

OPINIONI A CONFRONTO

PRECLUSIONI PROCESSUALI E RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO

Nota introduttiva di GIOVANNI CANZIO

Negli ultimi anni sono state pronunciate dalle Sezioni Unite penali decisioni nelle quali la soluzione applicativa risulta dichiaratamente ispirata al canone della preclusione processuale ed al principio di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111, comma 2 Cost.: «*regola precettiva e interpretativa a un tempo*» è definita quest'ultima, a salvaguardia dei valori di rilievo costituzionale della effettività, efficienza ed economia della giurisdizione penale.

Sono istruttive, al riguardo, la sent. 31/8/2004 n. 18339, Donelli, sui rapporti fra appello cautelare del p.m. e nuova richiesta cautelare per lo stesso fatto, nei confronti dello stesso imputato; la sent. 28/6/2005 n. 34655, Donati, sui rapporti fra processo pendente e nuovo esercizio dell'azione penale contro la stessa persona e per lo stesso fatto; la sent. 20/12/2007 n. 5307/08, P.M. in proc. Battistella, sulle sequenze del controllo dell'imputazione riservato al giudice dell'udienza preliminare e sulla categoria dell'abnormità in fattispecie d'indebita regressione del procedimento; la sent. 31/1/2008 n. 6026, Huzuneanu, sui rapporti fra impugnazione del difensore, di fiducia o di ufficio, dell'imputato contumace e diritto di quest'ultimo alla restituzione nel termine per proporre a sua volta impugnazione; la sent. 29 maggio 2008 n. 25695, P.C. in proc. D'Eramo, sull'esclusiva ricorribilità per cassazione della sentenza di non luogo a procedere prevista dal novellato art. 428 cod. proc. pen.; la sent. 27 novembre 2008 n. 3287/09, Rotunno, circa il potere sostitutivo del presidente del Tribunale, in caso di impedimento del magistrato, nella redazione della motivazione della sentenza pronunciata dal giudice monocratico.

Nella stessa scia si muovono talune recenti decisioni delle Sezioni Unite civili [n. 24883/08, n. 26019/08 e n. 26789/08, recanti un'interpretazione adeguatrice dell'art. 37 c.p.c., per cui il giudice in tanto può rilevare anche d'ufficio il difetto di giurisdizione in quanto la rilevabilità non sia preclusa dalla formazione del giudicato anche implicito sul punto; n. 26373/08, sulla superfluità della notifica dell'integrazione del contraddittorio mediante notifica dell'impugnazione alla parte totalmente vittoriosa in caso di inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione; n. 21931/08, sull'ammissibilità del regolamento di competenza avverso il provvedimento di sospensione del processo

emesso dal giudice di pace], le quali, insieme ad altre dello stesso segno [n. 553/09, n. 30057/08, n. 29290/08, n. 23726/07, n. 22818/06, n. 13916/06, n. 18125/05, n. 14670/03], hanno valorizzato, a loro volta, il principio di economia processuale e di ragionevole durata del processo, definito «*asse portante della nuova lettura della norma*» processuale, intendendo così contrastare apertamente, peraltro, «*le pratiche consistenti in un abuso del diritto*».

Abbiamo chiesto a Giovanni Silvestri e ad Enrico Marzaduri di esprimere il loro giudizio su queste, ormai ampie e significative, prese di posizione della giurisprudenza di legittimità in ordine ai “tempi” del processo, anche alla luce degli spunti di riflessione suscitati dai quesiti di seguito riportati.

Sono definibili *a priori* i confini oltre i quali non può dirsi consentito alla giurisprudenza di fare leva sulla attitudine espansiva del principio di ragionevole durata del processo, con specifico riguardo alle ipotesi di preclusione processuale del tipo poc’anzi esemplificato?

Se la durata ragionevole è ingrediente essenziale del “giusto processo”, dove va individuato, nelle suddette situazioni, il punto di equilibrio fra esigenza di celerità nella definizione del giudizio, da un lato, e garanzia del contraddittorio come imprescindibile espressione del diritto di difesa, dall’altro?

Quale riforma processuale sarebbe auspicabile per fissare le linee di un corretto e accettabile rapporto fra l’obiettivo di razionalizzazione e ottimizzazione della macchina processuale, pena l’ineffettività della stessa, e l’assetto complessivo delle garanzie individuali di rilievo costituzionale?

prof. ENRICO MARZADURI
Università di Pisa

Anche se sono le aree extrapenali quelle che negli ultimi anni hanno provocato (e provocano) all’Italia il maggior numero delle condanne provenienti da Strasburgo per l’eccessiva durata delle vicende giudiziarie (cfr., per un’aggiornata e puntuale panoramica, S. BUZZELLI, *Durata ragionevole, tipologie procedurali e rimedi contro i ritardi ingiustificati*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. BALSAMO - R.E. KOSTORIS, Torino, 2008, 262 s.), disporre di un processo penale che sia in grado di raggiungere l’epilogo in tempi ragionevoli sembra continuare a rappresentare un obiettivo purtroppo decisamente lontano per il nostro ordinamento. Nella ricerca di rimedi reali ad un problema che non può essere affrontato efficacemente se non in un’organica prospettiva che prenda in esame, al contempo,

gli aspetti ordinamentali, sostanziali e processuali della nostra giustizia penale, un rilievo non trascurabile viene tuttavia riferito nelle note introduttive di Giovanni Canzio ad alcune “ormai ampie e significative, prese di posizione della giurisprudenza di legittimità”, dove “la soluzione applicativa risulta dichiaratamente ispirata al canone della preclusione processuale ed al principio di ragionevole durata del processo”. E la particolare attenzione mostrata nei confronti di questa impostazione interpretativa, come pure il livello non modesto delle aspettative, ma anche dei rischi ricollegabili ai ‘futuri’ della stessa, paiono riflettersi nell’indubbia ampiezza ed importanza strutturale dei quesiti posti per favorire una riflessione sulle recenti pronunce delle Sezioni unite, penali e civili, che hanno così inteso dar attuazione ai valori dell’economia processuale, impedendo, o quantomeno, limitando fenomeni di indebita digressione, reiterazione o regressione del procedimento (al riguardo, v. il pregevole tentativo di sistematizzazione operato da G. LEO, *L’abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 508 ss.).

1. *Principio di preclusione ed iniziative cautelari*. – Nella prima delle decisioni segnalate come «istruttive» per l’individuazione delle linee tracciate dalla Corte di cassazione [Cass., Sez. un., 31 marzo 2004, Donelli, in *Cass. pen.*, 2005, 2746 ss.], riconosciuta l’ammissibilità della produzione di nuovi dati probatori nel procedimento dinanzi al giudice dell’appello *de libertate* sulla domanda cautelare del p.m. [sul punto, v., in senso critico, F. MORELLI, *L’ammissibilità di nuovi elementi probatori a carico nell’appello de libertate*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 363 ss.], i giudici hanno ritenuto di poter eliminare il pericolo di interferenze tra la scelta del p.m. di presentare una nuova richiesta al g.i.p. e quella del medesimo organo di impugnare l’ordinanza del g.i.p. di rigetto della precedente iniziativa «alla luce di una complessiva lettura delle linee logico-sistematiche sia del fenomeno cautelare che della categoria delle preclusioni endoprocedimentali». Al g.i.p., difatti, sarebbe «preclusa, in pendenza dell’appello avverso la sua prima decisione, la potestà di statuire ancora in ordine alla medesima domanda devoluta in sede di gravame al vaglio del tribunale della libertà».

Da questa sintetica motivazione, sembra allora emergere come la specifica preclusione – in ordine alla quale non può essere ovviamente richiamata l’efficacia del c.d. giudicato cautelare, che, riconducibile solo al momento in cui l’appello del p.m. «sia esitato in decisione definitiva», non interessa la fase di pendenza dell’impugnazione di cui all’art. 310 c.p.p. – parrebbe trovare la sua ragion d’essere nell’identità dell’«azione cautelare» esercitata dal p.m., sia

davanti al g.i.p. che davanti al tribunale della libertà. Un caso, insomma, di preclusione per intervenuta consumazione del potere conferito ad una parte: «questa lo esercita, il potere si consuma e non può dunque essere più azionato: *functus est munere suo*» [così F.M. IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di esclusione*, in *Cass. pen.*, 2008, 2202]. Del resto, prosegue la Corte, se così non fosse, si finirebbe per consentire all'organo dell'accusa «di perseguire l'abnorme risultato di un duplice, identico, titolo, l'uno 'a sorpresa' e immediatamente esecutivo, l'altro disposto all'esito di contraddittorio camerale e del quale resta sospesa l'esecutività fino alla decisione definitiva» [in termini sostanzialmente adesivi, cfr. P. SPAGNOLO, *I poteri cognitivi e decisorio del tribunale della libertà investito dell'appello de libertate del pubblico ministero: i confini tra devolutum e novum*, in *Cass. pen.*, 2004, 2768, per la quale, comunque, «La lealtà processuale sembra rifiutare la possibilità di duplicare l'intervento cautelare»].

Queste, e non altre, le considerazioni fondanti la detta ipotesi di preclusione, che doveva essere presto oggetto di una parziale revisione in una successiva decisione della S.C.: è stato precisato, per l'appunto, che il giudice chiamato a procedere è quello adito per primo dal p.m., quindi, nel rispetto di un criterio cronologico «che non era enunciato nel provvedimento delle Sezioni unite (segnato semmai dalla 'preferenza' per il contraddittorio contestuale sui nuovi elementi di prova avanti al giudice dell'impugnazione)» [G. LEO, *L'abuso*, cit., 520], ma che appare correttamente invocabile proprio nella prospettiva della consumazione del potere [v. Cass., Sez. I, 23 dicembre 2005, p.m. in c. Romito, in *C.E.D. Cass.*, n. 233272]. Le perplessità, semmai, sono destinate a coinvolgere ben prima la stessa sussistenza dei presupposti richiamati nella decisione delle Sezioni unite per sostenere l'operatività di una fattispecie preclusiva che, comunque, conduce ad una soluzione discutibile «sia dal punto di vista pratico (il g.i.p. non è necessariamente informato del fattore preclusivo) che da quello sistematico (non si comprende quale sanzione dovrebbe colpire il provvedimento pronunciato in violazione del divieto)» [cfr. ancora G. LEO, *L'abuso*, cit., 520, ma anche F. MORELLI, *L'ammisibilità*, cit., 368 s.]. Invero, il p.m. che avanza una richiesta ai sensi dell'art. 291 c.p.p. diversamente motivata rispetto a quella originaria, non chiede una modifica del precedente provvedimento di diniego, come avviene quando appella, bensì insta per una decisione nuova, dando il via ad una sequenza autonoma. E che lo schema della preclusione per intervenuta consumazione del potere non risulti congruamente richiamato nella specifica occasione, trova conferma nella inco-

stabile diversità degli effetti conseguenti all'accoglimento dell'impugnazione o della richiesta cautelare: un provvedimento non esecutivo e non riesaminabile, da un lato, un provvedimento immediatamente esecutivo e riesaminabile, dall'altro lato. Queste differenze, che incidono pesantemente sia sul significato dell'intervento cautelare che sulle garanzie dell'indagato, vengono a compromettere l'individuazione della medesimezza del potere di cui il p.m. dispone nelle due ipotesi, individuazione che si fonda sulla semplice constatazione che entrambi i giudici possono emettere il provvedimento cautelare anche utilizzando nuovi dati probatori.

Sembra quindi venir meno il presupposto infungibile per richiamare l'efficacia del principio del *ne bis in idem*, con il quale si «esprime compiutamente l'idea che l'atto di esercizio di un potere rappresenta un ostacolo al reiterato esercizio del potere medesimo» [v., per tutti, A. ATTARDI, *Preclusione (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 901]. Un'adeguata considerazione di questi profili di diversità forse avrebbe potuto condurre i giudici della Corte di cassazione ad altra conclusione nei confronti della tesi con cui si nega l'ammissibilità di nuovi elementi a carico nell'appello *ex art.* 310 c.p.p., così da riferire al giudice 'naturale' delle cautele, quello individuato dall'*art.* 279 c.p.p., il compito esclusivo di emettere un provvedimento basato su dati probatori mai in precedenza valutati da quello stesso giudice [v. le condivisibili considerazioni formulate da F. MORELLI, *L'ammissibilità*, cit., 371].

2. *Litispendenza e preclusione.* – Con quella che è stata definita, e non a torto, anche a prescindere dall'adesione, più o meno larga, ai relativi *dicta*, «una storica sentenza» [F.M. IACOVIELLO, *Procedimento penale principale*, cit., 2200], il principio del *ne bis in idem* avrebbe poi trovato una più convincente applicazione nella soluzione delle interferenze tra procedimenti pendenti per lo stesso fatto e contro la stessa persona davanti a giudici egualmente competenti [Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Donati ed altro, in *Cass. pen.*, 2006, 28 ss.]. Per l'appunto, i giudici di legittimità hanno ritenuto che la «figura della preclusione-consumazione» offrisse «la chiave per risolvere la questione» della litispendenza *stricto sensu*, che fino ad allora aveva ricevuto risposte per lo più insoddisfacenti tanto in dottrina come in giurisprudenza (per una sintesi, e per gli opportuni riferimenti, cfr. S. RUGGERI, *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, Milano, 2004, 298 ss.).

A fronte della mancanza di un'esplicita disciplina della fattispecie, invero, purché si rimanga «al di fuori dell'area del diritto penale sostanziale per il quale vigono il principio costituzionale di stretta legalità e la riserva assoluta

di legge», si è ritenuto che ben potesse l'interprete praticare la strada additata dall'art. 12 comma 2 delle Preleggi e ricavare una risposta all'interrogativo dai principi generali dell'ordinamento: nel caso di specie un principio di tal fatta sarebbe rappresentato dal divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica regiudicanda, un divieto la cui «matrice», a sua volta, viene «identificata» dalla Corte di cassazione «nella categoria della preclusione processuale», che «assolve la funzione di scandire i singoli passaggi della progressione del processo e di regolare i tempi e i modi dell'esercizio dei poteri delle parti e del giudice, dai quali quello sviluppo dipende».

Ebbene, la Corte sembra dimenticare che la regolamentazione del procedimento penale viene ricondotta all'interno di una riserva di legge, risultando ormai espressamente riconosciuto nell'art. 111 comma 1 Cost. un *principio di legalità processuale*, «simmetrico a quello sancito dall'art. 25 comma 2 Cost., in ambito penale sostanziale» [così O. MAZZA, *Imputazione e «nuovi» poteri del giudice dell'udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1372]. Ma questa riserva, quand'anche, come pare corretto, venga apprezzata alla stregua di una riserva di tipo assoluto [v., ad es., G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, II ed., Torino, 2007, 37], non sembra *tout court* impedire il ricorso ad una soluzione ermeneutica che presupponga l'individuazione della risposta sulla base dei principi generali dell'ordinamento. Il che, d'altronde, non equivale ad escludere ogni incidenza della previsione costituzionale di una riserva di legge sulle problematiche inerenti la c.d. *analogia iuris*. Si delinea un tema che impone uno sviluppo argomentativo non ipotizzabile nell'economia di queste brevi note. Ma si dovrà comunque osservare che gli spazi all'interno dei quali tali principi potranno operare, dovranno risultare decisamente ridotti, almeno laddove il legislatore abbia pienamente adempiuto al compito assegnatogli dalla Costituzione, di «regolare» il giusto processo con il quale viene attuata la giurisdizione. E se nel caso affrontato dalle Sezioni unite, invero, non si può negare che sussista il punto di partenza per l'operazione interpretativa prefigurata, cioè la mancanza di un'esplicita regolamentazione di quelle ipotesi di litispendenza che non danno luogo a conflitti di competenza, si può altresì rilevare come, nell'ambito di una materia per la quale opera la riserva di legge, l'espresso e limitato collegamento sancito nell'art. 649 c.p.p. del *ne bis in idem* alle sole sentenze irrevocabili, non solo ne impedisca un'applicazione diretta ulteriore, del resto correttamente esclusa dalla Corte, ma possa anche alimentare letture contrastanti la tesi secondo cui sarebbe invocabile l'operatività di un generale divieto di *bis in idem* permeante l'intero ordinamento processuale penale e indipendente,

per l'appunto, dalla stabilità formale delle decisioni coinvolte [v., in particolare, S. RUGGERI, *Giudicato penale*, cit., 295 ss., che, peraltro, esprime insoddisfazione per i risicati margini applicativi così riservati al principio del *ne bis in idem*].

Non si può fare a meno di apprezzare, comunque, il rigoroso percorso logico delineato nella decisione che così sommariamente si esamina per arrivare ad individuare nell'ordinamento il principio generale fondato sul concetto di preclusione per intervenuta consumazione del potere. Senza dubbio, in occasioni del genere la Corte di cassazione interpreta nella prospettiva più fertile il suo ruolo istituzionale. E proprio l'importanza di queste pronunce a livello di incidenza sulla giurisprudenza [sulla funzione nomofilattica della Corte, v., di recente, per una serie di stimolanti spunti, G. CANZIO, *Giurisprudenza di legittimità, precedenti e massime*, in *Quest. Giust.*, 2008, n. 4, 51 ss.; E. LUPO, *La Corte di cassazione nella Costituzione*, in *Cass. pen.*, 2008, 4455 ss.], impone la massima attenzione sui possibili sviluppi dei relativi contenuti. Così, qualche preoccupazione desta l'accento che i giudici fanno al concetto di preclusione anche al di fuori dei rapporti con la consumazione del potere: in effetti, mentre l'approdo interpretativo ai sensi dell'art. 12 delle Preleggi pare piuttosto robustamente sostenuto dai riferimenti normativi con riguardo a questo significato del concetto, assai meno rassicurante appare l'esito se si ritiene di poter attribuire il ruolo di principio generale alla preclusione, intesa come generico «presidio apprestato dall'ordinamento per assicurare la funzionalità del processo», a sua volta definito «quale sequenza ordinata di atti modulata secondo un preciso ordine cronologico, di attività, di fasi e di gradi, (...) legalmente tipizzato in conformità di determinati criteri di congruenza logica e di economicità procedimentale». Ove il principio generale sia ricostruito su queste sin troppo ampie premesse, purtroppo, non pare del tutto astratto il pericolo che il giudice finisca con l'attribuirsi il compito di creare (e non soltanto interpretare) il diritto [su tale eventualità, cfr., per tutti, R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2004, 259 ss.]. Ed una conferma di queste preoccupazioni potrebbe forse discendere dall'esame delle applicazioni che all'assunto sono state successivamente fornite, sempre a livello delle pronunce delle Sezioni unite penali della Corte di cassazione (v. *infra*, § 4).

3. *La consumazione del potere di impugnazione del contumace*. – Alla figura della preclusione-consumazione si riconduce chiaramente, invece, la recente

pronuncia con la quale le Sezioni unite penali hanno dichiarato che l'impugnazione proposta dal difensore nell'interesse dell'imputato contumace, intervenuta la relativa decisione, preclude all'imputato la possibilità di ottenere la restituzione in termini per proporre a sua volta impugnazione: Cass., Sez. un., 31 gennaio 2008, Huzuneanu, in *Cass. pen.*, 2008, 2358 ss. [per un esauriente quadro dello stato della questione prima dell'intervento delle Sezioni unite, v. M. CASSANO, E. CALVANESE, *Giudizio in contumacia e restituzione nel termine*, Milano, 2008, 63 ss.]. Proprio richiamando la sentenza Donati, i giudici di legittimità hanno osservato, se «è il sistema, nel suo complesso, a prevenire e reprimere qualsiasi forma di duplicazione del giudicato, del processo e dell'azione, non può che derivarne un corrispondente effetto impeditivo anche sul versante dell'azione di impugnazione, posto che la domanda di gravame, una volta espressa da uno dei soggetti a ciò legittimati, naturalmente esaurisce (consumandolo, appunto) il corrispondente potere in capo al soggetto che ne è il portatore 'sostanziale'».

Anche in questa occasione, abbiamo la possibilità di apprezzare un considerevole sforzo ricostruttivo, che si giustifica soprattutto nella logica della nomofilachia. I giudici di legittimità, per l'appunto, non si sono accontentati di individuare il collegamento tra la soluzione raggiunta ed il principio di preclusione processuale, ma hanno con estrema accuratezza ricostruito le vicende legislative e giurisprudenziali della disciplina del rito contumaciale per verificare la correttezza della conclusione anticipata sulla scorta del principio di unicità del diritto di impugnazione [in proposito, v., da ultimo, Cass., Sez. II, 19 aprile 2006, Barbaro, in *C.E.D. Cass.*, n. 234655]. Viene così tracciato un percorso metodologico che dovrebbe allontanare il pericolo di un uso dei principi generali scisso da un controllo sull'effettività degli stessi all'interno di un settore dell'ordinamento che risente in termini sempre più significativi dei contenuti normativi pattizi e delle interpretazioni agli stessi fornite dalle Corti europee.

Alla correttezza dell'impostazione, tuttavia, non sembra seguire la piena condivisibilità degli esiti raggiunti nella fattispecie dalle Sezioni unite, che pure hanno cercato di sostenere ulteriormente la soluzione raggiunta, quando hanno sottolineato la palese incompatibilità «con l'esigenza di assegnare una 'ragionevole durata' al processo, imposta dall'art. 111 Cost. e dallo stesso art. 6 della CEDU», della «configurabilità di una duplicazione di impugnazioni, promananti le une dal difensore, e le altre dall'imputato». Difatti, il caso dell'imputato contumace ed ignaro che intende impugnare la sentenza [sugli inusitati scenari aperti dal riconoscimento del diritto del contumace ad attivarsi

autonomamente, v., in particolare, D. NEGRI, sub *art. 1 d.l. 18 febbraio 2005, n. 17*, in *Leg. pen.*, 2005, 281 ss.], prima ancora che alla luce del principio dell'unicità del diritto di impugnazione, deve essere affrontato nella consapevolezza della preliminare e superiore esigenza di assicurare a tale soggetto il diritto alla conoscenza del suo *status*. È vero, come si osserva nella decisione della Corte di cassazione, che i giudici di Strasburgo non sono mai arrivati ad ipotizzare l'introduzione di un doppio giudizio impugnatorio quale strumento di adeguamento del nostro ordinamento ai principi della Convenzione di Roma, ma è anche vero che per la Corte europea lo svolgimento di un processo in assenza dell'imputato si traduce da sempre in un diniego di giustizia se il condannato *in absentia* «non può ottenere in seguito che una giurisdizione deliberi nuovamente», ma «dopo averlo sentito», o comunque, averlo messo in condizione di essere sentito, sul fondamento dell'accusa, in fatto e in diritto, «quando non è accertato che egli ha rinunciato al proprio diritto di comparire e di difendersi» [così, ad es., CEDH, sentenza Grande Camera, 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*, § 82].

Questa garanzia non pare affatto assicurata dall'attuale regolamentazione interna, come interpretata dalle Sezioni unite. Insomma, prima di chiamare in causa la preclusione per intervenuta consumazione del potere di impugnare, sarebbe stato doveroso domandarsi se il contesto processuale nel quale si intendeva invocare tale principio integrava gli estremi di un processo giusto. Ed anche il richiamo all'art. 111 comma 2 Cost. ed alla corrispondente previsione pattizia subisce gli effetti di questa mancata considerazione: non si può ipotizzare una 'ragionevole durata' se non di un processo che si connota come un processo giusto [v., per tutti, P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, II ed., Bologna, 2007, 61 ss.].

4. *La regressione abnorme del procedimento.* – Di preclusione, come si è già accennato, si parlava nella sentenza Donati anche con riguardo a soluzioni non ricavate dall'avvenuta consumazione del potere, ma a quelle interpretazioni nelle quali viene «enucleato il principio di non regressione del processo»: per l'appunto, «eccettuate le ipotesi espressamente regolate dalla legge, i provvedimenti adottati in violazione dello sbarramento segnato dal passaggio da una fase all'altra», risulterebbero «radicalmente inficiati da abnormità funzionale, derivando dall'inosservanza della preclusione il sovvertimento dell'ordine normativamente assegnato allo sviluppo del rapporto processuale».

Secondo questa impostazione, quindi, il principio generale applicato si tradurrebbe nella necessità di rispettare un *ordo processus* che, come sempre se-

gnala la sentenza appena rammentata delle Sezioni unite, impone il rispetto di una sequenza regolata «in vista di un risultato finale, nel quale possa realizzarsi l'equilibrio tra le esigenze di giustizia, di certezza e di celerità».

A tale lettura del principio di preclusione [in merito F.M. IACOVIELLO, *Procedimento penale principale*, cit., 2202, opportunamente invita l'interprete ad evitare letture troppo estese di tale principio, che dovrebbe essere invece correlato solo «ad una precedente attività del soggetto volta all'esercizio di quelle stesse facoltà, la cui reiterazione è appunto impedita dalla preclusione»], va ricondotta la decisione delle Sezioni unite con la quale si è riconosciuto affetto da abnormità il provvedimento del g.i.p. che dispone la restituzione degli atti al p.m. per genericità od indeterminatezza dell'imputazione, senza avergli previamente richiesto di precisarla [Cass., Sez. un., 20 dicembre 2007, Battistella, in *Cass. pen.*, 2008, 2310 ss.].

Nella motivazione di quest'ultima decisione, la soluzione ermeneutica prospettata, per cui l'immediata restituzione degli atti al p.m. da parte del g.i.p. verrebbe a confliggere con una successione coordinata di atti, peraltro, non viene fondata tanto sull'individuazione di un principio generale costituito dalla preclusione processuale, quanto sul richiamo ai «valori di rilievo costituzionale (art. 111 comma 2 Cost.: regola precettiva e interpretativa, a un tempo) dell'efficienza e della ragionevole durata del processo». Il che potrebbe anche spiegarsi in ragione della consapevolezza raggiunta dai giudici di legittimità della debolezza di un principio generale (e generico) di preclusione processuale, principio per tale motivo, almeno in questa occasione, 'abbandonato' a favore di un ben più solido riferimento esplicitato nella Carta fondamentale, da ritenersi idoneo a configurarsi come principio dell'ordinamento ai sensi dell'art. 12 delle Preleggi [in questa prospettiva, pare inserirsi F.M. IACOVIELLO, *Procedimento principale*, cit., 2203 s., quando riconduce il principio di preclusione a quello della ragionevole durata del giusto processo].

Indipendentemente dall'armamentario concettuale utilizzato, tuttavia, la soluzione proposta dalla Corte di cassazione, pur accuratamente argomentata e sostanzialmente allineata a quella accolta in precedenti pronunce dei giudici della Consulta [cfr. Corte cost., sent. 15 marzo 1994, n. 88; Id., sent. 31 marzo 1994, n. 112], lascia alquanto perplessi: «pur di evitare la regressione del processo, si accetta che l'imputato subisca una perdita secca delle sue garanzie». Difatti, non ci si può dimenticare che «l'imputazione non sufficientemente determinata impedisce, a monte, l'esercizio delle facoltà riconosciute dall'art. 415-bis c.p.p., pregiudica la preparazione dell'udienza preliminare, anche in vista dell'eventuale scelta dei riti speciali, compromette lo svolgimento del

contraddittorio, almeno fino a quando non ha luogo la rettifica suggerita dal giudice» [O. MAZZA, *Imputazione*, cit., 1379].

D'altronde, un'esegesi corretta della normativa processuale sembra portare a riconoscere nell'imputazione indeterminata contenuta nella richiesta di rinvio a giudizio una nullità a regime intermedio, per la cui sussistenza non è ovviamente necessaria una previsione specifica, stante il disposto generale di cui all'art. 178 c.p.p. Né questa lettura risulta contraddetta in termini davvero efficaci dalla circostanza che il legislatore ha invece *expressis verbis* previsto la nullità del decreto che dispone il rinvio a giudizio nel caso di imputazione generica [v., invece, G. SANTALUCIA, *L'imputazione generica in udienza preliminare: le Sezioni Unite rivendicano, in nome dell'efficienza, un ruolo «forte» della nomofilachia*, in *Giust. pen.*, 2008, III, 462 s.]: non si tratta certamente dell'unica ipotesi in cui si è ribadita con la tecnica di previsione delle nullità speciali una nullità già desumibile dal catalogo delle nullità generali (v., in proposito, V. MAFFEO, *L'udienza preliminare. Tra diritto giurisprudenziale e prospettive di riforma*, Napoli, 2008, 101 s.).

Ed in questa diversa prospettiva, la conseguenza dell'avvenuta individuazione del vizio dell'atto dell'organo dell'accusa non potrebbe essere diversa dalla trasmissione degli atti al p.m. per una riformulazione dell'imputazione.

Ma appare poi decisamente difficile riconoscere l'abnormità di siffatta regressione, anche per chi è disposto a condividere la tesi sull'insussistenza della nullità della richiesta di rinvio a giudizio per un'imputazione indeterminata. Del resto, le Sezioni unite non sono in grado di esplicitare di qual tipo di abnormità si tratti. Una risposta quantomeno problematica a fronte della facile obiezione secondo cui non può dirsi abnorme un atto che dichiara una nullità invece non stabilita nel codice: «il potere di dichiarare le nullità rientra, infatti, tra le attribuzioni del giudice, ed il suo atto di esercizio non può conseguentemente essere qualificato in termini di abnormità per estraneità al sistema processuale» [così G. SANTALUCIA, *L'imputazione*, cit., 464].

5. *Qualche considerazione finale.* – Insomma, il percorso indicato dalle pronunce appena menzionate delle Sezioni unite non può non far riflettere. Il concetto di preclusione dell'attività di un soggetto processuale pare ben richiamato solo se correlato ad ipotesi di precedenti attività di esercizio di quelle stesse facoltà. Ma l'attenzione ai fenomeni di consumazione del potere non dovrà compromettere la verifica della correttezza del contesto nel quale si è esercitato il potere. Non altrettanto utile il ricorso alla categoria della preclusione, quando si cerca di impedire la regressione del processo. Pervero, un si-

mile effetto può aversi solo se previsto dal legislatore. Laddove non vi sia tale previsione, appare superfluo chiamare in causa un preteso principio generale. E peraltro, l'ampiezza del principio di preclusione collegato all'esigenza del rispetto di una determinata sequenza procedimentale, come appena si è constatato, porta con sé con troppa facilità il pericolo di un intervento del giudice che vada al di là dell'interpretazione della normativa vigente [O. MAZZA, *Imputazione*, cit., 1375].

Quanto poi alla possibilità di 'agganciare' il principio di preclusione a quello della ragionevole durata del processo, appare decisamente impervia la strada che può condurre ad una sufficiente definizione di quest'ultimo, così da renderlo strumento davvero efficace sul piano delle scelte interpretative [ma v. gli interessanti spunti offerti da F.M. IACOVIELLO, *Procedimento principale*, cit., 2203 s.]. Sino ad oggi la Corte costituzionale non ha mai ritenuto il precepto espresso nell'art. 111 comma 2 Cost. idoneo di per sé a fondare una pronuncia di illegittimità di una norma processuale. Del resto, quando si allude alla ragionevolezza dei tempi del procedimento, si introduce uno spazio di discrezionalità che ha come limite solo la manifesta irragionevolezza [cfr., in termini fortemente polemici nei confronti dell'orientamento giurisprudenziale espresso in Cass., Sez. Un. civili, 9 ottobre 2008, n. 24883, R. VACCARELLA, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in www.judicium.it, 2 s.]. Nel momento in cui si ritiene di poter attribuire a questo principio, inteso come principio dell'ordinamento ai sensi dell'art. 12 delle Preleggi, un carattere immediatamente precettivo, il giudice sembra addossarsi un compito che è esclusivamente riferibile al legislatore. Al più, si potrà riconoscere che il principio di preclusione, nella misura in cui mira a comprimere i tempi del processo, può essere in linea con il principio di ragionevole durata, una volta verificata la compatibilità della preclusione per intervenuta consumazione con i contenuti del giusto processo.

All'interno di queste garanzie va e può essere 'laicamente' sviluppata la ricerca volta a stabilire la possibilità operativa di una preclusione del processo incidentale cautelare sul processo di cognizione [cfr. ancora F.M. IACOVIELLO, *Procedimento principale*, cit., 2205 ss.], i cui rapporti, tradizionalmente concepiti nel segno dell'assoluta autonomia ed impermeabilità di quest'ultimo rispetto agli esiti del primo, risultano significativamente mutati con l'introduzione dell'art. 405 comma 1-bis c.p.p. e del c.d. giudizio immediato custodiale [così E. VALENTINI, *La poliedrica identità del nuovo giudizio immediato*, in AA.VV., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di O. MAZZA e F. VIGANÒ, Torino, 2008, 298]. Tuttavia, le differenti basi cognitive e le diffe-

renti regole di giudizio su cui si fondano i provvedimenti cautelari e quelli del procedimento principale paiono limitare fortemente, se non eliminare del tutto la possibilità di apprezzare come consumato il potere esercitato in sede incidentale.

GIOVANNI SILVESTRI
Consigliere della Corte di Cassazione

1. *Preclusione e giudicato* – Se è vero che nella prassi giurisprudenziale degli ultimi anni è diventato sempre più frequente il riferimento alla nozione di preclusione quale strumento di interpretazione delle norme processuali e di ricostruzione delle linee del processo penale, inteso quale successione coordinata di atti, tuttavia è riscontrabile, parallelamente, un uso dell'anzidetta categoria concettuale connotato sovente da accezioni di valore semantico non omogenee e, soprattutto, prive di identica base logica e sistematica, tanto da fare dubitare che si tratti di uno stesso istituto e da fare pensare che le affinità si riducano al profilo meramente descrittivo della presenza di un impedimento all'esercizio di facoltà delle parti o allo svolgimento di attività processuali.

È noto che la concezione tradizionale, che ha trovato nel pensiero di Chiovenda l'elaborazione più lucida ed organica, individua nella preclusione un fenomeno unitario il cui comune denominatore è caratterizzato dall'estinzione di poteri processuali, facenti capo alle parti o al giudice, in dipendenza di situazioni processuali legate da un nesso di consecuzione per effetto del quale si producono fatti impeditivi qualificati dall'inosservanza delle modalità di esercizio prescritte dall'ordinamento, o dal compimento di attività del tutto incompatibili, ovvero dal pregresso esercizio di un potere non reiterabile. Per tali ragioni, la preclusione è normalmente collegata alla condotta tenuta dalle parti e alle opzioni nelle quali si estrinseca il loro potere dispositivo all'interno del processo, sicché essa è stata giustamente ricondotta anche nel quadro del concetto di autoresponsabilità. Il che spiega, peraltro, le ragioni del sempre più diffuso recupero dell'istituto della preclusione-consumazione dei poteri i cui spazi di operatività si presentano decisamente più ampi nel processo penale di impronta accusatoria.

In una simile prospettiva è stato, inoltre, esaminato il problema relativo alla possibilità di differenziare l'ambito concettuale della preclusione da quello della decadenza, accomunate dall'insorgenza di un ostacolo, di un impedimento, allo svolgimento di specifiche attività che, nell'ipotesi della decadenza,

possono assumere anche una dimensione di diritto sostanziale, oltre che di tipo processuale, tant'è che in talune posizioni della dottrina si arriva a fare coincidere i due istituti e ad escludere la possibilità di configurazione autonoma della nozione di preclusione all'interno del processo.

In passato la giurisprudenza aveva per lo più utilizzato l'istituto della preclusione nell'ottica dello sviluppo per gradi del processo penale, con riferimenti attinenti essenzialmente al principio devolutivo delle impugnazioni: di talché la trattazione della preclusione ineriva principalmente alle delimitazioni della regiudicanda nel passaggio da un grado all'altro del processo e agli effetti causati dalla intangibilità dei punti della decisione non toccati dal gravame prima della formazione del giudicato su tutti o su alcuni dei singoli capi della sentenza.

Pertanto, da tale punto di osservazione si poneva il problema di distinguere le preclusioni vere e proprie dalla preclusione "*pro iudicato*" e di differenziarne gli effetti. Al riguardo, però, le idee non erano molto chiare tanto che, soprattutto in giurisprudenza, restava estremamente incerta la linea di confine tra preclusione e giudicato. Infatti, in non poche sentenze della Corte di cassazione poteva leggersi che la formazione progressiva del giudicato si verifica non solo in caso di annullamento parziale, ma anche quando la sentenza non sia stata impugnata nella parte concernente l'affermazione della responsabilità dell'imputato, sul punto sussistendo, anche in quest'ultimo caso, l'immutabilità della decisione per giudicato interno, a somiglianza di quanto accade per effetto del meccanismo previsto dall'art. 624 c.p.p. E dalla non corretta impostazione dei rapporti tra preclusione e giudicato veniva tratta la conseguenza che, pur essendo esplicitamente prevista dall'art. 129 del codice di rito la rilevanza, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo delle cause di non punibilità, queste erano considerate inapplicabili qualora il tema di indagine e di decisione devoluto al giudice dell'impugnazione riguardasse le questioni riguardanti non l'accertamento della responsabilità dell'impugnante (fatto, dolo, cause di giustificazione), ma quelle relative al trattamento sanzionatorio (circostanze del reato e loro comparazione, determinazione della pena). Pertanto, in alcune decisioni l'applicazione delle cause di non punibilità veniva esclusa pur in presenza di una preclusione, prima ancora della formazione del giudicato sul capo di sentenza. La distorsione inerente a simili linee interpretative, originata da scarsa consapevolezza della natura e del ruolo della preclusione, è stata superata dalle Sezioni Unite Penali allorché, dopo avere tracciato una netta distinzione tra capi e punti della decisione, esse hanno chiarito come la cosa giudicata si formi sui capi e non sui punti della sentenza, poten-

do questi ultimi essere oggetto unicamente della preclusione correlata all'effetto devolutivo del gravame e al principio della disponibilità del processo nella fase delle impugnazioni. Ne segue che, in caso di condanna, l'attinenza dei motivi di gravame alle sole questioni riguardanti la sussistenza di circostanze o la quantificazione della pena, pur non essendo più in discussione la responsabilità dell'imputato, basta ad impedire la formazione del giudicato, dato che la *res iudicata* si forma solo quando tutti i punti che compongono il capo di sentenza siano stati definiti e le relative decisioni non siano più censurabili con ulteriori mezzi di gravame: con la conseguenza che la causa di estinzione del reato costituita dalla prescrizione non è bloccata dall'esistenza della preclusione in ordine alla responsabilità e deve essere rilevata fino a quando il giudizio non sia integralmente esaurito per effetto del giudicato che copre l'intero capo di sentenza corrispondente al reato al quale la prescrizione stessa si riferisce [Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2000, Tuzzolino, rv. 216239, in *Dir. e giustizia*, 2000, fasc. 28, 60].

2. *Preclusione e ordine processuale* – Nella più recente esperienza applicativa il concetto di preclusione si è sganciato dalla prospettiva esclusiva delle impugnazioni e del percorso del processo verso l'approdo del giudicato per acquistare il ruolo di uno dei principali meccanismi che regolano i tempi e i ritmi del processo penale. Nella giurisprudenza di legittimità è stata acquisita la consapevolezza che “la preclusione assolve la funzione di scandire i singoli passaggi della progressione del processo e di regolare i tempi e i modi dell'esercizio dei poteri delle parti e del giudice, dai quali quello sviluppo dipende, onde la preclusione rappresenta il presidio apprestato dall'ordinamento per assicurare la funzionalità del processo in relazione alle sue peculiari conformazioni risultanti dalle scelte del legislatore” [Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, P.G. in proc. Donati ed altro, rv. 231800, in *Guida al dir.*, 2005, fasc. 40, 66]. In questa stessa sentenza, dopo avere riconosciuto nella preclusione uno dei principi generali dell'ordinamento il cui impiego in chiave ermeneutica è giustificato dall'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, le Sezioni Unite hanno significativamente precisato che “il processo, infatti, quale sequenza ordinata di atti modulata secondo un preciso ordine cronologico di attività, di fasi e di gradi, è legalmente tipicizzato in conformità di determinati criteri di congruenza logica e di economicità procedimentale in vista del raggiungimento di un risultato finale, nel quale possa realizzarsi l'equilibrio tra le esigenze di giustizia, di certezza e di celerità”: di talché “la preclusione corrisponde ad un istituto coesenziale alla stessa nozione di processo, non conce-

pibile se non come serie ordinata di atti normativamente coordinati tra loro, ciascuno dei quali -all'interno dell'unitaria fattispecie complessa a formazione successiva- è condizionato da quelli che lo hanno preceduto e condiziona, a sua volta, quelli successivi secondo precise interrelazioni funzionali”.

In tali enunciazioni traspare in modo evidente l'insegnamento chiovendiano che ha configurato la preclusione come “un espediente del quale il legislatore si serve nel corso del processo al fine di rendere certo, ordinato e sollecito il suo cammino, vale a dire di assicurare al giudizio uno svolgimento spedito e scevro di contraddizioni e di ripiegamenti e di garantire altresì la certezza delle situazioni processuali” [cfr. A. ATTARDI, *Preclusione (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 896].

La preclusione pertanto, è, nello stesso tempo, postulato e corollario dell'ordine inerente alla successione di atti attraverso i quali si articolano le fasi e i gradi del processo, legati tra loro da un nesso di consecuzione logica, oltre che cronologica. Proprio con riguardo al vincolo derivante dalla progressione del rapporto processuale verso il suo naturale epilogo è stato elaborato il principio di non regressione, che, nella sostanza, corrisponde ad una preclusione che impedisce lo sconvolgimento dell'ordine processuale conseguente alla retrocessione del processo ad una fase antecedente in situazioni affatto diverse da quelle normativamente configurate: fenomeno, questo, che, qualora avvenga al di fuori dei casi prefigurati dalla legge, determina l'abnormità dell'atto, rimanendo questo colpito da un vizio così radicale che lo rende del tutto estraneo a qualsiasi previsione dell'ordinamento processuale e totalmente eccentrico rispetto al sistema, tanto da risultare in ogni caso ricorribile in cassazione per l'immediato ripristino dell'ordine processuale violato.

3. *Nuove prospettive in tema di ne bis in idem* – Le esplicite prese di posizione della sentenza Donati in merito all'operatività della preclusione del *ne bis in idem* pur in assenza del giudicato sono state precedute da una decisione delle Sezioni Unite in materia di appello cautelare che rappresenta una tappa fondamentale del percorso evolutivo che ha condotto all'ampliamento delle possibilità applicative del paradigma della preclusione quale principio regolatore dell'ordine processuale. Infatti, già prima le Sezioni Unite avevano stabilito che, qualora il P.M., nelle more della decisione sull'appello proposto contro l'ordinanza reiettiva della richiesta di misura cautelare personale, rinnovi la domanda nei confronti dello stesso indagato e per lo stesso fatto, allegando elementi probatori “nuovi”, preesistenti o sopravvenuti, è precluso al giudice, in pendenza del procedimento di appello, decidere in merito alla medesima

domanda cautelare [Cass., Sez. Un., 31 marzo 2004, Donelli, rv. 227358, in *Cass. pen.*, 2004, 2746]. Nella decisione sono state illustrate le possibili interferenze tra competenze funzionali diversificate rilevando come “alla luce di una complessiva lettura delle linee logico-sistematiche sia del fenomeno cautelare che della categoria delle preclusioni endoprocedimentali, il rapporto fra le due soluzioni non si configuri in termini di concorrenza, bensì di alternatività”. Nella stessa sentenza è stato icasticamente osservato: “s’intende cioè sostenere il principio per cui, qualora il pubblico ministero si determini a coltivare contemporaneamente entrambe le vie (...), al G.i.p. sia preclusa, in pendenza dell’appello avverso la sua prima decisione, la potestà di statuire ancora in ordine alla medesima domanda devoluta in sede di gravame al vaglio del tribunale della libertà. Non può invero consentirsi all’organo dell’accusa, nell’investire della decisione sulla stessa azione cautelare diversi giudici, di perseguire l’abnorme risultato di un duplice, identico, titolo, l’uno a sorpresa e immediatamente esecutivo, l’altro disposto all’esito di contraddittorio camerale e del quale resta sospesa l’esecutività fino alla decisione definitiva”.

Il riferimento alla preclusione endoprocedimentale come strumento di sviluppo razionale e di progressione funzionale del processo, fondato sul principio di non contraddizione e sul divieto del *bis in idem*, trova convincente conferma in numerose decisioni della Corte costituzionale nelle quali il richiamo a tale istituto è compiuto per spiegare l’impedimento all’esercizio dell’azione in mancanza dell’autorizzazione del giudice a riaprire le indagini dopo che per lo stesso fatto è stata disposta l’archiviazione [Corte cost., 19 gennaio 1995, n. 27, in *Foro it.*, 1995, I, 2424] o dopo che è stata pronunciata contro la medesima persona sentenza di condanna non ancora irrevocabile [Corte cost., 6 marzo 2002, n. 39, in *Giur. cost.*, 2002, 547].

4. *Un difficile equilibrio* – Nell’esaminare le implicazioni inerenti alla tematica della preclusione non si può ovviamente pretermettere il riferimento all’ampia e consolidata applicazione in materia di misure cautelari personali e reali, che hanno rappresentato, da sempre, uno dei temi più delicati e importanti dell’ordinamento processuale, essendo in esse coinvolti valori fondamentali protetti dalla Carta costituzionale.

È diffusa l’opinione che identifica nella disciplina dei procedimenti relativi alle misure cautelari personali uno dei fattori più rilevanti dell’appesantimento e della lentezza del processo penale, contraddistinto dalla esasperata moltiplicazione di procedimenti incidentali, dall’intreccio talora inestricabile di questi con il procedimento principale e dalla reiterazione delle questioni di

fatto e di diritto che formano oggetto delle decisioni conclusive degli uni e dell'altro: decisioni cautelari non vincolanti, per giunta, rispetto alla soluzione delle medesime questioni dibattute nel procedimento principale.

Non è necessario indugiare nel descrivere gli effetti deleteri che un simile sistema produce sull'ordine, sulla funzionalità e sulla ragionevole durata del processo, sicché non senza ragione è stato ritenuto che qualsiasi riforma del processo penale non possa prescindere da appropriati ed incisivi interventi sulla disciplina delle misure cautelari.

Al fine di contenere i danni derivati dalla molteplicità dei procedimenti cautelari la giurisprudenza ha utilizzato, in funzione di freno e di principio ordinatore, l'istituto del c.d. giudicato cautelare, che, spiegando un'efficacia preclusiva "allo stato degli atti", rende inammissibile la riproposizione delle medesime questioni in fatto o in diritto già definite in un precedente procedimento incidentale in assenza di mutamenti della situazione fattuale. A ben vedere, il giudicato cautelare solo impropriamente può assimilarsi alla cosa giudicata, costituendo piuttosto una vera e propria preclusione connotata dal duplice profilo che: a) essa non copre anche le questioni deducibili, ma soltanto le questioni dedotte, implicitamente o esplicitamente, nei procedimenti di impugnazione; b) la preclusione può essere superata quando vengano prospettati nuovi elementi di prova per effetto di sopravvenuti sviluppi delle indagini.

I temi relativi alla crescente complessità del processo penale e alla moltiplicazione dei procedimenti incidentali germinati dal procedimento principale sono stati oggetto di una brillante ed acuta trattazione di Francesco M. IACOVIELLO [*Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione*, in *Cass. pen.*, 2008, 2190], le cui suggestive riflessioni hanno contribuito ad illuminare gli orizzonti dischiusi dall'uso intelligente ed appropriato dell'istituto della preclusione in funzione di "meccanismo di riduzione della conflittualità latente nel sistema" e di razionalizzazione dei rapporti tra processo principale e procedimenti incidentali: ed è significativa in simili enunciazioni l'eco della proposizione chiovendiana relativa alla preclusione quale "espediente" predisposto dal legislatore per rendere certo, ordinato, sollecito e, perciò, di durata ragionevole il cammino del processo.

A proposito dei rapporti tra procedimento principale e procedimenti incidentali è necessario richiamare l'attenzione sulla disposizione contenuta nel comma 1 bis dell'art. 405 c.p.p., introdotta dall'art. 3 della l. 20.2.2006, n. 46, a norma del quale "il pubblico ministero, al termine delle indagini, formula richiesta di archiviazione quando la Corte di cassazione si è pronunciata in or-

dine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, ai sensi dell'art. 273, e non sono stati acquisiti, successivamente, ulteriori elementi a carico della persona sottoposta alle indagini”.

Pur essendo stata unanimamente criticata in dottrina e in giurisprudenza, alla nuova normativa va riconosciuto il merito di avere individuato nell'intreccio tra procedimento principale e procedimenti incidentali uno dei punti salienti che condizionano la funzionalità e la celerità del sistema processuale e di avere cercato di superare gli intralci e il dispendio di attività derivanti dalla loro totale separatezza, oltre che la totale irrazionalità di una disciplina che autorizza, in presenza dell'identico materiale probatorio, esiti decisori completamente contrastanti: al punto che i medesimi elementi di prova possono essere considerati dal giudice della cautela non sufficienti neppure ad attingere il livello della gravità indiziaria ex art. 273 c.p.p. (vale a dire a raggiungere la qualificata probabilità di colpevolezza) ed essere, invece, ritenuti successivamente dal giudice del processo principale idonei ad integrare lo *standard* probatorio richiesto per la certezza della colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio, a norma dell'art. 533, comma 1, c.p.p.

A conclusione di tali brevi riflessioni sembra opportuno sottolineare l'importanza del confronto di idee tra dottrina e giurisprudenza sulla portata da attribuire al tema della preclusione processuale e sulla sua reale attitudine a divenire affidabile e proficuo strumento dell'interpretazione logica e sistematica della normativa processuale. La discussione contribuirà certamente a fare acquistare la consapevolezza dei pericoli insiti nell'uso di una tecnica ermeneutica che, nelle situazioni non disciplinate espressamente dalla legge, richiede prudente sensibilità istituzionale nella ricerca e nella ponderazione dei principi generali dell'ordinamento processuale: favorirà, in tal modo, la diffusione di analisi ricostruttive dei ritmi e delle scansioni processuali saldamente agganciati al piano rappresentato dal temperamento tra i valori costituzionali identificati, da un verso, nelle garanzie riconosciute alle parti e, dall'altro, nella durata ragionevole del processo. Perdere di vista tali ineludibili punti di riferimento, rompere siffatto equilibrio e privilegiare in ogni caso il binomio preclusione-ragionevole durata del processo significa aprire la strada a soluzioni interpretative che risultano totalmente divergenti dal principio di legalità per il fatto che non riflettono le reali opzioni insite nell'ordinamento processuale e turbano il bilanciamento di interessi che ne rappresenta il baricentro.

