'ambito contenutistico del vizio di motivazione apportata dall'intervenuta modificazione del disposto della lett. e) del 1° co. dell'art. 606 c.p.p., non sembra poter condurre a conclusioni interpretative particolarmente innovative e, quindi, di ausilio all'operazione ermeneutica che in questa sede interessa.

Invero, pur essendo attualmente legittime censure concernenti la contraddittorietà della motivazione, ovvero la sua mancanza o manifesta illogicità e, pur potendo i vizi in questione essere desunti, oltre che dal testo del provvedimento impugnato, anche da altri atti del procedimento purché specificamente indicati nel ricorso, è tuttavia doveroso dar conto che, anche a fronte di tale ampliamento, rimane ferma l'esclusione di ogni possibilità di sindacato sul merito delle valutazioni effettuate dal giudice nel provvedimento cautelare impugnato che, pertanto, continua ad essere censurabile solo quanto alle modalità attraverso le quali dà conto, sotto il profilo argomentativo, della scelta effettuata<sup>5</sup>.

ricorso immediato per cassazione ai sensi dell'art. 311, 2° co., c.p.p., giacché la disposizione dell'art. 569 c.p.p. concerne esclusivamente le sentenze e non già i provvedimenti coercitivi.

<sup>4</sup> Sottolinea la significatività della correlazione tra quelli che nella originaria formulazione dell'art. 111 Cost. erano il 1° e il 2° co. della disposizione, pur assegnando all'obbligo di motivazione costituzionalmente imposto, contenuto e portata più ridotti rispetto a quello derivante dalle norme di carattere processualpenalistico. DENTI, *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branchi, Zanichelli, Tomo IV, art. 111-113, "La magistratura", 7 e ss.

<sup>5</sup> In questo senso, Cass., sez. VI, 15/3/2006, cit., là dove è espressamente affermato che non è sufficiente che gli atti del processo oggetto di evocazione ad opera del ricorrente allo scopo di attestare la mancanza, illogicità o contraddittorietà della motivazione, "siano semplicemente contrastanti con particolari accertamenti e valutazioni del ricorrente o con la sua ricostruzio-

ressione normativa  
nificato coerente e  
ra all'istituto del ri-  
vino" e, comunque,  
di giurisdizionali in  
abbia a considerare  
bito dopo quella in  
sdizionali<sup>4</sup>.

per cassazione per  
pugnazione in que-  
del provvedimento  
ata in ragione della  
controllo rimesso

ncernente l'ambito  
nuta modificazione  
mbra poter condur-  
; quindi, di ausilio

nti la contradditto-  
illogicità e, pur po-  
del provvedimento  
fficacemente indicati  
di tale ampliamen-  
o sul merito delle  
re impugnato che,  
odalità attraverso  
effettuata<sup>5</sup>.

acché la disposizione  
vedimenti coercitivi.  
ginaria formulazione  
do all'obbligo di mo-  
tpetto a quello deri-  
vato dalla Costituzione", 7 e ss.  
; affermato che non è  
corrente allo scopo di  
siano semplicemente  
on la sua ricostruzio-

Chiarito che al giudizio di cassazione, anche attualmente, è connaturale tale fondamentale limitazione, costituente, peraltro, il risultato di profonde riflessioni del legislatore processualpenalistico del 1989, esplicito nell'attribuire al giudizio di cassazione un ruolo affatto diverso rispetto a quello proprio della medesima Corte di Cassazione nel sistema previgente<sup>6</sup>, è possibile affrontare con sufficiente tranquillità la questione posta dalla lettera della norma che, quale presupposto dell'obbligo di archiviazione, individua la pronuncia della cassazione sui gravi indizi di colpevolezza.

In particolare, se è vero che il controllo di cassazione in tema di provvedimenti cautelari personali può legittimamente investire le modalità espositive della decisione, deve essere seriamente affrontata, sotto il profilo interpretativo, la questione relativa alla possibilità di intendere la norma nel senso del suo riferirsi non già alla necessità che tale giudizio intervenga, ma, assai diversamente, all'esaurirsi del procedimento incidentale *de libertate*, senza cioè distinguere, sotto il profilo delle conseguenze, le ipotesi in cui il procedimento abbia a terminare con l'intervento della cassazione da quelle in cui detto intervento sia mancante per qualsivoglia ragione, arrestandosi dinanzi al giudice investito della richiesta in tema di misura cautelare, ovvero dinanzi al "Tribunale della Libertà", determinandosi anche in questi casi il cosiddetto "*giudicato cautelare*"<sup>7</sup>.

ne complessiva e finale dei fatti e delle responsabilità né che siano astrattamente idonei a fornire una ricostruzione più persuasiva di quella fatta propria dal giudicante. Occorre invece che gli atti del processo su cui fa leva il ricorrente per sostenere l'esistenza di un vizio della motivazione siano autonomamente dotati di una forza esplicativa tale che la loro rappresentazione disarticoli l'intero ragionamento svolto dal giudicante e determini al suo interno ragioni incompatibili così da vanificare o da rendere manifestamente incongrua o contraddittoria la motivazione...

Nessun dubbio, quindi, in ordine alla sicura annoverabilità del vizio motivazionale per come attualmente descritto dalla disciplina processualpenalistica, nell'ambito di quelli che prendono in considerazione, così come significativamente osservato in dottrina, non già la giustezza di una decisione ma, assai diversamente, il modo attraverso il quale si è pervenuti alla sua emanazione, potendosi al più pervenire, in ipotesi di riscontrato vizio correlabile a tale secondo aspetto, alla mera riformulazione del giudizio e non già alla sostituzione con altra delibazione (così, emblematicamente, TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991, 126-130).

<sup>6</sup> In questa ottica, è il caso di sottolineare come in sede di lavori preparatori all'attuale codice di procedura penale (cfr. Relazione al progetto preliminare, 132 e 133), la modifica normativa in tema di vizio di motivazione ricorribile in cassazione, là dove la lettera e) dell'art. 606 c.p.p. consente, al di là della previsione della mancanza di motivazione quale ipotesi di nullità ai sensi della lettera c), la diretta censurabilità del vizio in questione, è stata funzionalmente introdotta proprio all'esplicito scopo di eliminare per quanto possibile attraverso lo strumento normativo, vistosi difetti riscontrati nel vigore della pregressa normativa, nel funzionamento dell'istituto, costituiti dall'indebita ingerenza della Corte di Cassazione nel controllo sul merito del provvedimento e tali da allontanarla dalle funzioni istituzionalmente devolute, configurandola indebitamente e "decisamente quale giudice di terza istanza".

<sup>7</sup> Nell'ambito di una letteratura assai ampia, si segnalano sul punto: MARZADURI, *Misure cau-*

Al proposito, va riaffermato l'aspetto qualitativo del giudizio della cassazione in tema di provvedimenti cautelari, poiché la ribadita volontà del giudice di legittimità di escludere che il suo intervento possa in alcun modo investire il merito del giudizio cautelare in ordine al presupposto costituito dai gravi indizi di colpevolezza conferma la validità di una opzione interpretativa che prescinde dal dato formale costituito dall'intervento della Corte di Cassazione.

In tale prospettiva, quindi, al di là dei discutibili interventi del legislatore nell'ambito dei lavori preparatori che hanno preceduto la previsione normativa oggetto di disamina<sup>8</sup>, l'espresso richiamo alla pronuncia della Corte di Cassazione non vale a far ritenere necessario l'esperarsi del relativo rimedio, ma piuttosto a suggerire l'indispensabilità di una pronuncia cautelare atrestando, allo stato degli atti, l'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza.

Ciò, a meno di non voler ritenere che l'intervento normativo in questione si inserisca inutilmente, secondo il significato appunto assertivamente attribuibile alla *voluntas legis* in un sistema normativo completamente dissonante e deponente, alla stregua della richiamata unanime interpretazione, in senso affatto opposto. Del resto, occorre tener presente come, diversamente opinando, in costanza della genericità della formulazione normativa, risulterebbe francamente difficile immaginare la ragione per la quale, un intervento della Corte di Cassazione sen-

---

*telari personali*, in *Digesto/pen.*, vol. VII, Torino, 1994, 84; GARRO, *Proroga e rinnovazione*, in *Materiali di esercitazione per un corso di procedura penale*, a cura di Gaito, Padova, 1995, 130; LORUSSO, *Una impropria utilizzazione del concetto di giudicato penale: il così detto *ne bis in idem cautelare**, in *CP*, 1994, 648.

In giurisprudenza, evidenza espressamente ed emblematicamente la *ratio* che ha giustificato il non facile riconoscimento dell'operatività del principio del *ne bis in idem* anche in materia cautelare, nell'esigenza di evitare, a fronte di una immutata situazione fattuale, una illimitata reiterazione dei provvedimenti e richieste di revoca, incompatibile con l'economia processuale, Cass., Sez. Un., 12.10.1993. Durante, in *CP*, 1994, 283, con nota di VASSICHELLI.

<sup>8</sup> Al proposito, appare interessante avere riferimento, proprio al fine di attestare un certo inegabile tasso di genericità che ha connotato il legislatore nella introduzione della norma in esame, alla presentazione, in data 28 settembre 2004, della proposta di legge n. 5031 di iniziativa dei deputati Siniscalchi, Annunziata e Grilino (cfr. Atti XI legislatura, Camera dei Deputati), là dove veniva proposta, isolatamente, l'introduzione della medesima previsione ("Il pubblico ministero richiede l'archiviazione a seguito di pronuncia della Corte di cassazione in ordine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, ai sensi dell'art. 273, qualora non siano stati acquisiti, successivamente alla pronuncia medesima, ulteriori elementi a carico della persona sottoposta alle indagini") poi sostanzialmente confluita, alla stregua dell'attuale formulazione del co. 1° *bis* dell'art. 405 c.p.p. nell'art. 3, l. 20.2.2006, n. 46.

È interessante segnalare come si affermasse espressamente in quel contesto che "La Corte di Cassazione è chiamata frequentemente a valutare la consistenza indiziaria, in ordine alla verifica dei gravi indizi di colpevolezza, nell'ambito del procedimento cautelare (ai sensi dell'art. 311 del codice di procedura penale)". In dottrina, sulla funzione assegnata all'Istituto dal legislatore, BRICHERTI-PISTORELLI, *Suprema Corte, vincolo inamovibile per il p.m.*, in *GiDir*, 2006, fasc. 10, 62.



lla cassazione in giudice di legittimazione il merito ravvi indizi di colpevolezza prescinda dalle.

gistratore nell'ammovativa oggetto Cassazione non a piuttosto a suggerito degli

n questione si inre attribuite alla nte e deponente, , affatto opposto. , in costanza delrente difficile imCassazione sem-

le rinnovazione, in fatto, Padova, 1995, vale: *il così detto me*

che ha giustificato me anche in materia tuale, una illimitata conomia processua-SCHEMILI.

i attestare un certo luzione della norma di legge n. 5031 di slatura, Camera dei edesima previsione a Corte di cassazione art. 273, qualora iori elementi a cartella stregua dell'art. 3, n. 46.

sto che "La Corte di a, in ordine alla vere (ai sensi dell'art. 1 all'istituto dal legi-2 m., in *GDDir*, 2006,

llamente attestante la inammissibilità del ricorso interposto dall'organo del-azione, magari perché basato su motivi manifestamente infondati, possa conferire una grado di stabilità maggiore al provvedimento cautelare annullato rispetto all'intervento del Tribunale del riesame attestante la insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e, quindi, del presupposto primario per la restrizione della libertà personale.<sup>9</sup>

Nella medesima prospettiva "qualitativa" non è dato comprendere perché mai dovrebbe essere segno di maggior attendibilità un provvedimento del giudice di legittimità che certiffichi, sia pure nell'ottica dell'attuale disciplina in tema di vizio motivazionale, la sussistenza di un'argomentazione giustificativa indenne da censura in tema di completezza e logicità.

In altri termini, ragioni di coerenza del sistema impongono di ritenere che, anche nei casi in cui il procedimento cautelare non conosca l'intervento del giudice di legittimità, in costanza della identità di situazioni attestanti un giudizio negativo in ordine alla "qualificata probabilità" della emanazione di una successiva sentenza di condanna<sup>10</sup>, sotto il profilo del presupposto procedimentale, deve rite-

<sup>9</sup> Ed invero, senza alcuna pretesa di esauritività rispetto a un tema tanto complesso, sul punto appare sufficiente considerare come per definizione dottrinarla, la sanzione della inammissibilità si caratterizza sotto il profilo processuale dinamico come recepita un vizio formale della domanda della parte, tale da inibire la delibazione sul merito della medesima (in questo senso, LEONE, *Sistema delle impugnazioni penali*, parte generale, Napoli, 1935, 142, secondo il quale l'inammissibilità configura quale "particolare pronuncia del giudice con la quale si dichiara che si può provvedere sulla domanda per difetto delle condizioni di ammissibilità della domanda (requisiti di esistenza e validità del rapporto processuale e requisiti per la trattazione e decisione in merito)". Evidente, quindi, nell'ipotesi di specie, l'assoluta problematicità di conciliare gli auspici espressi dal legislatore nella introduzione della previsione normativa oggetto di attenzione in questa sede con il compito concretamente attribuito alla cassazione.

<sup>10</sup> La correlazione tra gravità indiziaria ai fini della limitazione provvisoria della libertà personale e prognosi dibattimentale di colpevolezza è fra l'altro significativamente operata dalla Corte cost. (in particolare, con la sentenza n. 314 del 1996, in *CP*, 1997, 1266, con nota di NEGRI), evidenziandosi la necessità di presumere, in riferimento alla piattaforma decisoria esaminata, la rilevante probabilità di condanna funzionalmente diretta a evitare limitazioni ingiuste di una libertà fondamentale.

In dottrina, sul punto, nell'ambito di una compiuta disamina del rapporto tra procedimento incidentale *de libertate* e problematiche relative alla prova, NEGRI, *Fumus commissi delicti*.

La prova *delle fatiispecie cautelari*, Torino, 2004, 256 e ss.

In ordine al significato attribuito al disposto del co. 1° bis dell'art. 273 c.p.p. per come inserito nella disposizione in questione dall'art. 11, l. 1.3.2001, n. 63 (attuativa dei principi costituzionali in tema di "giusto processo") che espressamente prevede la necessità per l'interprete di una valutazione dei gravi indizi di colpevolezza.

Alla stregua di alcune delle regole probatorie (artt. 192, 3° e 4° co., 195, 7° co., 203 e 271, 1° co., c.p.p.) dettate per la delibazione giurisdizionale sul merito dell'accusa formulata, si segnalano, problematicamente, SPANGHER, *Più rigore e legalità nella valutazione degli indizi per l'applicazione delle misure cautelari personali*, in AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme*

nersi ugualmente operante il disposto dell'attuale art. 405, co. 1° *bis*, c.p.p. nella parte in cui correla al formarsi di un "giudicato cautelare" favorevole al soggetto passivo dell'accertamento penale il sorgere della inibizione procedurale all'esercizio dell'azione penale.

Inibizione che, ovviamente, sempre in ragione della identità dei presupposti, non potrà non determinarsi anche nell'ipotesi in cui il "giudicato cautelare" favorevole al soggetto passivo dell'accertamento penale costituisca espressione ultima di un provvedimento di rivisitazione, *sub specie* di revoca, che tenga conto degli elementi sopravvenuti rispetto alla situazione fattuale presa in considerazione dall'originaria ordinanza applicativa della misura restrittiva della libertà personale<sup>11</sup>.

Ad ulteriore e definitiva riprova della validità interpretativa della soluzione prescelta occorre rilevare che, diversamente opinando, e ritenendo quindi necessario, ai fini della operatività della inibizione in discorso, l'intervento della Corte di Cassazione, si finirebbe con l'attribuire al pubblico ministero il potere di determinare, sia pure sulla scorta di valutazioni caratterizzate da discrezionalità tecnica in ordine alla necessità di impugnare il provvedimento cautelare favorevole alla persona sottoposta a indagini, l'esercizio del meccanismo preclusivo al suo successivo eventuale indirizzarsi all'esercizio dell'azione penale in difetto di elementi di novità<sup>12</sup>. Si tratta di un'attribuzione che, anche a voler prescindere da ogni diversa considerazione, all'evidenza si appaleserebbe affatto contraria a logica e sistema e meritevole di censure per la sua palese irragionevolezza, rimettendo assurdamente alla volontà della parte interessata negativamente da-

*sulla formazione e valutazione della prova (Legge 1 marzo 2001, n. 63)*, a cura di Tomini, Padova, 2001, 441 e ss.

<sup>11</sup> In verità, l'espressa riconduzione normativa della revoca delle misure cautelari ai casi di estinzione, unitamente alla semplice lettura del 1° co. della disposizione di cui all'art. 299 c.p.p., là dove la medesima correla la revoca immediata delle misure anche alla emersione di fatti sopravvenuti attestanti la mancanza delle condizioni di applicabilità, così incontestabilmente imponendo una revoca *ex officio* ogni qual volta risultino appunto comunque mancati tali condizioni (tra le quali, evidentemente, anche quelle in tema di gravi indizi di colpevolezza), rende possibile il ricorso al concetto di "giudicato cautelare" solo nella prima delle ipotesi appena considerate.

<sup>12</sup> Si pensi, emblematicamente, alla ipotesi nella quale il pubblico ministero, a fronte dell'annullamento di una ordinanza cautelare disposta in sede di riesame dal relativo tribunale per asserito difetto del presupposto dei gravi indizi di colpevolezza, si astenga, in ragione di una prognosi in tema dei tempi necessari per la fissazione della udienza relativa alla trattazione del relativo ricorso per cassazione dalla proposizione del medesimo in ragione dell'essere stato l'originario provvedimento ancorato al presupposto temporale, *ex art. 292, 2° co.*, lett. *d*) c.p.p., della necessità, temporaneamente delimitata di salvaguardare l'esigenza cautelare di cui alla lettera *a*) dell'art. 274 c.p.p.

c.p.p. nella  
 al soggetto  
 ale all'eser-  
 c.p.p. nella  
 al soggetto  
 ale all'eser-  
 pposti, non  
 "pre" favore-  
 ione ultima  
 conto degli  
 siderazione  
 età perso-  
 uzione pre-  
 di necessa-  
 lla Corte di  
 re di deter-  
 onalità tec-  
 favorevole  
 esclusivo al  
 3 in difetto  
 rescindere  
 o contraria  
 nevolezza,  
 amente da-  
 ra di Tonini,  
 ari ai casi di  
 i all'art. 299  
 la emersione  
 ì incontestata-  
 unque man-  
 dizi di colpe-  
 1 prima delle  
 onte dell'ar-  
 ribunale per  
 gione di una  
 a trattazione  
 e dell'essere  
 p co., lett. d)  
 trelare di cui

gli effetti di un meccanismo procedurale preclusivo l'attivazione di quest'ultimo.<sup>13</sup>

Alla stregua delle considerazioni fin qui sviluppate, giova peraltro osservare come l'individuazione del "giudicato cautelare" favorevole al soggetto passivo dell'accertamento penale, quale presupposto formale ed essenziale dell'attivazione del meccanismo preclusivo all'eventuale successivo esercizio dell'azione penale, imponga, sul piano interpretativo, di conciliare la transitorietà del meccanismo procedurale *de quo*, per come incontestabilmente desumibile dalla lettera della norma, con la formazione di una preclusione, anch'essa per definizione "transitoria" e rinnovabile sulla scorta di emergenze indiziarie ulteriori e di segno opposto rispetto a quelle che avevano determinato il sorgere dell'effetto preclusivo.<sup>14</sup>

Si consideri, sotto tale ultimo profilo, la portata più ridotta, sul versante dell'effetto preclusivo, del "giudicato cautelare" rispetto alla vera e propria "cosa giudicata" normativamente prevista dall'art. 649 c.p.p., il che determina, quale significativa conseguenza, che il primo ha una portata limitata allo stato degli atti e, comunque, correlata non già alle questioni deducibili, ma assai diversamente, a quelle effettivamente dedotte, esplicitamente o implicitamente nei provvedimenti cautelari, in-

<sup>13</sup> In questa ottica, ADORNO, *La richiesta "coatta", op. cit.*, 51 e 52, pur affermando che la norma *de qua* esige e si correla a un "giudicato cautelare qualificato, lasciando intendere che non sarebbe sufficiente una decisione non impugnata dal tribunale in sede di riesame o di appello", nel respingere la tesi circa la sufficienza, al fine dell'attivazione del meccanismo di cui all'attuale art. 1° bis dell'art. 405 c.p.p., di una decisione della cassazione che si limiti ad attestare l'irriducibilità del ricorso, precisa comunque significativamente che "occorrerebbe spiegare come mai il pubblico ministero, che abbia lasciato scadere i termini per proporre ricorso per cassazione contro una decisione del tribunale, emessa a norma degli artt. 309 e 310 c.p.p. sia svincolato dall'obbligo di chiedere l'archiviazione, ma solo fino a quando, avendo deciso, sia pure tardivamente, di proporre impugnazione, abbia visto dichiarare la stessa inammissibile".

Preoccupazione certamente corretta e legittima, la cui ratio appare peraltro, a parere di chi scrive, tale da potere anche giustificare la ritenuta idoneità, al fine dell'attivazione del meccanismo *de quo*, del formarsi del giudicato cautelare a prescindere dall'intervento effettivo della cassazione.

In senso conforme alla conclusione adottata nel testo, invece, BARCI, *Codice ipertestuale di procedura penale*, a cura di Gaito, II aggiornamento, Torino, 2006, sub art. 3, l. 20.2.2006, n. 46, osserva autorevolmente che, diversamente opinando, "gli effetti processuali di decisioni del medesimo contenuto valutativo degli indizi di reità e delle medesima stabilità processuale, quale decisione allo stato degli atti, modificabile dal *novum* probatorio, verrebbero diversificati irragionevolmente in relazione al presunto grado di autorevolezza dell'autorità giurisdizionale che, viceversa, non conosce distinzione se non di tipo ordinamentale (art. 102, 1° co., Cost.)". Problematico, sempre al riguardo, deve dirsi l'intervento effettuato sul punto da SPAN-GENER, *Legge Pecorella, l'appello si sdoppia tra l'eccezionale e il fisiologico*, in *D&G*, 2006, n. 4, 72, affermandosi ad opera del medesimo l'incertezza circa l'operatività della questione negli "altri casi nei quali sia formato un giudicato cautelare in punto di gravità indiziaria, come nel caso di decisione non ricorsa dal tribunale...".

<sup>14</sup> Sul punto, si rinvia a quanto osservato in precedenza nella nota n. 7.

tendendosi con queste ultime, secondo la giurisprudenza di legittimità, quelle che, pur non espressamente enunciate in modo specifico, integrano comunque il presupposto logico di quelle invece espressamente in precedenza indicate.<sup>15</sup>

In altri termini, gli ulteriori elementi eventualmente acquisiti a carico della persona sottoposta alle indagini possono ben acquisire valenza duplice, nel senso che possono concorrere sia a rimuovere gli effetti preclusivi del "giudicato cautelare" nell'ambito del relativo procedimento incidentale, che ad escludere l'ulteriore produzione degli effetti inhibitori all'esercizio dell'azione penale, sempre correlabili al provvedimento che ha dichiarato l'insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza. In questa prospettiva, appaiono indubbiamente evocabili, sia pure in via di prima approssimazione, e con riserva di successivo specifico approfondimento<sup>16</sup> i risultati interpretativi cui è pervenuta, soprattutto la elaborazione giurisprudenziale, al fine della identificazione contentutistica del fatto nuovo legittimante il superamento del "giudicato cautelare" favorevole alla persona sottoposta a indagini preliminari e, conseguentemente, la successiva emissione di provvedimento disponente restrizione della sua libertà personale.

Il "fatto nuovo" che consente il superamento della preclusione derivante da un "giudicato cautelare", secondo l'interpretazione giurisprudenziale prevalente, e in attesa di verificare la possibilità di una interpretazione omologa anche per quanto relativo agli "elementi" indicati dal co. 1° *bis* dell'art. 405 c.p.p., deve ritenersi integrato non solo da quello sopravveniente sotto il profilo cronologico alla pregressa decisione ma, anche da quello che il giudice autore del provvedimento favorevole non ha potuto, per qualsivoglia ragione, valutare nell'ambito della deliberazione svolta in relazione al provvedimento in questione.<sup>17</sup>

### 3. Archiviazione "cautelare" ed effetti preclusivi.

L'individuazione dell'effettiva portata e dei concreti effetti del divieto di esercizio di azione penale incombente sul pubblico ministero in ragione dell'esistenza di un "giudicato cautelare" favorevole alla persona sottoposta alle indagini, a fronte della previsione normativa che si limita a sancire il venir meno del preteso effetto preclusivo in costanza del sopravvenire di "ulteriori elementi" a carico, appare operazione ermeneutica complessa per l'assenza, nella previsione normativa, di un meccanismo giurisdizionale di verifica dell'effettiva insorgenza di tali elementi.

<sup>15</sup> Così, espressamente, Cass., Sez. Ur., 8.7.1994, in *CP*, 1994, 2928, con nota di PORETTI.

<sup>16</sup> V., *infra*, par. 4.

<sup>17</sup> Così, *ex plurimis*, Cass., sez. II, 15.11.1993, P.m., in proc. Voce, in *Arch. N. proc. pen.*, 1994, 282.

Per l'effetto il ricorso ad cui all'art. 4 e positivo v dell'azione mentale sfoperamento ziativa del I rende indult sanzionare mativo imp del "giudice: Al riguardo risdizionale il minimo c vedimenti r stessi, sia p fattispecie Proprio le ermeneutic di consegu da, invece, sentazione Cio, avend

<sup>18</sup> In tema, in *Sulla revoca delle indagini indagati pr neamenti si delle indagini*, 414 c.p.p., il Torino, 1990.  
<sup>19</sup> Il riferimento della sentenza in questa ipotesi del pubblico indienza pr sione ultimi consiglio "n Sul punto, s. *procedura* 1

tinuità, quelle che, comunque il presupposto cautelare<sup>15</sup>.

unico della persona nel senso che posto cautelare" nell'ulteriore produzione correlabili al di colpevolezza. re in via di prima condimento<sup>16</sup> i rine giurisprudenziale legittimante il sottoposta a income di provvedi-

derivante da unale prevalente, e ploga anche per 405 c.p.p., deve filo cronologico re del provvedidare nell'ambito one<sup>17</sup>.

eto di esercizio 'esistenza di un lagini, a fronte preteso effetto carico, appare ; normativa, di li tali elementi.

1 di POTETTI.

proc. pen., 1994,

Per l'effetto occorre necessariamente verificare se e in qual misura sia legittimo il ricorso ad istituti diversi (in particolare quello della riapertura delle indagini di cui all'art. 414 c.p.p.) che, proprio dalla constatata mancanza di quel successivo e positivo vaglio giurisdizionale, fanno conseguire la preclusione all'esercizio dell'azione penale<sup>18</sup>: peraltro, la mancata previsione del meccanismo procedimentale sfociante in un provvedimento giurisdizionale che, determinando il superamento di quello precedente inibitorio, dovrebbe consentire una nuova iniziativa del pubblico ministero in relazione alla medesima fattispecie giudiziale, rende indubbiamente più difficoltosa l'identificazione dello strumento diretto a sanzionare un esercizio dell'azione penale che non tenga conto del divieto normativo implicitamente, ma chiaramente collegato dalla norma alla formazione del "giudicato cautelare".

Al riguardo non può sottrarsi come proprio la presenza di una delibazione giurisdizionale per così dire "definitoria" del procedimento costituisca, comunque, il minimo comune denominatore delle ipotesi procedimentali definite con provvedimenti *rebus sic stantibus* e valga ad attribuire un certo grado di stabilità agli stessi, sia pure con diversa ampiezza di effetti e contenuti rispetto al merito della fattispecie giudiziale oggetto di accertamento<sup>19</sup>.

Proprio le difficoltà appena evidenziate suggeriscono di tentare un approccio ermeneutico che, al di là dell'assenza di previsioni normative specifiche in tema di conseguenze, effetti e divieti discendenti dall'archiviazione "cautelare", prenda, invece, le mosse dalla disamina dei presupposti procedimentali per la presentazione della richiesta in questione.

Ciò, avendo in particolare riferimento alla constatazione della indiscutibile ob-

<sup>15</sup> In tema, in dottrina, tra gli altri: CARRIOLI, *L'Archiviazione*, Napoli, 1994, 440 e ss.; CONEGLI, *Sulla revocabilità del decreto di archiviazione*, in *GI*, 1992, II, 603; DOMINIONI, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, in *AA.VV.*, *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano, 1989, 66 e ss.; GIUSTRA, *L'archiviazione, lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino, 1993, 71 e ss.; KOSTORIS, *Riapertura delle indagini*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1989, 350 e ss.; BERNARDI, *Commento all'articolo 414 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, vol. IV, Torino, 1990, 656 e ss.

<sup>16</sup> Il riferimento è evidentemente, oltre alla "riapertura delle indagini", all'istituto della revoca della sentenza di non luogo a procedere, disciplinato dagli artt. 434 c.p.p. e ss., là dove anche in questa ipotesi, con l'esclusione delle ipotesi di declaratoria di inammissibilità della richiesta del pubblico ministero, il provvedimento giurisdizionale di revoca con fissazione dell'udienza preliminare ovvero di mera riapertura delle indagini, costituisce addirittura espressione ultima di procedimento incidentale svolto, ai sensi dell'art. 435 c.p.p., in camera di consiglio "nelle forme previste dall'articolo 127".

<sup>17</sup> Sul punto, si segnala, SPANGENER, *Commento all'articolo 434*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, vol. IV, Torino, 1990, 745 e ss.

bligatorio della medesima in presenza di un "giudicato cautelare" non revocato in dubbio da ulteriori e successive acquisizioni *contra rem*.

In particolare, quanto all'istituto dell'archiviazione, si tratta in realtà di prendere in considerazione, con specifico e peculiare riguardo all'evocata equazione "giudicato cautelare-riciesta di archiviazione", il problema della possibilità o meno, alla stregua della attuale disciplina, di conciliare l'obbligatorietà dell'azione penale con l'interesse dell'indagato alla stabilità, sia pure *rebus sic stantibus*, di un provvedimento giurisdizionale attestante l'esito a lui favorevole degli accertamenti investigativi fino a quel punto svolti.

Devono essere considerate, quindi, con attenzione massima le riflessioni sviluppate da quella parte della dottrina che ha acutamente rilevato un indiscutibile e ineliminabile aspetto di contrasto tra l'obbligo costituzionale in parola e il meccanismo procedimentale di riapertura delle indagini regolamentato dall'art. 414 c.p.p.

Contrasto ravvisato nella difficoltà di conciliare la doverosità dell'investigazione e dell'eventuale successivo esercizio dell'azione penale, con il meccanismo co-dicistico che, invece, fa derivare da una delibazione giurisdizionale l'autorizzazione alla riapertura delle indagini in ipotesi di pregresso intervento di provvedimento di archiviazione<sup>20</sup>, così giungendo a ritenere, al fine di escludere l'effettività del contrasto con il principio costituzionale, o la inesistenza di qualsivoglia reale effetto preclusivo<sup>21</sup>, ovvero, sempre nella medesima prospettiva, che il provvedimento giurisdizionale di riapertura costituisca vero e proprio atto

<sup>20</sup> In questo senso, escludendo l'efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione, all'esito di una complessa ricostruzione interpretativa che muove dalla esclusione della richiesta di archiviazione dal novero delle forme di esercizio dell'azione penale, CAPRIOLI, *op. ult. cit.*, 474 e ss.

<sup>21</sup> Suggestisce questa quale possibile soluzione, alla luce di una compiuta ricognizione delle posizioni dottrinarie sul tema, e alla stregua della evidente difficoltà di ritenere sussistente un effetto preclusivo al provvedimento di archiviazione in assenza di un interesse "corredato di tutela costituzionale pari del principio di obbligatorietà... non potendosi attribuire dignità costituzionale all'interesse dell'inquisito alla stabilità degli esiti investigativi...". CAPRIOLI, *op. ult. cit.*, 473.

Individua invece un interesse di rango costituzionale nel diritto del cittadino a evitare il processo ingiusto, SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, Milano, 1993, pp. 346 e ss.

<sup>22</sup> Secondo CORNERO, *Procedura penale*, Milano, 1993, 413 e 414, un eventuale rifiuto del giudice rispetto alla richiesta di riapertura avanzata dal pubblico ministero, comunque motivato "ripudia alla fisiologia delle funzioni".

<sup>23</sup> In giurisprudenza, afferma chiaramente l'esistenza di una efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione, sia pure soggettivamente limitata all'ufficio del pubblico ministero titolare del procedimento concluso con un provvedimento di archiviazione, Cass., Sez. Un., 22.3.200, Finocchiaro, in *GP*, 2000, 2610. Dal canto suo, la Corte costituzionale, con sentenza n. 27 del 19.1.1995 (in *GP*, 1995, I, 97) ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'allora vigente art. 555, 2° co., c.p.p., in relazione all'art. 24 della Carta fon-

re" non revocato  
 alla di prendere  
 l'equazione "giu-  
 ssibilità o meno,  
 à dell'azione pe-  
*stantibus*, di un  
 e degli accerta-  
 flessioni svilup-  
 1 indiscutibile e  
 parola e il mec-  
 ato dall'art. 414  
 l'investigazione  
 neccanismo co-  
 tale l'autorizza-  
 ento di provve-  
 e di escludere  
 istenza di qual-  
 na prospettiva,  
 ) e proprio atto

chivazione, all'e-  
 ne della richiesta  
 IOLI, *op. ult. cit.*,

l'acquisizione delle  
 nere sussistente  
 resse "corredato  
 attribuire dignità  
 ", CAPRIOLI, *op.*

1 a evitare il pro-  
 346 e ss.  
 le rifiuto del giu-  
 unque motivato

va del provvedi-  
 blico ministero  
 Cass, Sez. Un.,  
 le, con sentenza  
 ne di legittimità  
 della Carta fon-

dovuto<sup>22</sup> e ciò, contrariamente all'assunto della giurisprudenza di legittimità e di uno specifico pronunciamento del giudice delle leggi<sup>23</sup>.

Orbene, quale che sia la soluzione preferibile alla questione, non può comunque davvero negarsi come una vera e propria aspettativa a un certo grado di stabilità del provvedimento cristallizzante l'esito favorevole all'indagato delle investigazioni sia conseguenza ineludibile dell'attuale caratterizzazione delle indagini, nelle quali, per come riconosciuto anche da chi afferma l'assenza di ogni efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione, non solo l'attività di ricerca può avere addirittura durata pari a due anni, ma svilupparsi in costanza di significative restrizioni di libertà fondamentali del soggetto passivo dell'accertamento<sup>24</sup>.

In questa ottica, prescindendo in questa sede dall'individuazione dell'aspetto contenzioso della delibazione giurisdizionale in tema di riapertura delle indagini, appare invece necessario riflettere sul contenuto e significato effettivamente attribuibili alla pregressa delibazione attraverso la quale il giudice per le indagini preliminari ha in precedenza autorizzato, con la emissione del provvedimento di archiviazione, la scelta di inazione effettuata dal pubblico ministero.

In particolare, proprio la simmetria contenutistica tra richiesta dell'organo delibazione e provvedimento giurisdizionale non può non assumere significato preciso determinante la necessità di una conseguente attenta verifica interpretativa, là dove si abbia a considerare che, in ultima analisi, rispetto alla richiesta di archiviazione, il successivo eventuale provvedimento di accoglimento della richiesta medesima si caratterizza in realtà quale strumento indubbiamente rafforzativo del principio di obbligatorietà dell'azione penale.

In altri termini, un' apprezzabile soluzione sul piano definitorio del provvedimento di archiviazione in relazione alla sua eventuale natura giurisdizionale non può prescindere, in senso inverso opposto a quello *prima facie* rilevabile dalla immediata lettura della normativa processualpenalistica in questione, dalla considerazione circa la già richiamata possibilità normativamente prevista di una durata

damentale nella parte in cui non consentiva di rilevare o eccepire la nullità del decreto di citazione a giudizio nel caso di mancata autorizzazione alla riapertura delle indagini. Secondo il giudice delle leggi, in difetto di un provvedimento autorizzativo alla riapertura delle indagini, l'art. 414 c.p.p. pone al pubblico ministero un divieto tanto di espletare nuove indagini, quanto di esercitare l'azione penale per mancanza di una condizione di procedibilità.

<sup>24</sup> Afferma contemporaneamente l'assenza di ogni efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione e la necessità di ovviare alle aberranti conseguenze in tema di lesione delle garanzie della persona sottoposta a indagini che potrebbe, dopo lunghe indagini, magari svoltesi in costanza di restrizione della libertà, essere nuovamente interessato ad accertamento investigativo, in spregho di quello definito in senso a lui favorevole, NOVILI, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989, 5 e ss.

assai rilevante delle attività investigative e del loro possibile penetrante riverberarsi su diritti fondamentali di libertà.

Possibilità, quelle appena prospettate, positivamente regolamentate e legittimate dalla disciplina codicistica, rispetto alle quali, non può non osservarsi come, da un lato il controllo del giudice sulla richiesta di archiviazione si caratterizza quale ulteriore verifica statutale della legittimità di una scelta di inazione propria in ragione della rilevanza degli effetti appena evocati, per converso, la necessità di un successivo controllo in ordine alla richiesta di riapertura delle indagini interessate dal provvedimento di archiviazione, deve essere esaminato in relazione al significato complessivamente attribuibile al principio di obbligatorietà inteso quale espressione attuativa della necessaria aderenza dell'agire degli organi statuali alla legalità.

Espressione quest'ultima, da intendersi quale indispensabile conformazione dei comportamenti degli organi pubblici che agiscono per l'esercizio ai requisiti fattuali riscontrati<sup>25</sup>.

In questa prospettiva, la richiesta di archiviazione in costanza dei relativi pre-

<sup>25</sup> Secondo la sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 27.7.1979, escludere la necessità di un controllo giurisdizionale della richiesta di archiviazione, significherebbe porre in pericolo il basilare principio dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale. Con la sentenza n. 263 del 12.6.1991, in *CP*, 1991, 816, il giudice delle leggi ha dichiarato non fondata in riferimento all'art. 97, 1° co., la questione di legittimità costituzionale degli artt. 554, 2° co., c.p.p. e 158 d.l.g. 28.7.1989, n. 271, nella parte in cui prevedono che il g.i.p., in caso di rigetto della richiesta di archiviazione, ordini al pubblico ministero di formulare l'imputazione, ma non impongono che vi provveda direttamente attraverso un controllo sostitutivo o che, comunque, la relativa ordinanza contenga al riguardo indicazioni tassative, vincolanti per il p.m. La Corte ha in particolare osservato come l'ordine di formulazione dell'imputazione costituisca incisivo strumento di garanzia del rispetto sostanziale, e non solo formale, del principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Con specifico riferimento all'istituto oggetto di approfondimento in questa sede, giova peraltro evidenziare come con lacerata franchezza sorprendente, nell'unica decisione allo stato conosciuta, la Corte di Cassazione sia pure incidentalmente pronunciando, ha espressamente affermato che trattasi "di norma processuale che trova applicazione al momento dell'istruzione preliminare e che comunque non preclude il giudizio ove il magistrato istruttore non ritenga di dover disporre l'archiviazione (così, Cass., sez. II, 21.4.2006, Platarioti, in *D&G*, 2006, *minimo*: scelta giusta, *motivazione avvertite*; BELTRANI, *La Pecorella e il nuovo articolo 405 c.p.p. Dubbi di legittimità emellini a rischio*)

In dottrina, BARGI, *Codice*, *op. cit.* In particolare, secondo l'autore, il giudicato cautelare "incide sulla procedibilità generale, paralizzando la trattazione del merito". Secondo FERRUA, *op. ult. cit.*, 50, va escluso che la "mancata richiesta di archiviazione, nei casi in cui sarebbe stato doveroso per il *dichiam* della Cassazione determini una nullità d'ordine generale *ex art.* 178, lettera b) c.p.p. per inosservanza delle disposizioni concernenti l'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale". *Contra*, BELTRANI, *op. ult. cit.*, 57 secondo il quale, invece tale nullità risulterebbe pacificamente configurabile.

<sup>26</sup> Emblematica, sul punto, l'osservazione sviluppata da, GIOSTRA, *L'archiviazione*, *op. cit.*,



rante, riverbe-  
e legittimate  
arsi come, se  
i caratterizza  
zione proprio  
, la necessità  
elle indagini  
nato in rela-  
bbigatorietà  
gine degli or-

mazione dei  
requisiti fat-  
relativi pre-

a necessità di  
re in pericolo  
n la sentenza  
ndata in rife-  
, 2° co., c.p.p.  
i rigetto della  
ione, ma non  
e, comunque,  
p.m. La Corte  
uisca incisivo  
di obbligato-

, giova peral-  
ne allo stato  
pressamente  
dell'istruzi-  
re non riten-  
D&G, 2006,  
, 405 cpp nel  
articolo 405  
autelare "in-  
FERRUA, *op.*  
arebbe stato  
ex art. 178,  
bblico mini-  
do il quale,  
*me, op. cit.*,

supposti normativi non può non ritenersi obbligatoria così come, per converso, nella opposta situazione, l'esercizio dell'azione penale<sup>26</sup>.

Ne deriva che il disposto dell'art. 414 c.p.p., nella parte in cui autorizza il provvedimento di riapertura alla prospettiva accusatoria circa lo sviluppo di nuove investigazioni, sembri individuare nella "novità" una vera e propria condizione fattuale legittimante una successiva scelta diversa, in ragione del significato complessivamente attribuibile al principio di obbligatorietà dell'azione penale e al di là della individuazione delle conseguenze eventualmente sanzionatorie derivanti dalla violazione del divieto.

In altri termini, se è vero che, per come esattamente osservato, il disposto dell'art. 112 Cost. "*sottintende un necessario intervento del legislatore ordinario volto individuare i presupposti normativi in presenza dei quali sorge in concreto l'obbligo di agire*"<sup>27</sup>, proprio per la già sottolineata bivalenza dell'obbligo in questione, altrettanto vero è che ugualmente necessaria deve dirsi la identificazione dei presupposti in costanza dei quali non si addivenga al processo<sup>28</sup>.

Nell'ottica appena delineata, sia la individuazione delle condizioni che determinano obbligo di esercizio che, al contrario, la identificazione dei presupposti inibenti l'esercizio dell'azione penale appare normativamente operate attraverso l'omologa attribuzione di un ruolo essenziale al pubblico ministero cui compete sia la responsabilità di esercitare l'azione penale, che di attivare il controllo in ordine al non esercizio<sup>29</sup>, là dove l'art. 112 Cost. correttamente inteso, implica a rigore che ogni notizia di reato pone "*il pubblico ministero dinanzi all'ineludibile alternativa di richiedere al giudice o l'archiviazione o il processo*"<sup>30</sup>.

In altri termini, nonostante l'apparente banalità dell'osservazione, proprio l'iniziale attribuzione al pubblico ministero della funzione di attuare il principio di legalità nella decisione di eventuale instaurazione del processo vale a rendere

8 e 9, secondo il quale: "discende dal principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale un vincolo per il legislatore ordinario quanto a configurazione dei presupposti dell'archiviazione. Esprimendo, quest'ultima, una realtà in negativo dell'azione penale, i suoi presupposti legalmente determinati e specularmente simmetrici rispetto a quelli dell'azione".

<sup>27</sup> Così, espressamente, CARRIOLI, *L'archiviazione, op. cit.*, 485.

<sup>28</sup> In questo senso, CARRIOLI, *op. ult. cit.*, 485.

<sup>29</sup> Secondo, TAORMINA, *Diritto processuale penale*, Torino, 1995, 569), "Poiché in un ordinamento fondato sul principio di legalità, non possono, per definizione esistere soggetti sottratti al dovere di osservanza della legge, la regola non può non interessare anche il pubblico ministero, ed anzi deve interessarlo più di un soggetto privato perché organo operante a tutela dell'interesse pubblico. Ragione per cui, se l'esistenza dei presupposti, più che obbligare, comporta automaticamente l'esercizio dell'azione, la inesistenza, per contro, comporta altrettanto automaticamente il non esercizio".

<sup>30</sup> Così, espressamente, GROSIRA, *L'archiviazione, op. cit.*, p. 8.

concreto il disposto dell'art. 112 della Cost., consentendo di valutare la compatibilità, rispetto a tale precetto, delle diverse cadenze procedurali collegate all'agire degli organi giudiziari interessati alle diverse questioni in tema di esercizio dell'azione penale.

In questa prospettiva, proprio l'iniziale esclusivo intervento consapevole dell'organo giudiziario, cui la Carta fondamentale attribuisce, in ragione della sua istituzionale funzione di ricognizione degli interessi superindividuali tutelati e dell'esplicazione del procedimento di azione, legittima conseguentemente le eventuali successive determinazioni giurisdizionali concretizzanti i meccanismi che il legislatore ordinario prevede per eventualmente "stabilizzare", in qualche modo, gli effetti della decisione del pubblico ministero.<sup>31</sup>

Ne deriva, evidentemente, l'assoluta difficoltà di conciliare con il dettato costituzionale la disciplina normativa oggetto di attenzione poiché in questa, contrariamente alle ipotesi codicistiche originarie in tema di azione penale, la richiesta del pubblico ministero di applicazione di misura cautelare è oggettiva espressione di una potenziale successiva volontà di richiedere la punizione del soggetto passivo dell'accertamento penale e, per questo, non può in alcun modo essere omologata all'atto con cui, nell'ambito del procedimento di merito, tale intenzione, in ragione della completa acquisizione di tutti gli elementi decisori utili a una compiuta delibazione, è definitivamente e concretamente attuata, o realizzandosi la volontà punitiva attraverso la richiesta di intervento decisorio nell'instaurato processo, ovvero, al contrario, in ipotesi di assenza dei presupposti neces-

<sup>31</sup> Nella prospettiva appena delineata, quindi, è solo la responsabilità assunta dal pubblico ministero attraverso la scelta effettuata in ordine all'esercizio dell'azione penale che consente e anzi impone, da un lato il provvedimento giurisdizionale che decide sulla richiesta effettuata e, dall'altro, determina necessariamente una qualche stabilità del provvedimento in esame. Senza pre in questa ottica, pertanto, ove tale scelta consapevole e responsabilizzante non sia stata effettuata, non può non avvertirsi l'eccezionalità di un meccanismo preclusivo, peraltro nemmeno palese dal legislatore codicistico, che viene paradossalmente a inibire una attività che non ha costituito in precedenza oggetto di richiesta ad opera del titolare dell'azione penale.

Richiesta che, del resto, legittima il meccanismo dell'imputazione coatta di cui all'art. 409 c.p.p. ove si prevede che, rispetto a una richiesta di archiviazione, il giudice per le indagini preliminari possa disporre con ordinanza che entro 10 giorni il pubblico ministero formuli l'imputazione.

<sup>32</sup> Si consideri, infatti, come in maniera certamente significativa al fine della risoluzione della questione posta, l'art. 405 c.p.p. non individui tra le ipotesi di esercizio dell'azione penale quella costituita dalla richiesta di applicazione di misura cautelare.

In altri termini, attribuire pertanto al "giudicato cautelare" efficacia preclusiva all'esercizio dell'azione penale, significa assurdamente escludere in questo caso la riconducibilità della relativa responsabilità in capo al pubblico ministero invece costituzionalmente investito di tale potere.

sariamente correlabili alla opzione punitiva, attraverso la emanazione di una richiesta nella quale si cristallizza la volontà di inazione<sup>32</sup>.

Proprio in ragione di quanto fin qui evidenziato, nel meccanismo delineato dal c. 1° *bis* dell'art. 405 c.p.p., appare significativamente difettare quello che è, invece, il necessario presupposto costituzionale di qualsivoglia deliberazione giurisdizionale in qualche modo concernente la sollecitazione dell'intervento punitivo e, cioè, l'attivazione del relativo meccanismo procedimentale in ragione di una volontaria e consapevole opzione del pubblico ministero, quale primo e unitario titolare dell'interesse collettivo relativo alla tutela dei beni giuridici sottesi alla norma di diritto penale, la cui violazione costituisce oggetto di accertamento nell'ambito del procedimento penale.

In questa prospettiva, deve quindi riflettersi sulla possibilità, già in precedenza evocata<sup>33</sup>, di sovrapporre o meno il meccanismo delineato dal 1° co. *bis* dell'art. 405 c.p.p. a quello descritto dall'art. 409 c.p.p. secondo il quale, in esecuzione dell'ordinanza con la quale il giudice dispone che entro 10 giorni il pubblico ministero formuli l'imputazione, l'organo dell'accusa, pena l'attivazione dell'ipotesi di avocazione di cui all'art. 412, 1° co., c.p.p., procede conseguentemente ad esercitare l'azione penale.

Possibilità che, proprio in ragione di quanto rilevato, sembra essere solo apparente, se è vero che, nella prima delle ipotesi normative poc'anzi indicate, non solo difetta l'intervento giurisdizionale imponente una richiesta del pubblico ministero di segno contrario rispetto alla precedente ma, soprattutto, manca l'atto con il quale tale organo giudiziario ha inteso specificamente interloquire in ordine all'esercizio dell'azione penale.

Nell'ottica appena delineata è palese l'irilevanza del contenuto della richiesta attraverso la quale il pubblico ministero, sollecitando l'emissione di un provvedimento cautelare personale, dia conseguentemente corso all'attivazione del relativo procedimento cautelare.

Invero, pur dovendosi ricordare la già richiamata elaborazione giurisprudenziale in tema di presupposto sostanziale della misura cautelare emessa in corso di indagini preliminari, costituito dalla qualificata probabilità della successiva emanazione di una affermazione di responsabilità all'esito della celebrazione del dibattimento, non si può sottrarre come la scelta della richiesta di misura, fisiologicamente condizionata dalla presenza di una o più delle esigenze individuate dal disposto dell'art. 274 c.p.p., si accompagni alla sua indefettibile provvisoria

<sup>32</sup> Vedi *supra*, nota n. 31.

<sup>34</sup> In questo caso, evidentemente, l'unica possibilità di non contestualità tra richiesta di provvedimento cautelare ed esercizio dell'azione penale è costituita dalla insussistenza di esigenze

tà anche e soprattutto per quanto relativo al quadro indiziario, là dove, in ipotesi di ritenuta definitività degli accertamenti investigativi eseguiti, la richiesta di misura non avrebbe potuto non accompagnarsi alla contestuale richiesta di processo<sup>34</sup>. In altri termini, non vi è alcuna possibilità di incorrere in confusione, come invece accadrebbe pretendendo di equiparare, da un lato la provvisorietà della sollecitazione avanzata dal pubblico ministero di intervento della giurisdizione in funzione di applicazione di provvedimento restrittivo della libertà personale e, dall'altro lato, la tendenziale definitività della deliberazione di tale organo giudiziario in ordine alla ritenuta doverosità di un mancato esercizio dell'azione penale. Correlativamente, la pretesa di imporre al pubblico ministero una decisione di inazione appare, sotto il profilo del contrasto con il principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale, meritevole di maggiore attenzione rispetto all'imposizione normativa dell'"imputazione coatta" e ciò, avendo riferimento al suo diretto contrastare con il dettato della Carta fondamentale soprattutto in chiave dinamica, in ragione dell'assenza di una pregressa iniziativa dell'organo del pubblico ministero per l'attivazione della giurisdizione al fine di una sua deliberazione sul merito del procedimento.

Iniziativa che, invece, appare, alla stregua del significato alla medesima attribuibile proprio alla luce della stessa assenza della scelta in ordine all'esercizio dell'azione penale, condizione essenziale per un'attivazione, rispettosa di tale signficato, dei meccanismi giurisdizionali che si pongono sotto diversi profili quale forma di controllo in ordine all'effettività del fondamentale principio di obbligatorietà<sup>35</sup>.

Ecco perché appare ulteriormente possibile verificare, anche sotto il profilo

---

cautelari tali da rendere attuale e concreto il pericolo tra quelli indicati dall'art. 274 c.p.p. e per la cui eliminazione si rende indispensabile l'adozione del provvedimento restrittivo della libertà personale.

<sup>34</sup> Nella medesima prospettiva delle decisioni del giudice delle leggi citate in nota 23, si pone parte della dottrina nell'esaminare il procedimento delineato dal legislatore già nel vigore del codice del 1930 per la deliberazione giurisdizionale sulla richiesta di archiviazione da intendersi quale momento indispensabile per l'attuazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale (si segnala, in particolare, sul tema, CHIAVARO, *Archiviazione, obbligatorietà dell'azione penale e riforma del c.p.p.*, in *Quad. G.*, 1986, 45 e ss.), *Contra*, nel senso che l'attribuzione diretta al pubblico ministero del potere di archiviazione non si porrebbe in contrasto con il dettato costituzionale, TAORMINA, *Vecchio e nuovo nella teoria dell'azione penale alle soglie del nuovo codice di procedura penale*, in *GP*, 1988, III, 129 e ss.

<sup>35</sup> Secondo ABOGNO, *La richiesta "coatta" di archiviazione, op. cit.*, 34 e ss., l'archiviazione introdotta nell'ordinamento con il co. 1° bis dell'art. 405 c.p.p. non costituisce ipotesi nuova rispetto a quelle codicisticamente regolamentate dagli artt. 408, 411 e 415 c.p.p. Secondo l'autore "la tesi sembra confermata non solo di tenore letterale della norma (insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza), ma anche dalla sua collocazione sistematica". In sostanza deve



beneficiario del "giudicato cautelare", in considerazione di una disamina su emergenze fattuali precedentemente non valutate e idonee a consentire una delibazione di segno opposto ma, anche in ragione di una diversa valutazione sui medesimi fatti<sup>38</sup>.

Circostanza, quella ora rappresentata, certamente attestante la insuperabile diversità qualitativa tra decisioni giurisdizionali che, pur potendo concernere i medesimi elementi decisori, attingono evidentemente a sfere profondamente distinte, in quanto finalizzate alla realizzazione di interessi spesso non sovrapponibili.

In ultima analisi, proprio per la difficoltà anzitutto concettuale di assegnare direttamente al provvedimento da cui scaturisce il giudicato cautelare, una valenza preclusiva al successivo esercizio dell'azione penale, ci si è prodotti nell'innesto di un istituto che non è in grado di assolvere, se non attraverso modalità lesive del fondamentale principio dell'obbligatorietà dell'azione penale la funzione che gli si è inteso attribuire.

Ciò posto, i problemi sopra richiamati, devono essere peraltro anche affrontati in relazione alla possibilità che il giudicato cautelare abbia a interessare il giudice per l'udienza preliminare e ciò, sia nell'ipotesi in cui il pubblico ministero abbia disatteso il disposto dell'art. 405, co. 1° *bis*, sia in quella in cui tale giudicato, per le evenienze del procedimento si sia formato successivamente all'esercizio dell'azione penale.

Orbene, anche in questa ipotesi, pur concordandosi pienamente con le riflessioni di chi ha esattamente osservato la diversità tra delibazione giurisdizionale in tema di gravi indizi di colpevolezza e quella del giudice per l'udienza preliminare per la verifica dei presupposti sulla rinviabilità a giudizio dell'imputato, occorre pur sempre stabilire in via di principio se l'assenza di un apposito meccanismo di verifica della sussistenza dei presupposti fattuali per la produzione di effetti del giudicato cautelare anche in ordine all'esercizio dell'azione penale, incida o meno sulla riconoscibilità di un effetto preclusivo giuridicamente collegabile al giudicato in questione<sup>39</sup>.

In altri termini, solo una volta non condiviso l'assunto, in questa sede invece so-

---

della notizia di reato", potrà essere ribaltata in sede processuale. L'autore cita emblematicamente l'ipotesi nella quale la ritenuta insussistenza del presupposto indiziario per la restrizione della libertà personale sia dettata dalla "incoerenza della testimonianza della persona offesa ovvero dalle divergenze ravvisabili tra due dichiarazioni testimoniali, una d'accusa e una d'alibi, senza che ciò, come abbiamo visto, faccia venir meno l'utilità del processo, potendo l'esame incrociato dissolvere quei dubbi sull'attendibilità delle deposizioni testimoniali che hanno inibito l'adozione o il mantenimento del provvedimento cautelare".

<sup>38</sup> Il tema è diffusamente affrontato da GUARDIANO, *I nuovi standards valutativi e gli epiloghi decisori nell'udienza preliminare*, in questo volume, cap. III.

a disamina su  
rentire una de-  
alutazione sui  
i insuperabile  
) concernere i  
rofondamente  
non sovrappo-

assegnare di-  
re, una valen-  
lotti nell'inne-  
rso modalità  
tale la funzio-

che affrontati  
ressare il giu-  
ico ministero  
nui tale giudi-  
lente all'eser-

n le riflessio-  
isdizionale in  
a preiminare  
tato, occorre  
occanismo di  
di effetti del  
incida o me-  
gabite al giu-

le invece so-

emblematica-  
er la restrizio-  
la persona of-  
l'accusa e una  
esso, potendo  
simoniali che  
e gli *epitoghi*

stenuto, secondo il quale, l'assenza di uno specifico meccanismo procedimentale-giurisdizionale di controllo sulla inazione dell'organo del pubblico ministero quale diretta conseguenza del giudicato cautelare determina serio contrasto della disciplina di cui al co. 1° *bis* dell'art. 405 c.p.p. con la previsione dell'art. 112 della Costituzione, sembra possibile escludere che la violazione della disposizione processuale realizza una ipotesi di improcedibilità, ovvero improseguibilità dell'azione penale ai sensi dell'art. 345 c.p.p., così come, invece, suggerito da interpretazione per così dire meramente "meccanicistica" della norma di cui si discute <sup>40</sup>.

#### 4. Presupposti operativi per la produzione di effetti preclusivi e problemi interpretativi

In considerazione delle argomentazioni sinora sviluppate sembra del resto anche sicuramente più agevole affrontare, sul piano della dinamica procedimentale, ulteriori aspetti problematici conseguenti alla applicazione della regola di cui al co. 1° *bis* dell'art. 405 c.p.p. in tema di effetti del "giudicato cautelare".

In particolare, la verifica interpretativa fin qui condotta circa la reale difficoltà di conciliare obbligo dell'azione penale e divieto di esercizio della stessa in costanza di giudicato cautelare non superato dall'acquisizione di nuovi elementi indiziari, può costituire spunto per ulteriori approfondimenti interpretativi alla stregua dei caratteri comuni che, sia il Giudice delle leggi che la giurisprudenza di legittimità, riconoscono come necessariamente presenti nel provvedimento giurisdizionale dal quale sembrerebbe poter derivare, appunto, quale effetto primario, il sorgere di una preclusione alla instaurazione del processo.

Non può negarsi infatti, che costituisca caratteristica indefettibile di ogni ipotesi di preclusione processuale, quella di rendere improduttivi di effetti l'atto ovvero l'attività impediti, costituendo peraltro compito precipuo del giudice quello di sancire tale inefficacia <sup>41</sup>.

Stante, dunque, l'assoluta rilevanza assunta dal tema della preclusione processuale così come appena definita, può individuarsi quale iniziale nonché significativo riferimento interpretativo, anche in virtù della sua elevata "formalizzazio-ne" procedimentale, la regola di cui all'art. 649 c.p.p., che impone al giudice di

<sup>40</sup> Secondo GUARDIANO, *op. cit.*, "Dalla impossibilità di configurare in termini di regola di giudizio rivolta al giudice il principio contenuto nell'articolo 405, comma 1° *bis* c.p.p. discende l'ovvio corollario che la sua violazione potrà avere incidenza sotto il profilo disciplinare ma nessun effetto sarà in grado di produrre sotto il profilo delle nullità processuali..."; dovendosi anche escludere la praticabilità "di una sentenza di non luogo a procedere perché l'azione penale non doveva essere iniziata o proseguita".

<sup>41</sup> Così espressamente, la sentenza della Corte costituzionale n. 27 del 19.1.1995, cit.

pronunciare sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere quando si versi in presenza di una imputazione concernente il medesimo fatto e il medesimo imputato già interessati da sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili. In particolare, proprio l'utilizzazione delle precise espressioni normative "imputato" e "fatto" quale indice semantico di indispensabile identità e la cospicua elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale sul punto, inducono a ritenere necessario che l'interprete possa comparare situazioni omologhe, sia sotto il profilo strettamente terminologico che contenutistico.

Del resto, in relazione alla identità del fatto, il richiamo operato dalla norma in tema di *ne bis in idem* ad ogni stato e grado del processo, quale sede idonea a dare atto con sentenza della situazione di preclusione, consente di ritenere che l'espressione sia utilizzata nel suo pregnante significato tecnico-giuridico, ossia tenuto conto della complessiva entità derivante dalla descrizione, in relazione all'imputazione, di condotta, elemento soggettivo, nesso causale e degli altri elementi idonei a dare contezza della fattispecie giudiziale<sup>42</sup>.

Ciò posto, senza alcuna pretesa di esaustività relativamente ad un tema davvero delicato, deve peraltro sottolinearsi che la necessità di confronto normativamente previsto tra il "fatto" preso in considerazione nei due diversi procedimenti, imponga sicuramente una indispensabile omogeneità dei dati oggetto del raffronto.

In altri termini, non è seriamente contestabile che ai fini dell'operatività della preclusione di cui all'art. 649 c.p.p., debba sussistere identità concettuale e concettuale tra il fatto oggetto di "cosa giudicata" e quello espresso nell'imputazione di cui al nuovo processo<sup>43</sup>.

Deve altresì osservarsi come identici contenuti si correlino in via di principio alla preclusione relativa, ai sensi dell'art. 434 c.p.p., alla sentenza di non luogo a procedere non più soggetta a impugnazione ovvero rispetto alla quale siano stati inutilmente esperiti i mezzi di impugnazione previsti dalla legge. Anche in questa ipotesi, infatti, il raffronto può e deve essere eseguito tra il fatto

<sup>42</sup> La giurisprudenza appare ormai univocamente attestata nel senso di tenere che il fatto debba dirsi identificato avendo riferimento agli elementi costitutivi del reato per cui si procede e, cioè, condotta, evento e nesso causale (così, *ex plurimis*, Cass., sez. I, 23.10.2000, in *CP*, 2002, 2416).

L'espressione fattispecie giudiziale è utilizzata in dottrina per designare la condotta del reo presa in considerazione dal giudice nella rappresentazione del fatto eseguita dal medesimo (così, lucidamente, Lozzi, *Profilo di una indagine sui rapporti tra ne bis in idem e concorso formale di reati*, Milano, 1974, 60).

<sup>43</sup> L'identità dei fatti oggetto di imputazione nei due o più procedimenti concernenti il medesimo imputato costituisce significativamente, anzitutto a livello di previsione normativa, presupposto essenziale per l'applicabilità del principio del *ne bis in idem*.

<sup>44</sup> In ordine alla necessità che le disposizioni in tema di revoca della sentenza di non luogo a procedere trovino esclusiva applicazione solo in relazione a sentenze non più soggette a im-



tere quando si  
atto e il mede-  
ti irrevocabili.  
normative "in-  
e la cospicua  
a ritenere ne-  
ia sotto il pro-  
fatta norma in  
sede idonea a  
li ritenere che  
giuridico, ossia  
3, in relazione  
degli altri ele-  
tema davvero  
rmativamente  
menti, impon-  
raffronto.  
attività della  
etuale e con-  
o nell'imputa-  
1 di principio  
di non luogo  
a quale siano  
dige.  
ito tra il fatto  
pre che il fatto  
per cui si pro-  
, 23.10.2000, in  
ndotta del reo  
dal medesimo  
*tem e concorso*  
menti il mede-  
normativa, pre-  
di non luogo a  
soggette a in-

descritto in "maniera chiara e precisa" nel capo di imputazione e quello su cui si è invece basata l'attenzione del giudice e che, peraltro, ha costituito oggetto della sentenza di non luogo a procedere non impugnata ovvero risultata esente da rilievi all'esito dell'esperimento dei previsti mezzi di impugnazione<sup>44</sup>.

Appare altrettanto non confutabile la diversità di situazione afferente l'emissione di un provvedimento di archiviazione, là dove è innegabile l'insussistenza concettuale e normativa di un fatto cui poter aver riferimento per la operatività dell'effetto preclusivo di cui all'art. 414 c.p.p., apparendo diverso e irriducibile, anche a prescindere dalle elaborazioni dottrinarie e giurisprudenziali sul punto, il significato normativo ascrivibile alla notizia di reato. Quest'ultima, infatti costituisce, secondo la lettera della legge, sia l'oggetto del provvedimento di archiviazione, che l'impulso suscettibile di determinare inizialmente lo sviluppo delle attività investigative dirette a verificarne la fondatezza.

Ne deriva, per la particolare portata dell'oggetto dell'accertamento investigativo, per sua natura suscettibile di necessaria fluidità, la corrispettiva peculiarità della preclusione conseguente al provvedimento che definisce in senso favorevole al soggetto passivo l'accertamento penale in questione<sup>45</sup>.

La evocata sostanziale diversità concettuale tra il "fatto" processualmente interressato dagli effetti preclusivi di cui agli artt. 434 e 649 c.p.p. e l'oggetto del provvedimento di archiviazione, non muta però la necessità che, anche nel meccanismo procedimentale che consente di attivare l'effetto preclusivo scaturente da tale provvedimento, vi sia identità contenutistica e concettuale dei termini del necessario raffronto al fine di rendere operativa la preclusione di cui all'art. 414 c.p.p.

Precisamente si deve avere riguardo, per come già osservato, alla notizia di reato, la quale costituisce fondamento contentutistico, sia della deliberazione del pubblico ministero in ordine alla fondatezza della medesima sia, conseguentemente, della verifica di rilevanza delle nuove investigazioni per il superamento della pregressa deliberazione.

Tutto ciò, tenendo inoltre presente che, per ciò che attiene i riferimenti di ca-

<sup>44</sup> pugnazione, tra gli altri, si segnalano: SPANABER, in *Commento, op. cit.*, 746; TIRELLI, *La revoca della sentenza di non luogo a procedere*, in *RIDPP*, 1994, 100. In senso contrario, SECCHI, *Revoca della sentenza di non luogo a procedere*, in *AA.VV., Le impugnazioni penali*, Torino, 1998, 859.

<sup>45</sup> Basta considerare, al riguardo, l'innegabile minore procedimentalità (assenza di contraddittorio e mera deliberazione del giudice sulla richiesta scritta del pubblico ministero) del meccanismo di riapertura delle indagini di cui all'art. 414 c.p.p. rispetto a quello preso in considerazione, in tema di revoca della sentenza di non luogo a procedere, dagli artt. 434 e ss. c.p.p., prevedendosi per quest'ultima, con la sola eccezione della deliberazione di inammissibilità della richiesta, il necessario sviluppo di udienza camerale nelle forme di cui all'art. 127 c.p.p.

rattere normativo, non sembra contestabile la possibilità di correlare, rispetto a tale concetto, nell'ordinario atteggiarsi del rapporto tra indagato e procedimento di indagine, ed al fine di consentire la necessaria fluidità dell'investigazione, la semplice indicazione della norma di legge violata, determinando conseguentemente la difficoltà di fotografare una dimensione certa sia del profilo quantitativo dell'oggetto della delibazione che della sua fondatezza<sup>46</sup>.

Collegandosi a quanto appena evidenziato e avendo riferimento alla produzione eventuale di effetti preclusivi scaturenti dal "giudicato cautelare", possono tranquillamente individuarsi le diversità che sulla scorta del co. 1° *bis* dell'art. 405 c.p.p., sembrano significativamente caratterizzare il meccanismo procedimentale che, peraltro, in riferimento al dettato normativo oggetto di approfondimento nella presente sede, oltre a non sembrare essere stato compiutamente delineato, fa emergere ulteriori difficoltà di carattere interpretativo.

Ci si intende, in particolare, riferire alla difficoltà di conciliare, da un lato, la "descrizione sommaria del fatto" costituente sotto il profilo della verifica giurisdizionale in tema di provvedimento cautelare il "*minimum*" contenutistico del medesimo e, dall'altro, la già evocata evanescenza sotto il medesimo profilo, della notizia di reato che è, invece, l'oggetto esclusivo della decisione del pubblico ministero sulla necessità o meno di esercitare l'azione penale.

Si conferma pertanto, l'impossibilità di addiventare, su un piano puramente operativo, alla individuazione di una soluzione condivisibile, alla stregua di soluzioni analoghe previste dal diritto positivo, per quanto relativo alla possibilità di correlare effetti preclusivi, sia pure *rebus sic stantibus*, al giudicato cautelare favorevole al soggetto passivo dell'accertamento penale.

Completando l'esame della previsione, altri ostacoli interpretativi sembrano del resto essere costituiti dal richiamo che la norma in questione opera alla necessità che l'effetto preclusivo si produca solo in ipotesi di mancata acquisizione di "ulteriori elementi a carico della persona sottoposta a indagini".

In particolare, è necessario interrogarsi sul significato attribuibile a tale espres-

<sup>46</sup> Nella prospettiva delineata nel testo, appare certamente significativo che, ai sensi della lettera c) dell'art. 426 c.p.p., costituisca requisito della sentenza di non luogo a procedere la "imputazione", trattandosi di espressione normativa da intendersi nel suo significato tecnico-giuridico e, quindi, avendo riferimento al disposto del 1° co. dell'art. 405 c.p.p., alla stregua del quale, costituisce strumento ordinario di formulazione dell'imputazione nei procedimenti per reati con celebrazione dell'udienza preliminare, proprio la richiesta di rinvio a giudizio di cui all'art. 417 c.p.p., ove, per come già rilevato, si prevede l'annunziazione in forma chiara e precisa del fatto.

<sup>47</sup> Si considerino, al proposito, significativamente, le previsioni in tema di informazione di garanzia e, prima ancora, di iscrizione della notizia di reato nel registro di cui all'art. 386 c.p.p. Orbene, le scarse notizie contenute in entrambi gli strumenti conoscitivi appena richiamati

re, rispetto a  
procedimento  
stigazione, la  
conseguente-  
rificio quantita-

a produzione  
possono tran-  
s dell'art. 405  
rocedimenta-  
rofondimento  
nte delineato,

la un lato, la  
verifica giuri-  
nautistico del  
simo profilo,  
lione del pub-  
e.

ramente ope-  
a di soluzioni  
bilità di cor-  
cautelare fa-  
sembrano del  
za alla neces-  
quisizione di

a tale espres-  
, ai sensi della  
fo a procedere  
gnificato tecni-  
p., alla stregua  
i procedimenti  
io a giudizio di  
forma chiara e  
formazione di  
ll'art. 336 c.p.p.  
ena richiamati

sione normativa, tenendo presente come possa costituire utile punto di partenza esegetico il disposto dell'art. 291 c.p.p., evocante, in senso in qualche modo op-  
posto, ma comunque utilizzabile nella lettura del co. 1° bis dell'art. 405 c.p.p., gli  
elementi "a favore dell'imputato"<sup>47</sup>.

Elementi che, secondo previsione di legge, devono essere non solo anzitutto  
trasmessi con la richiesta di applicazione della misura cautelare ma, soprattutto,  
valutati a pena di nullità nel relativo provvedimento.

In ragione di una pur breve disamina delle questioni interpretative affrontate in  
dottrina e giurisprudenza rispetto alla locuzione normativa appena richiamata,  
sembra possibile individuare ulteriori profili problematici nella ricostruzione  
dell'istituto esaminato.

Occorre, infatti, sul punto, esaminare le difficoltà, peraltro già illustrate dalla dot-  
trina in riferimento alle intervenute modificazioni degli artt. 291 e 292 c.p.p., di  
attribuire esattamente, onde far scaturire da tale operazione esegetica, il conse-  
guente necessario effetto, una valenza favorevole o negativa rispetto alla posizio-  
ne dell'indagato alle risultanze investigative sviluppate dall'organo dell'azione.<sup>48</sup>  
Difficoltà che, dipendono in buona parte dalla fisiologica diversità di valutazio-  
ne, in ragione del perseguimento dei rispettivi interessi, degli identici risultati  
investigativi ad opera delle contrapposte parti e che, appaiono nel caso di specie  
ulteriormente accentuate proprio a causa della assenza di un apposito momento  
procedimentale, nel quale investire un apposito giudice della decisione relativa  
al corretto funzionamento degli effetti preclusivi derivanti da un giudicato cau-  
telare favorevole all'imputato.<sup>49</sup>

Ciò posto, giova anche rilevare come, in assenza di tale apposito meccanismo  
procedimentale, a fronte di un esercizio dell'azione penale successivo alla pre-  
cedente formazione del giudicato cautelare favorevole all'imputato, la possibilità

possono ben costituire l'unico parametro di riferimento, al di là del diverso contesto del pro-  
cedimento incidentale cautelare, per la delibazione sulla fondatezza della notizia di reato.

<sup>48</sup> Secondo la dottrina, la terminologia utilizzata dal legislatore ("elementi") deve dirsi volu-  
tariamente ellittica che tiene luogo dell'altra, tecnicamente più pregnante, di "elementi di prova"  
(così, GIOSTRA, *sub* art. 8, l. 8 agosto 1995, n. 332, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura  
penale*, Padova, 1995, 122).

Sul significato della disposizione in esame, cfr., anche MANZONI, *sub* art. 8, l. 8 agosto 1995,  
n. 332, in *LP*, 1995, 2333).

<sup>49</sup> Difficoltà che, secondo GIOSTRA, *op. cit.*, 126, dovrebbero essere superate ritenendo  
significativamente presente l'obbligo del pubblico ministero di trasmettere al giudice tutti gli  
elementi dichiarativi in suo possesso, anche se apparentemente non favorevoli all'imputato,  
sperando esclusivamente a quest'ultimo stabilire dinanzi all'autorità giurisdizionale quelli da  
utilizzare per sostenere la sua innocenza, ben potendo ad esempio una chiamata di correo  
risultare favorevole alla sua tesi difensiva, perché in contrasto su circostanze fondamentali,  
con le dichiarazioni rese da altro "collaborante".

per questo di far valere una eventuale violazione del meccanismo preclusivo si fondi esclusivamente sulla eventualità di un successivo giudizio di improcedibilità emesso dal giudice investito della deliberazione sul merito nelle diverse fasi processuali.

Giudizio fondato, anche e soprattutto, su una verifica degli elementi sopravvenuti alla formazione del giudicato cautelare, onde verificarne oltre appunto alla sopravvenienza dei medesimi, una valenza effettivamente incidente in senso negativo sulla posizione dell'imputato.

Valutazione che, nei procedimenti in cui l'esercizio dell'azione penale determina, quale prima fase processuale, quella dibattimentale caratterizzata dalla netta e tendenziale distinzione tra risultanze investigative non utilizzabili a fini di delibazione sulla responsabilità, e prove conseguenti all'esercizio del contraddittorio tra le parti, rende necessario affrontare il problema derivante dalla necessità di individuare sede e modalità di consultazione di atti di indagine ex se non co-

<sup>50</sup> L'anomalia appare tanto più rilevante, ove si tenga presente che, nella gran parte dei casi il giudicato cautelare costituisce il risultato di una valutazione giurisdizionale all'esito di un procedimento caratterizzato dalla partecipazione in contraddittorio delle parti (è il caso del pronunciamento del tribunale della libertà, così come di quello della Corte di cassazione).

Non è dato pertanto comprendere, pertanto, quale possa dirsi, in questa ipotesi, analogamente a quanto accade ad esempio nel caso di revoca della sentenza di non luogo a procedere, la ragione della mancanza di un meccanismo procedimentale sfociente in una decisione giurisdizionale che verifichi la necessità del processo in ossequio al principio di obbligatorietà dell'azione penale, e in considerazione, della constatata acquisizione, successivamente alla formazione del giudicato cautelare, di ulteriori elementi a carico dell'indagato.

<sup>51</sup> Non appare necessario, in questa sede, effettuare niente di diverso rispetto a un mero richiamo al fondamentale principio caratterizzante l'attuale sistema processuale e che distingue nettamente tra fase investigativa dominata dall'iniziativa di parte e fase processuale, caratterizzata da elementi decisivi acquisiti all'esito dello sviluppo di pieno e paritario contraddittorio tra le parti.

In questa prospettiva, l'indispensabile imparzialità del giudice, intesa quale necessaria mancanza di pregiudizio, fonda anche, come è noto, su una tendenziale totale mancanza di conoscenza da parte del giudice che decide sul merito del processo, degli atti investigativi di parte. Tutto ciò, a maggior ragione, ove si tenga presente che, nel caso di specie, la possibilità del giudice dibattimentale di conoscere gli atti dell'investigazione si fonde, in ipotesi di rigetto della eccezione di improcedibilità, per ritenuta effettivo legittimo superamento del giudicato cautelare, con un pregiudiziale pronunciamento sul merito dell'imputazione (non si vede, infatti, cosa costituisca di diverso da questo un giudizio di ritenuta idoneità degli elementi acquisiti successivi al giudicato cautelare) a vincere il medesimo, in quanto elementi "a carico". Sul punto, nell'ambito di un complessivo e sofferto percorso giurisprudenziale prima, e normativo poi, in tema di individuazione dei presupposti minimi a garanzia dell'imparzialità, può aversi riferimento significativo alla sentenza n. 186 del 22.4.1992 (in *GF*, 1992, I, 205) che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 34, 2° co., c.p.p. nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a partecipare al dibattimento del giudice che abbia rigettato al richiesta di applicazione di pena concordata tra le parti.

no preclusivo si di improcedibili e diverse fasi menti sopravvenute in senso naturale determina, ta dalla netta e ti a fini di del el contraddittoria dalla necessità e ex se non co-

un parte dei casi il ale all'esito di un arti (è il caso del di cassazione). esi, analogamente o a procedere, la a decisione giuridi obbligatorietà pressivamente alla ato. itto a un mero rite e che distingue cessuale, caratterio contraddittoria

necessaria man- ananza di cono- stigativi di parte. La possibilità del ipotesi di rigetto nto del giudicato (non si vede, in- egli elementi ac- menti "a carico". ale prima, e nor- imparzialità, può 12, I, 206) che ha cui non prevede to al richiesta di

noscbili dal giudice dibattimentale proprio per preservare la indispensabile esigenza costituita dalla imparzialità del medesimo<sup>50</sup>. Esigenza eccezionalmente derogabile, nelle sole ipotesi indicate dal legislatore e ciò al fine di garantire la salvaguardia di esigenze primarie legate all'accertamento del fatto reato<sup>51</sup>.

Nel caso di specie, pertanto, oltre a non essere in alcun modo genericamente delineata una ipotesi normativa di conoscibilità degli atti di indagine ad opera del giudice dibattimentale, la difficoltà sopra evocata appare essere accentuata in ragione, da un lato, dell'impossibilità di correlare la deroga in questione ad esigenze di accertamento (essendo all'opposto perseguita proprio l'esigenza difensiva di interruzione di tale accertamento) e, dall'altro, addirittura in apparenza antinomia con la predetta esigenza, della circostanza per la quale, gli atti di indagine conosciuti dal giudice per il dibattimento sono proprio quelli idonei a consentire il "superamento" della preclusione processuale asseritamente correlabile al giudicato cautelare.

In altri termini, in assenza di specifica previsione normativa al riguardo, il pre-giudizio derivante dalla imparzialità del giudice, non può essere in alcun modo legittimamente "assorbito"<sup>52</sup>, in ragione del perseguimento dell'interesse dell'imputato a non vedersi processato per una fattispecie per cui è stata giurisdizionalmente accertata nel procedimento incidentale *de libertate*, l'assenza del presupposto per l'applicazione di misura cautelare, costituito dai gravi indizi di colpevolezza.

<sup>50</sup> Appare sufficiente, al riguardo, onde individuare ipotesi di legittima deroga, avere riferimento alle eccezioni al contraddittorio dibattimentale prese espressamente in considerazione dal 5° co. dell'art. 111 della Cost.