

<b>Le preclusioni nel processo penale</b> di GIOVANNI SILVESTRI
--

1. Nella giurisprudenza di legittimità risulta sempre più frequente l'impiego dell'istituto della preclusione come criterio di interpretazione delle norme processuali e come strumento idoneo a sciogliere i molteplici nodi che rendono difficoltosa l'analisi ricostruttiva delle linee del processo penale. La presenza di una simile direttrice è resa manifesta dalla tendenza, più o meno consapevole, che traspare da talune recenti sentenze delle Sezioni Unite. Le più significative decisioni risultano:

a) la sentenza Donelli <sup>(1)</sup>, sui rapporti fra appello cautelare del p.m. e nuova richiesta cautelare, per lo stesso fatto, nei confronti dello stesso imputato;

b) la sentenza Donati <sup>(2)</sup>, sulle situazioni di litispendenza estranee a questioni di competenza, sul principio del "*ne bis in idem*" indipendente dalla formazione del giudicato e sulla preclusione del nuovo esercizio dell'azione penale ad opera del medesimo ufficio del P.M. contro la stessa persona per lo stesso fatto;

c) la sentenza Battistella <sup>(3)</sup>, sulle sequenze del controllo dell'imputazione riservato al giudice dell'udienza preliminare in ordine alla specificità e alla determinatezza dell'imputazione e sulla categoria dell'abnormità in fattispecie d'indebita regressione del procedimento;

d) la sentenza 31 gennaio 2008 <sup>(4)</sup>, sui rapporti fra impugnazione del difensore dell'imputato contumace e sul diritto di quest'ultimo alla restituzione nel termine per proporre a sua volta impugnazione;

e) la sentenza 24 giugno 2010 <sup>(5)</sup>, che, sulla scia dei principi enunciati da Corte cost. 19 gennaio 1995, n. 27, ha stabilito l'operatività della preclusione all'esercizio dell'azione penale per lo stesso fatto di reato, oggettivamente e soggettivamente considerato, in mancanza del provvedimento di riapertura delle indagini successivo all'archiviazione.

---

<sup>(1)</sup> Cass., Sez. Un., 31 agosto 2004, Donelli, in *Mass. Uff.*, n. 227358.

<sup>(2)</sup> Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, Donati, in *Mass. Uff.*, n. 231800.

<sup>(3)</sup> Cass., Sez. Un., 20 dicembre 2007, p.m. in c. Battistella, in *Mass. Uff.*, n. 238239.

<sup>(4)</sup> Cass., Sez. Un., 31 gennaio 2008, Huzuneanu, in *Mass. Uff.*, n. 238472.

<sup>(5)</sup> Cass., Sez. Un., 24 giugno 2010, Giuliani ed altro, in *Mass. Uff.*, 247834.

Nella motivazione delle menzionate sentenze il ricorso alla categoria della preclusione è normalmente giustificato con il richiamo al principio di ragionevole durata del processo (art. 111, co. 2, Cost.), definito come “regola precettiva e interpretativa ad un tempo” posta a tutela dell’efficienza e della tempestività, della rapidità e della razionalità dello sviluppo del processo <sup>(6)</sup>.

È opportuno ricordare, peraltro, che l’esistenza di uno stretto nesso fra preclusione ed esigenze di economia processuale è stata da tempo segnalata in dottrina, essendo stato affermato che la preclusione si pone nella prospettiva della dinamica conflittuale tra esigenze di certezza, di economicità e di rapidità ed esigenze di giustizia finalizzate all’accertamento della verità materiale <sup>(7)</sup>: con la precisazione, per il processo penale, che la natura dialettica di esso esprime il contrasto tra l’interesse al raggiungimento della verità, che consiglierebbe di dare corso in ogni momento a qualsiasi richiesta, deduzione ed eccezione delle parti, e l’interesse alla rapidità, alla buona fede e all’economia processuale, il quale porta necessariamente ad individuare nella preclusione un fattore di ordine e di coordinamento tra gli atti processuali <sup>(8)</sup>.

Il richiamo al pensiero di insigni studiosi del processo civile e di quello penale permette di catalogare le preclusioni nell’ambito della teoria generale del processo e di affermarne il fondamento unitario, pur nel differente regime giustificato dalle distinte peculiarità dei due sistemi.

La giurisprudenza delle singole sezioni della Corte si è normalmente adeguata all’insegnamento delle Sezioni Unite, onde deve considerarsi generalizzato l’uso della preclusione quale uno dei principali criteri interpretativi della disciplina del processo. Un’applicazione significativa di simile orientamento sistematico è dato, ad esempio, dall’interpretazione della disposizione di cui all’art. 627, co. 4, c.p.p., e la possibilità di rilevare nel giudizio di rinvio

---

<sup>(6)</sup> Cass., Sez. Un., 29 maggio 2008, p.c. in c. D’Eramo, in *Mass. Uff.*, n. 239701.

<sup>(7)</sup> G. GUARNIERI, *Preclusione (dir. proc. pen.)*, in *Noviss. Dig. It.*, 570.

<sup>(8)</sup> V. ANDRIOLI, *Preclusione (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. It.*, 567.

## ORIENTAMENTI

inutilizzabilità verificatesi nei precedenti gradi del processo o nel corso delle indagini preliminari. Benchè inibisca espressamente la sola rilevazione delle cause di nullità o di inammissibilità, la disposizione è stata considerata quale espressione di un principio generale applicabile anche alle cause di inutilizzabilità in forza dell'efficacia preclusiva che l'ordinamento attribuisce alle sentenze della Corte di cassazione rispetto alle questioni non attinte dalla decisione di annullamento <sup>(9)</sup>.

2. La diffusione nella prassi giudiziale dello schema concettuale della preclusione è accompagnata sovente da accezioni di valore semantico non omogenee e prive, soprattutto, di una medesima base logica e sistematica, tanto da fare dubitare che si sia in presenza dell'identico istituto e da fare pensare che le affinità tra le diverse situazioni preclusive si riducano al profilo meramente descrittivo della operatività di un impedimento all'esercizio di facoltà delle parti e alla comunanza funzionale scandita dalla convergenza verso l'attuazione del principio di ragionevole durata del processo. È noto che la concezione tradizionale, che ha trovato nel pensiero di Chiovenda l'elaborazione più chiara 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 da cui scaturiscono fatti impeditivi dell'esercizio di poteri e di facoltà processuali. 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 il fondamento dell'istituto è stato giustamente ricondotto nel quadro del concetto di autoresponsabilità. In tale prospettiva, pur nella varietà di posizioni, la figura della preclusione-consumazione è quella che riscuote più ampi consensi nella dottrina processualpenalistica, in cui prevale l'opinione

---

<sup>(9)</sup> Cass., Sez. V, 3 ottobre 2006, Caruso ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 235015; Sez. I, 18 aprile 2006, Marine ed altri, *ivi*, n. 235274.

restrittiva che correla le preclusioni alle sole situazioni di consumazione qualificate dal precedente esercizio delle medesime facoltà<sup>(10)</sup>.

Tuttavia, la concezione della preclusione limitata alla dimensione della consumazione di un potere già esercitato non esprime appieno la forza espansiva dell'istituto cui l'ordinamento attribuisce la funzione di meccanismo o espediente che scandisce i singoli passaggi della progressione del processo e regola i tempi e i modi dell'esercizio dei poteri delle parti e del giudice. Seguendo la classica teoria del Chiovenda, deve ritenersi che la preclusione corrisponda ad un istituto coesenziale alla stessa nozione di processo, non concepibile 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. Di talché l'*ordo processus*, nelle specifiche scansioni modulate dalla legge, inerisce all'ordine pubblico processuale e comporta la perdita di facoltà delle parti ogni qual volta non siano osservate le modalità prescritte dalla legge processuale, o siano state compiute attività incompatibili, ovvero siano state in precedenza esercitate quelle stesse facoltà<sup>(11)</sup>.

3. Le opinioni che escludono o ridimensionano fortemente l'impatto della preclusione sull'ermeneutica legislativa esprimono la preoccupazione che il giudice finisca con l'attribuirsi il compito di creare (e non soltanto interpretare) il diritto<sup>(12)</sup>. Il rischio dell'utilizzazione della preclusione come mezzo che rende possibile la manipolazione dell'apparato normativo è tutt'altro che astratto e, a ben vedere, il pericolo dell'uso distorto dell'istituto è stato

---

<sup>(10)</sup> E. MARZADURI, *Opinioni a confronto. Preclusioni processuali e ragionevole durata del processo*, in *Criminalia*, 2008, 242.

<sup>(11)</sup> Cass., Sez. Un., 28 giugno 2005, Donati, cit.

<sup>(12)</sup> E. MARZADURI, *op. cit.*, 247.

## ORIENTAMENTI

presente nel pensiero delle Sezioni Unite allorché, nella sentenza Donati, l'operazione interpretativa è stata agganciata al principio di legalità del processo, stabilendo che, in assenza di esplicite statuizioni legislative, le coordinate dell'analisi ricostruttiva del sistema devono necessariamente passare attraverso la via tracciata dall'art. 12 disp. sulla legge in generale, la cui applicazione permette di individuare le strutture portanti del processo mediante l'applicazione dei principi generali dell'ordinamento giuridico. E se è vero che uno di questi principi generali corrisponde a quello della ragionevole durata del processo, è non di meno certo che quest'ultimo principio deve essere calato all'interno del contesto normativo segnato dai fondamentali valori costituzionali compendati dal canone del "giusto processo regolato dalla legge" di cui all'art. 111, co. 1, Cost. Ne discende, come logico corollario, che al giudice è affidata una delicata opera di bilanciamento nella ricerca del punto di equilibrio tra interessi muniti di copertura costituzionale, tra i quali -conformemente alla gerarchia di valori delineata dalla Costituzione- assumono rilievo prioritario il diritto al contraddittorio e il diritto di difesa, che non possono essere in nessun caso vanificati in nome delle esigenze di economia processuale e della ragionevole durata del processo.

Pertanto, deve essere ben chiaro che nessun tipo di processo, neppure quello più rapido, può meritare la qualifica di "giusto", ai sensi dell'art. 111 Cost. e dell'art. 6, §1, Conv. europea, quando la celerità dei ritmi processuali sia il risultato del sacrificio di valori di rango costituzionale superiore o paritario.

Al vincolo derivante da tale metodo interpretativo non sembra essersi adeguata la sentenza Huzuneanu del 2008 <sup>(13)</sup>, secondo cui l'impugnazione proposta dal difensore, di fiducia o d'ufficio, nell'interesse dell'imputato contumace preclude allo stesso, qualora sia intervenuta la relativa decisione, di essere restituito nel termine per proporre a sua volta impugnazione ai sensi dell'art. 175 C.p.p., ancorché egli non abbia avuto effettiva conoscenza del processo e non

---

<sup>(13)</sup> Cass., Sez. Un., 31 gennaio 2008, Huzuneanu, cit.

abbia volontariamente rinunciato a comparire. Con lo statuire che il diritto di difesa e la garanzia del giusto processo sancito dall'art. 6§1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo devono cedere il passo alle esigenze relative alla rapida definizione del processo, la sentenza Huzuneanu ha indubbiamente sovvertito la scala di valori tracciata dalla Carta costituzionale, onde era facilmente prevedibile che la disposizione di legge, interpretata in quel modo, sarebbe stata dichiarata costituzionalmente illegittima. Come, difatti, è avvenuto con la sentenza n. 317 del 2009, con la quale il Giudice delle leggi ha precisato che la disciplina normativa risultante dal diritto vivente cagiona "un sacrificio puro e semplice, sia del diritto al contraddittorio sancito dal suddetto art. 111 Cost., sia del diritto di difesa, riconosciuto dall' art. 24, co. 2, Cost.: diritti garantiti da norme costituzionali che entrambe risentono dell'effetto espansivo dell'art. 6 Conv. europea dei diritti dell'uomo e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo".

4. In passato la tematica relativa alla preclusione era stata approfondita soprattutto nell'ottica dello sviluppo per gradi del processo penale e del principio devolutivo delle impugnazioni, in riferimento alla progressiva delimitazione della regiudicanda con il 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. Tuttavia, da non pochi arresti della Corte di cassazione traspariva che non era sempre chiara la distinzione tra preclusione e giudicato, tanto che in talune sentenze poteva leggersi che la formazione progressiva del giudicato si verificava non solo in caso di annullamento parziale, ma anche quando la sentenza non fosse stata impugnata nella parte concernente l'affermazione della responsabilità dell'imputato, sul punto producendosi, anche in quest'ultimo caso, l'effetto dell'intangibilità della decisione in conseguenza del giudicato interno, a somiglianza del fenomeno regolato dall'art. 624 c.p.p. dalla non corretta impostazione dei

## ORIENTAMENTI

rapporti tra preclusione e giudicato veniva tratta la conseguenza che, pur essendo esplicitamente prevista dall'art. 129 del codice di rito la rilevabilità, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo delle cause di non punibilità, queste dovevano considerarsi inapplicabili qualora il tema di indagine e di decisione devoluto al giudice dell'impugnazione riguardasse le questioni relative non all'accertamento della responsabilità dell'impugnante ma al solo trattamento sanzionatorio. In altri termini, secondo siffatto indirizzo, l'applicazione delle cause di non punibilità avrebbe dovuto essere esclusa in presenza di una situazione processuale annoverabile nella categoria delle semplici preclusioni.

La distorsione derivante da simile linea di pensiero è stata superata dalle Sezioni Unite allorché, dopo avere tracciato una netta distinzione tra capi e punti della decisione, hanno chiarito che la cosa giudicata si forma sui capi e non sui punti della sentenza, potendo questi ultimi essere oggetto unicamente della preclusione correlata all'effetto devolutivo del gravame. Ne segue che in caso di condanna, pur non essendo più in discussione la responsabilità dell'imputato, l'attinenza dei motivi di gravame alle sole questioni riguardanti la sussistenza di circostanze o la quantificazione della pena basta ad impedire la formazione del giudicato, dato che la *res iudicata* si forma allorché 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. Pertanto, la causa di estinzione del reato non è paralizzata dalla preclusione vertente sul punto della penale responsabilità e deve essere rilevata, anche d'ufficio, fino a quando il giudizio non sia integralmente esaurito per effetto del giudicato che copre il capo di sentenza oggetto della condanna pronunciata nel confronti dell'imputato <sup>(14)</sup>.

5. Un importante contributo per l'identificazione della linea di confine che separa la preclusione dal giudicato è stato apportato dalla sentenza Donati, ove le Sezioni Unite hanno tracciato i rapporti tra

---

<sup>(14)</sup> Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2000, Tuzzolino, in *Mass. Uff.*, n. 216239.

le due situazioni giuridiche, rilevando che entrambe sono caratterizzate dal divieto del "*bis in idem*" e che la diversa pregnanza di tale effetto vale a collocarle in distinti cerchi concentrici non coincidenti per l'ampiezza e per la forza di resistenza ad interventi modificativi del *decisum*. Infatti, le Sezioni Unite hanno chiarito che la disciplina posta dall'art 649 del codice di rito costituisce un singolo, specifico, punto di emersione del principio del "*ne bis in idem*", che permea l'intero ordinamento dando linfa ad un preciso divieto di reiterazione dei procedimenti e delle decisioni sull'identica regiudicanda, in sintonia con le esigenze di razionalità e di funzionalità connaturate al sistema e convergenti in direzione dell'esito finale rappresentato dalla preclusione "*pro iudicato*" o, secondo l'espressione del Chiovenda, dalla "somma preclusione", che irrevocabilmente si consolida a chiusura del processo. Il divieto di "*bis in idem*" derivante dal giudicato si distingue, dunque, da quello promanante dalla semplice preclusione sotto il profilo della piena irrevocabilità generata dal primo, il cui superamento resta possibile soltanto con l'esperimento dei mezzi di impugnazione straordinari previsti dalla legge: con la conseguenza che nel processo di cognizione appartiene soltanto alla cosa giudicata la caratteristica della eseguibilità della condanna in conseguenza della trasformazione della qualità di imputato in quella di condannato e del correlato superamento della presunzione di non colpevolezza sancita dal co. 2 dell'art. 27 Cost.

Muovendo da queste premesse concettuali le Sezioni Unite hanno recentemente tracciato una precisa e nitida linea di demarcazione tra l'area della preclusione e quella del giudicato al fine di risolvere il quesito sulla riproponibilità della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata in caso di mutamento di giurisprudenza da cui derivi la modificazione del diritto vivente <sup>(15)</sup>. La motivazione di questa sentenza poggia su un impianto estremamente solido e rivela un finissimo sviluppo argomentativo, il cui avvio è

---

<sup>(15)</sup> Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2010, p.m. in c. Beschi, in *Mass. Uff.*, n. 246651.



## ORIENTAMENTI

costituito dalla premessa che nel procedimento di esecuzione, come nel procedimento di sorveglianza, opera il principio della preclusione processuale inerente al divieto del "*bis in idem*" in cui va inquadrata la regola dettata dall'art. 666, co. 2, c.p.p., a norma del quale il giudice dell'esecuzione deve dichiarare inammissibile la richiesta che sia basata sui «medesimi elementi» di altra già rigettata. Le Sezioni Unite hanno, quindi, esaminato i peculiari caratteri della giurisdizione in sede esecutiva affermando che il concetto di giudicato, così come elaborato con riferimento al processo di cognizione, viene impropriamente evocato in relazione ai provvedimenti adottati dal giudice dell'esecuzione, dato che il termine di "giudicato esecutivo" riferito al divieto di "*bis in idem*" di cui all'art. 666, co. 2, c.p.p. altro non è che una vera e propria preclusione stabilita per arginare richieste meramente dilatorie e per creare un idoneo filtro processuale. Pertanto, ad avviso della sentenza Beschi, la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata non resta preclusa qualora siano modificati gli elementi di diritto adottati a fondamento della domanda. È quanto si verifica nell'ipotesi di mutamento del diritto vivente conseguente alle decisioni delle Sezioni Unite.

In uno dei primi commenti della sentenza Beschi è stato giustamente segnalato che il principio di diritto in essa enunciato è carico di implicazioni e di possibili riflessi "in settori finitimi", con riguardo, cioè, ad analoghe situazioni preclusive per le quali deve considerarsi improprio il riferimento al regime della cosa giudicata, difficilmente adattabile alla materia delle misure di prevenzione e a quella delle misure cautelari personali <sup>(16)</sup>.

In relazione alle misure di prevenzione, personali e patrimoniali, è stato messo in risalto la peculiare natura debole o flessibile della definitività delle decisioni da cui discende una preclusione operante "*rebus sic stantibus*", piuttosto che il crisma dell'irrevocabilità del giudicato: di talchè non resta impedita la rivalutazione della peri-

---

<sup>(16)</sup> A. MACCHIA, *La modifica interpretativa cambia il "diritto vivente" e impone di rivalutare la posizione del condannato*, in *Guida dir.*, 2010, 27, 80.

colosità del prevenuto ai fini dell'applicazione di una nuova o più grave misura qualora siano acquisiti ulteriori elementi non valutati, che comportino un giudizio di maggiore gravità della pericolosità stessa e di inadeguatezza delle misure precedentemente adottate<sup>(17)</sup>.

Un fenomeno simile si registra sul terreno delle misure cautelari personali per le quali, al di là dell'ambigua terminologia adoperata in parecchie sentenze, la distinzione tra preclusione e giudicato è alla base delle posizioni della giurisprudenza di legittimità. Su tale delicato tema, in una delle più lucide e argomentate sentenze è stato precisato che la formazione e la portata del giudicato e della preclusione processuale non vanno individuate in astratto sulla base di concezioni aprioristiche, ma con riferimento al diritto positivo vigente<sup>(18)</sup>. Le Sezioni Unite hanno chiarito che una preclusione processuale si forma all'esito del procedimento incidentale di impugnazione, essendo un simile effetto connaturato allo stesso sistema delle impugnazioni, che, per sua natura, è diretto ad ottenere da un giudice collegiale sovraordinato il controllo delle condizioni di legittimità della misura: con la conclusione che le decisioni sono presidiate dal "*ne bis in idem*" e, per evidenti ragioni di economia processuale, spiegano un'efficacia preclusiva allo stato degli atti di grado minore rispetto alla cosa giudicata.

In definitiva, a conclusione di un lungo percorso, la giurisprudenza di legittimità è arrivata a risultati compatibili con i caratteri di fondo del sistema apprestato a tutela della libertà personale, in quanto la preclusione che assiste le decisioni è qualificata dalla duplice connotazione che il "*ne bis in idem*" non copre le questioni deducibili, ma soltanto quelle dedotte, implicitamente o esplicitamente, nei pregressi procedimenti di impugnazione e che la definitività è superabile quando vengano prospettati nuovi elementi di prova a seguito di sopravvenuti sviluppi delle indagini.

---

<sup>(17)</sup> Cass., 29 ottobre 2009, Galdieri, in *Mass. Uff.*, n. 245176.

<sup>(18)</sup> Cass., Sez. Un., 8 luglio 1994, Buffa, in *Mass. Uff.*, n. 198213.

## ORIENTAMENTI

6. L'enunciazione dei principi affermati con la sentenza Donati in merito all'operatività della preclusione del *ne bis in idem*, pur in assenza del giudicato, è stata preceduta da una decisione delle Sezioni Unite, in materia di appello cautelare, che rappresenta una tappa fondamentale del percorso che ha condotto all'ampliamento delle possibilità applicative del paradigma della preclusione quale principio regolatore dell'ordine processuale. Infatti, già prima della sentenza *Donati* 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, rinnovò 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 <sup>(19)</sup>. Nella decisione sono state illustrate le possibili interferenze tra competenze funzionali diversificate rilevando che, 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 configura in termini di concorrenza, bensì di alternatività. Nella stessa sentenza è stato opportunamente messo in risalto come "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". In presenza di una situazione siffatta la condotta del Pubblico Ministero

---

<sup>(19)</sup> Cass., Sez. Un., 31 marzo 2004, Donelli, in *Mass. Uff.*, n. 227358.

costituirebbe certamente un caso di evidente abuso del processo.

A ben vedere, la sentenza Donelli si muove lungo le medesime linee ermeneutiche della successiva sentenza Donati dal momento che la prima decisione ha individuato il fondamento della preclusione del "*ne bis in idem*" nella inammissibile duplicazione dell'azione cautelare e nella conseguente consumazione del potere del pubblico ministero.

Orbene, posto che la *ratio* della preclusione indicata nella sentenza Donelli è quella di prevenire gli abusi a danno dell'indagato derivanti dalla proliferazione di richieste di misure cautelari per l'identico fatto di reato, non può non suscitare motivate perplessità la recente sentenza delle Sezioni Unite con la quale si è stabilito che, qualora il pubblico ministero, nelle more della decisione su una impugnazione incidentale "*de libertate*", intenda utilizzare, nei confronti dello stesso indagato e per lo stesso fatto, elementi probatori "nuovi" può scegliere se riversarli nel procedimento impugnatorio ovvero porli a fondamento di una nuova richiesta cautelare: con la conseguenza che, una volta effettuata, la scelta gli preclude di coltivare l'altra iniziativa cautelare <sup>(20)</sup>. Nonostante il cauto incedere argomentativo, è innegabile che la sentenza Testini segna un brusco cambio di rotta, risultando il suo itinerario del tutto asimmetrico e diatonico a quello seguito dalla sentenza Donelli. Infatti, la prima oblitera del tutto le ragioni di economia processuale e di razionalizzazione sistematica che rappresentano la base giustificativa della preclusione che impedisce la moltiplicazione dei procedimenti incidentali *de libertate*, per di più facendo dipendere l'operatività di detta preclusione da scelte discrezionali del Pubblico Ministero che incidono sulla libertà personale dell'indagato.

7. È diffusa l'opinione che identifica nella disciplina procedimentale delle misure cautelari personali uno dei fattori più rilevanti dell'appesantimento e della lentezza del processo penale, contraddi-

---

<sup>(20)</sup> Cass., Sez. Un., 16 dicembre 2010, Testini, in *Mass. Uff.*, n. 249001.

## ORIENTAMENTI

stinto dalla esasperata proliferazione di procedimenti incidentali, dal loro intreccio, talora inestricabile, 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, per giunta, non vincolanti rispetto alla soluzione delle medesime questioni dibattute nel procedimento principale.

Sono palesi gli effetti deleteri che un simile sistema produce sull'ordine, sulla funzionalità e sulla ragionevole durata del processo, sicché una riforma del processo penale non è pensabile senza appropriati ed incisivi interventi sulla disciplina dei procedimenti incidentali *de libertate*.

È giustificato chiedersi allora se il riferimento alla preclusione come strumento di sviluppo armonico, di ordine e di progressione funzionale del processo, fondato sul principio di non contraddizione e sul divieto del *bis in idem*, possa contribuire a razionalizzare e a semplificare i rapporti tra procedimento principale e procedimenti incidentali. In altre parole, occorre domandarsi se possa risultare proficua l'utilizzazione della preclusione quale "espediente" predisposto dal legislatore per rendere certo, ordinato, sollecito, e perciò di durata ragionevole, il cammino del processo, senza scalfire la pienezza delle garanzie apprestate a tutela della libertà personale <sup>(21)</sup>.

---

<sup>(21)</sup> 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 da parte di Francesco Mauro IACOVELLO, *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 a disvelare le possibilità applicative dischiuse dall'uso appropriato dell'istituto della preclusione in funzione di "meccanismo di riduzione della conflittualità latente nel sistema" e di fattore di ordinato sviluppo dei rapporti tra processo principale e procedimenti incidentali. La premessa dell'analisi è indicata nella constatazione che accanto al processo di cognizione prolifera una serie di procedimenti cautelari che si trovano in posizione reciproca di "perversa incomunicabilità" e in relazione di "minima interferenza". Tale situazione spiega la possibilità illimitata di instaurare procedimenti incidentali aventi ad oggetto le identiche questioni di fatto e di diritto sulle quali G.i.p., tribunale e Corte di cassazione sono chiamati a decidere più volte: sicché,

Un assetto meno contraddittorio dei rapporti tra procedimento principale e procedimenti incidentali è stato perseguito dalla disposizione contenuta nel co. 1-*bis* dell'art. 405 c.p.p., introdotta dall'art. 3 L. 20 febbraio 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 ordine 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". È evidente che l'intento del legislatore è stato quello di stabilire che le preclusioni formatesi nei procedimenti incidentali hanno incidenza sull'esito del processo principale, parallelamente all'effetto di assorbimento esplicato da quest'ultimo sui primi.

La normativa aveva ricevuto critiche pressoché unanimi in dottrina e in giurisprudenza ed è stata presto demolita dalla sentenza della Corte costituzionale, che ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 112 Cost., indicando l'incongruenza della disposizione sul piano della ragionevolezza e del rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale <sup>(22)</sup>. La caducazione dell'art. 405, co. 1-*bis*, c.p.p. non può, tuttavia, fare abbandonare l'idea di possibili preclusioni operanti nel processo di cognizione a seguito di decisioni adottate nei procedimenti incidentali.

In dottrina è stato rilevato che non esiste nessuna norma specifica che vieti l'efficacia preclusiva all'interno del processo principale in dipendenza di fatti compiuti nel procedimento incidentale. Di talché, tenuto conto del principio di efficienza processuale e ferme restando le ineludibili garanzie del giusto processo, non può rav-

---

pur rimanendo immutati i dati fattuali, la pronunzia già intervenuta nel procedimento incidentale non può precludere che le medesime questioni siano nuovamente sollevate nel procedimento principale. Non senza ragione è stato osservato che un simile sistema "dissipa risorse e genera artificialmente il rischio di errore", IACOVIELLO, *op. cit.*, 2191.

<sup>(22)</sup> Corte cost., 24 aprile 2009, n. 121.

## ORIENTAMENTI

visarsi alcuna ragione plausibile per cui –intervenuta nel procedimento incidentale una decisione della Cassazione su questioni di puro diritto (si pensi a quelle relative alla nullità di atti processuali, all’inutilizzabilità di elementi di prova, alla competenza)- le stesse questioni, pur restando invariata la situazione di fatto, possano essere nuovamente riproposte nel processo principale negli identici termini. Negare la consumazione di tali facoltà delle parti equivale ad affermare la possibilità sconfinata di reiterare questioni già definite nei vari gradi dei procedimenti incidentali, compreso quello dinanzi alla Corte di cassazione: in particolare, significa avallare una soluzione che non solo è contraria alla logica della ragionevole durata e dell’efficienza del processo, ma non è neppure conforme ai canoni del giusto processo <sup>(23)</sup>. A chiusura di tali riflessioni, ritengo necessario sottolineare, da un lato, l’importanza dell’istituto della preclusione quale proficuo mezzo dell’interpretazione logica e sistematica della normativa processuale e, dall’altro, i pericoli insiti nell’uso di una tecnica ermeneutica che, nelle situazioni non disciplinate espressamente dalla legge, richiede cautela nella ricerca e nella ponderazione dei principi generali dell’ordinamento processuale. Per concludere, nell’ottica di un’interpretazione costituzionalmente orientata, non è possibile privilegiare esclusivamente il binomio preclusione-ragionevole durata del processo, non dovendo mai dimenticarsi che le esigenze di efficienza e rapidità dei tempi processuali costituiscono condizioni necessarie ma non sufficienti del giusto processo e che esse devono essere in ogni caso temperate con il principio inderogabile della legalità processuale.

---

<sup>(23)</sup> Infatti, riprendendo le parole di IACOVIELLO (*op. cit.*, 2208), un processo è giusto se esiste un giudice chiamato a pronunciarsi, previo contraddittorio, sulla richieste delle parti e se queste contro la decisione possono attivare il controllo di una istanza superiore: viceversa, il processo cessa di essere giusto per diventare disequilibrato e asimmetrico, se alle parti è consentito di abusare del processo e se non esiste un rimedio per impedire che esse possano fare quello che vogliono, quando vogliono e quante volte vogliono.