

Ordinamento giudiziario

Funzione dei vice procuratori onorari e iniziative *de libertate*

Silvia Alvares

La decisione

Ordinamento giudiziario - Libertà personale - Convalida dell'arresto - Giudizio direttissimo - Delega di funzioni al vice procuratore onorario - Ambiti operativi (Ord. giud., art. 72, co. 1, lett. b; C.p.p. artt. 391, 449 e 558; Disp. att. c.p.p., art. 162).

La delega conferita al vice procuratore onorario dal procuratore della Repubblica, per lo svolgimento delle funzioni di pubblico ministero nella udienza di convalida dell'arresto o del fermo o in quella di convalida dell'arresto nel contestuale giudizio direttissimo, comprende la facoltà di richiedere l'applicazione di una misura cautelare personale, dovendosi altresì considerare prive di effetto giuridico limitazioni di tale iniziativa eventualmente contenute nell'atto di delega.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 6 aprile 2011 (ud. 24 febbraio 2011) - LUPO, *Presidente* - SQUASSONI, *Relatore* - MARTUSCIELLO, *P.M.* (conf.).- Fatihi, ricorrente.

Il commento

La sentenza in commento delle Sezioni Unite Penali sgombera il campo da dubbi circa la piena facoltà dei vice procuratori onorari - delegati a svolgere funzioni requirenti in sede di udienza di convalida dell'arresto o del fermo e di eventuale giudizio direttissimo - a richiedere al Giudice del dibattimento l'emissione di una misura applicativa della custodia cautelare in carcere.¹

La vicenda prende le mosse dal ricorso per Cassazione presentato dal difensore dell'imputato avverso l'ordinanza emessa dal Tribunale del Riesame di Milano, con la quale trovava conferma la precedente decisione di applicazione della misura cautelare in carcere dell'imputato in relazione al reato previsto dall'art. 73 d. P. R. n. 309 del 1990.

Il ricorrente lamentava la nullità assoluta dell'ordinanza di custodia cautelare emessa dal Giudice, a seguito della richiesta di emissione di una misura limitativa della libertà personale promossa dal vice procuratore onorario delegato. Quest'ultimo avrebbe infatti travalicato i limiti del mandato a lui conferito,

¹ In commento alla sentenza in esame v. G. DENORA, *Il viceprocuratore onorario senza vincolo di mandato*, in *Diritto e Giustizia*, 0, 108; P. PICCIALLI, *I poteri del vice-procuratore in udienza*, in *Il corriere del merito*, 2011, 636 ss..

non essendo la delega per l'udienza di convalida automaticamente comprensiva della facoltà di iniziativa cautelare.²

La Quarta Sezione Penale, assegnataria del ricorso, lo rimetteva alle Sezioni Unite, evidenziando un contrasto giurisprudenziale in merito alla legittimità della iniziativa cautelare del vice procuratore onorario in assenza di delega specifica.

Sin da subito i Giudici introducono il *thema decidendum* attraverso la rievocazione dei diversi orientamenti esistenti sul punto.

Secondo un primo indirizzo giurisprudenziale, ormai consolidato, il potere del vice procuratore onorario delegato ai sensi dell'art. 72 ord. giud. di richiedere in udienza di convalida e di contestuale giudizio direttissimo l'applicazione di una misura cautelare personale, risiede nel fatto che la delega permette al rappresentante del pubblico ministero di esercitare tutte le funzioni relative all'esercizio della pubblica accusa in udienza, tra le quali deve altresì ricomprendersi l'iniziativa cautelare in una sede, quale è l'udienza di convalida, naturalmente preposta al vaglio della verifica della regolare formalità dell'arresto e della eventuale sussistenza delle esigenze cautelari.³

Opposto indirizzo giurisprudenziale è quello che esclude che una delega generica possa estendersi sino all'esercizio della iniziativa cautelare, la quale ponendosi come mera ipotesi eventuale, non rientra nella ordinaria gestione della udienza, derivando da qui la necessità di una delega prevista *ad hoc* per l'esercizio della iniziativa cautelare e che non possa essere presuntivamente dedotta.⁴

Nelle more degli opposti indirizzi giurisprudenziali, le Sezioni Unite richiamano un altro orientamento che si muove sul versante relativo allo specifico contenuto della delega conferita al magistrato onorario. In base a questo as-

² Cfr. M. CERESA-GASTALDO, *Sulla legittimità della misura cautelare non assentiva dal procuratore della repubblica*, in *Cass. pen.*, 2009, 4166. V. anche L. GUGLIELMO, *Sula delega in favore del vice procuratore onorario*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 172. Più risalente nella analisi della delega di funzioni al vice procuratore onorario cfr. D. MELITO, *Sulla delega di funzioni al vice procuratore onorario*, in *Giur. It.*, 2000, 7. Specificamente in tema di potere ad impugnare del vice procuratore onorario v. L. GUGLIELMO, *Sulla legittimazione ad impugnare del vice-procuratore onorario*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 1086.

³ Cass., sez. IV, 23 maggio 2007, Jemmali in *Guida dir.*, 2007, 38, 96; Cass., sez. IV, 16 novembre 2010, n. 6838, Fadlaoui, inedita e, sia pure in modo assertivo, Cass., sez. III, 14 dicembre 2010, n. 2350, Karras, inedita.

⁴ Cass., sez. VI, 3 dicembre 2008, De Tursi, in *Cass. pen.*, 2010, 1081; Cass., Sez. V, 6 novembre 2009, Kharifo, in *Mass. Uff.*, 246142.

sunto, il magistrato onorario non può eccedere nei contenuti dell'atto di delega, nemmeno determinandosi nel senso di richiedere una misura meno afflittiva (quale potrebbe essere quella degli arresti domiciliari), qualora il procuratore della Repubblica abbia dichiaratamente espresso la propria volontà in relazione alla applicazione della custodia cautelare in carcere.⁵

Prima di addentrarsi nell'analisi della problematica sottoposta al proprio vaglio, la Corte si attarda nuovamente, ritenendo opportuna una sintetica menzione delle coordinate normative correlate con il potere di delega. Il richiamo è in particolare agli artt. 71 e 72 ord. giud., e successive modifiche, nelle quali vengono individuati le materie di competenze della magistratura onoraria e i compiti che la stessa può espletare nell'ambito requirente, e 162, comma primo, disp. att. c.p.p., dove si rinvengono indicazioni in merito alle modalità di conferimento della delega.

In tali norme trova regolamentazione la facoltà di delega delle funzioni requirenti del procuratore della Repubblica alla magistratura onoraria, anche in relazione alla partecipazione alla udienza di convalida dell'arresto o del fermo, finanche in caso di giudizio direttissimo.

Dalle disposizioni citate, la Corte deduce i seguenti principi: i vice procuratori onorari non sono titolari di funzioni giudiziarie proprie o meglio, come già a suo tempo ebbe modo di chiarire anche la Corte Costituzionale (Sent. n. 333 del 1990), sono soggetti chiamati semplicemente a rappresentare il pubblico ministero in udienza, senza che questo comporti di poterli ritenere inquadrati nella organizzazione giurisdizionale come neppure annoverati nell'ordine giudiziario. In questo contesto, la delega diventa lo strumento necessario per creare quel nesso funzionale e di immedesimazione organica, ponendosi quale atto indispensabile per il cui tramite è conferito l'esercizio della funzione requirente a soggetti esterni.

Si tratta di un conferimento formale che, eccetto il caso di violazione dei limiti di competenza per materia imposti dall'art. 58 della legge n. 479 del 1999 che, avendo modificato l'art. 72 ord. giud. ha inserito il criterio della non delegabilità delle funzioni del pubblico ministero per procedimenti relativi a reati diversi da quelli per cui si procede con citazione diretta a giudizio, ed il caso di carenza assoluta di delega, non integra una nullità di ordine generale in tema di partecipazione procedimentale del pubblico ministero di cui all'art. 178, comma primo, lett. b), c.p.p..

⁵ Cass., sez. V, 5 dicembre 2006, Bodino, in *Mass. Uff.*, n. 236220.

Sempre secondo la Corte, la mancata esibizione o il conferimento di una delega non rispettosa delle disposizioni su citate, non può essere causa di nullità, in quanto, rinvenendo la propria natura nelle disposizioni di legge summenzionate, è chiaro che trattasi di un atto relativo alla organizzazione interna dell'ufficio del pubblico ministero che non esplica i propri effetti sull'iter procedimentale.

Chiarita quindi la natura della delega, la Corte si interroga se l'atto di delega debba delimitare in modo specifico i confini di azione del soggetto esterno, prevedendo, in modo espresso, la facoltà di compiere determinati atti singolarmente individuati, tra i quali annoverare la richiesta di misura cautelare. In merito i Giudici si soffermano nuovamente su alcune pronunce giurisprudenziali, le quali identificano i limiti del contenuto della delega, con il richiamo a quanto previsto in caso di mandato ad agire proprio del diritto privato, il che implicherebbe l'impossibilità per il vice procuratore onorario delegato di eccedere i limiti di azione previsti dal procuratore della Repubblica delegante.⁶ Si tratta, a parere dei giudici, di un accostamento che mal si attaglia al caso in esame, il quale richiama ad un istituto che non trae il proprio fondamento dalla volontà delle parti, bensì dalle norme sull'ordinamento giudiziario e dal codice di procedura penale. In proposito, la Corte ribadisce che da nessuna delle norme su citate in materia di delega, è ammesso ricavare l'esistenza di un qualsivoglia rapporto di subordinazione gerarchica del delegato al delegante; ipotesi questa anzi contraddetta in modo inequivocabile dall'art. 162, comma quarto, disp. att. c.p.p., ove, all'occorrenza, il potere di consulto del vice procuratore onorario con il procuratore della Repubblica è visto come mera ipotesi facoltativa e non come obbligo.

La piena autonomia del magistrato del pubblico ministero designato nelle udienze penali è sancita inoltre dall'art. 70, comma quarto, ord. giud. e dall'art. 53, comma primo, c.p.p.. Si tratta di disposizioni la cui *ratio* è chiara ai Giudici: il rappresentante del pubblico ministero deve poter godere di una piena autonomia verso l'esterno e verso l'interno del proprio ufficio. Questo richiamo, non ravvisandosi nell'ordinamento alcuna previsione di segno contrario, permette alla Corte di equiparare la posizione della magistratura onoraria a quella di carriera, conferendo alla magistratura onoraria il medesimo *status* in udienza rispetto al magistrato di carriera.

⁶ Cass., sez. V, 2006 n. 9206, Bodino, cit.; Cass., sez. I, 3 marzo 2007 n. 22409, Busso, cit.

Data quindi per assodata la piena autonomia del vice procuratore onorario delegato in relazione alle determinazioni da prendersi durante l'udienza, il problema dei Giudici è quello di stabilire se si tratti di una autonomia decisionale ammessa anche con riguardo al tema della iniziativa cautelare, senza che sia all'uopo richiesta una concertazione preventiva con il procuratore della Repubblica. Altrimenti detto, ci si chiede se al fine di poter esercitare l'iniziativa cautelare, il vice procuratore onorario necessiti di una delega *ad hoc* o quanto meno se sia indispensabile nell'atto di delega un richiamo specifico relativo alla volontà del procuratore della Repubblica delegante di richiedere l'emissione di una misura cautelare.

In merito, i Giudici esprimono il seguente principio di diritto: il viceprocuratore onorario munito di delega generica per presenziare alle udienze di cui agli artt. 391 e 558 c.p.p., ha la facoltà di richiedere l'applicazione di una misura cautelare personale ed ogni limitazione eventualmente contenuta nell'atto di delega deve considerarsi dall'organo giudicante come non apposta e priva di effetto giuridico.

Se invero l'oggetto del contraddittorio nella udienza di convalida dell'arresto o del fermo deve essere esteso all'intero tema della decisione, ricomprendendo non solo la valutazione sulla legittimità dell'operato della polizia, ma anche, se necessario, la richiesta di applicazione di una misura cautelare⁷ e se dalle norme summenzionate risulta che il vice procuratore onorario è soggetto esterno autorizzato per il tramite della delega a svolgere tutte le funzioni requirenti, indipendentemente dal tipo di udienza, allora, secondo i Giudici di legittimità, ne deriva che il legislatore ha attribuito al magistrato onorario "la possibilità di interloquire in relazione a tutte le attività da espletare nelle menzionate udienze (ndr. da intendersi quelle di cui agli artt. 391 e 558 c.p.p.) in rapporto alla peculiare procedura".

Altra soluzione interpretativa che limitasse il potere del viceprocuratore onorario in sede di udienza di convalida impedendogli di emettere richiesta di misure cautelari in assenza di una delega specifica, si porrebbe, secondo i Giudici, in contrasto con le fonti normative. Invero, dal momento che nessuna delle norme nelle quali è regolato il potere di delega prevede espressamente che per il procedimento di richiesta di una misura cautelare il magistrato onorario sia munito di delega distinta, "la necessità di una specifica autorizzazione al magistrato onorario, non imposta dalla legge e non desumibile dal sistema, non può essere affermata in via interpretativa".

⁷ Cass., Sez. Un., 30 settembre 2010, Gemeanu, in *Cass. pen.*, 2011, 5, pag. 1792.

A sostegno di tale argomentazione, i Giudici ribadiscono che, quand'anche non si ritenesse di accogliere tale assunto interpretativo, un pubblico ministero delegante che dovesse decidere fuori udienza in merito alla richiesta di misure cautelari, con il solo vaglio cartolare e all'oscuro delle tesi e delle produzioni difensive conoscibili solamente nel corso della celebranda udienza di convalida, verrebbe posto di fronte ad una ipotesi di "richiesta cautelare eventualmente incongrua, in palese violazione della funzione che lo stesso deve esercitare quale custode della legge".

In questa parte motiva la Corte sembra però non considerare che un correttivo a tale temuta deriva, è che il vero "custode della legge" è il giudice, il quale, nel pieno esercizio del proprio potere giurisdizionale, ben potrebbe discostarsi da una richiesta di applicazione di una misura cautelare ritenuta incongrua o inadatta al caso concreto.

In merito alle conclusioni della Corte, non si può inoltre sottacere come nella prassi delle udienze, l'apporto che in sede di convalida dell'arresto o del fermo ed eventuale giudizio direttissimo, avviene ad opera delle risultanze difensive o dell'interrogatorio di garanzia, è spesso di poco conto, considerato anche il fatto che si tratta di udienze che, nella maggior parte dei casi, si celebrano a ridosso dell'arresto o del fermo, e senza che via sia stata la possibilità di organizzare preventivamente la difesa.

Questo tipo di considerazione potrebbe indebolire il ragionamento della Corte, considerato anche il fatto che gli atti di indagine presenti nel fascicolo del pubblico ministero con i quali si arriva all'udienza di convalida (verbale di arresto, eventuali dattiloscopici, copia del certificato penale e dei carichi pendenti, annotazioni di polizia giudiziaria, etc.), sono astrattamente sufficienti da permettere all'organo dell'accusa di verificare se vi siano quanto meno gli estremi per una richiesta di misura cautelare in relazione ai parametri previsti dagli artt. 273 e ss. c.p.p..

In relazione quindi ai timori avanzati dalla Corte rispetto ad una "incongrua" richiesta di misura cautelare nel caso in cui il pubblico ministero delegante dovesse provvedervi fuori dall'udienza di convalida, si sarebbe potuto ipotizzare un sistema interpretativo in cui, alla magistratura onoraria venisse concesso il potere di calibrare la richiesta di misura cautelare adattandola al caso concreto, solo dopo che il pubblico ministero delegante e titolare del potere requirente, avesse espresso il proprio parere favorevole alla richiesta di una misura limitativa della libertà personale. Questo comporterebbe anche la non

totale abdicazione della funzione requirente, in una materia così delicata quale è quella relativa alla limitazione della libertà personale.

I Giudici, sempre a sostegno del principio di diritto su espresso, continuano nel loro ragionamento giuridico, chiarendo come il potere di delega alla magistratura onoraria non sia atto arbitrario, bensì atto vincolato e condizionato al vaglio di professionalità da parte del procuratore della Repubblica. Questi, secondo la Corte, in merito alla idoneità del delegato a svolgere la funzione requirente, “deve considerare il livello di cultura giuridica e di esperienza del magistrato onorario e la sua capacità di fare fronte alle emergenze processuali non prevedibili”.

Nobile, a parere di chi scrive, è l’attività monofilattica messa in atto dalla Corte, con la finalità di garantire la coerenza interna del sistema normativo in materia di delega. Ciò non di meno, le motivazioni addotte dai Giudici non sembrano tenere in dovuta considerazione lo stato attuale dell’amministrazione della giustizia, dove purtroppo i tempi e i mezzi di cui spesso si dispone, impediscono quel vaglio indispensabile di professionalità della magistratura onoraria così come previsto e richiesto dalla legge.

Sempre nella parte motiva, altresì debole sembra essere il richiamo promosso dalla Corte al fatto che il legislatore, “ha garantito per i processi più impegnativi il massimo livello di professionalità del rappresentante del pubblico ministero, che deve essere di carriera”, ammettendo quindi la possibilità di delega solo per alcuni reati “ritenuti meno gravi”. Avulso da ogni altra considerazione, questo assunto sembrerebbe preoccupante, in quanto parrebbe quasi a significare che vi siano reati di serie A e reati di serie B, o peggio, cittadini di serie A e cittadini di serie B.

Sicuri che il ragionamento della Corte non sia andato in questo senso, non si deve però dimenticare che il potere di delega è divenuto una necessità da un certo momento storico in poi. Lo ribadisce lo stesso Giudice delle leggi quando, richiamando la relazione al progetto preliminare alla legge originaria sull’ordinamento giudiziario, rileva come l’art. 72 ord. giud. sia “ispirato alla esigenza pratica di ovviare alle carenze di magistrati professionali e di non ritardare la definizione dei processi penali”.⁸ Se quindi la facoltà di delega si pone come una legittima esigenza di amministrazione della giustizia, anche in relazione alla celebrazione dei processi penali, probabilmente maggiore attenzione avrebbe potuto essere posta dai Giudici, i quali, con la sentenza in

⁸ Corte cost. sent. n. 333 del 1990, in *Giur. Cost.*, 1990, pag. 2105.

commento, hanno legittimato, senza possibilità di limitazione alcuna, la facoltà di iniziativa cautelare ad opera della magistratura onoraria.

Nobile il ragionamento della Corte che con il richiamo alla normativa che non autorizza alcuna subordinazione della magistratura onoraria alla magistratura togata, non prevedendone in alcun modo limiti nell'esercizio del potere giurisdizionale, cerca di preservare la coerenza interna del sistema. Al contempo, non è tenuta in dovuto conto la prassi quotidiana, ove, per ovvie ragioni organizzative e di tempo, non sempre la magistratura onoraria è in grado di operare con la dovizia dovuta quel vaglio di professionalità richiesto dalla legge in relazione all'operato dei magistrati onorari.