

Ordinamento giudiziario

La figura del viceprocuratore onorario fra esigenze di autonomia e rispetto della libertà personale

Nicoletta Mani

La decisione

Ordinamento giudiziario - Pubblico ministero - Autonomia - Vice procuratore onorario - Delega per le funzioni di p.m - Udienza di convalida - Giudizio direttissimo - Potere di richiedere l'applicazione di misure cautelari - Sussistenza (Ord. giud., artt. 70, 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

Principio fondamentale e irrinunciabile del nostro sistema costituzionale, nonché di tutte le moderne democrazie, è costituito dall'indipendenza e dall'autonomia della magistratura.

Proprio a proposito di tale tema, nel 1921, Piero Calamandrei ebbe a dire, con parole che quasi suonavano come monito, che “ la civiltà dei popoli, la forza degli Stati, si misura così non tanto dalla bontà delle leggi che li reggono, quanto dal grado di indipendenza raggiunto dagli organi che queste leggi sono chiamati ad applicare”.¹

A prima vista invero, il tema oggetto della sentenza che si annota appare di limitato spessore giuridico e meno interessante di quanto le parole dell'illustre giurista possano far pensare in quanto ritenuto, forse, argomento specialistico riservato ad un pubblico di tecnici o alle aule delle facoltà universitarie.

In realtà, la pronuncia in oggetto ha il merito di concentrare l'attenzione su due fondamentali esigenze: la già citata indipendenza e autonomia della magistratura e ,in secondo luogo, il rispetto e la tutela della libertà personale così come garantita dalla Carta Costituzionale e dalle fonti normative e giurispru-

¹ Così CALAMANDREI, *Governo e Magistratura, discorso letto il 13 novembre 1921 per la solenne inaugurazione degli studi nell'Aula Magna della R. Università di Siena*, Siena, Stab. Tip. S. Bernardino, 1922, 7.

denziali sovranazionali.

La *quaestio* sottoposta all'attenzione delle Sezioni Unite Penali era particolare: "se al vice procuratore onorario, al quale ai sensi dell'art. 72 comma 1 lett. b) Ord. Giud. è rilasciata la delega a svolgere funzioni di pubblico ministero nella udienza di convalida dell'arresto e nel contestuale giudizio direttissimo, debba riconoscersi anche il potere di richiedere l'applicazione di una misura cautelare personale, oppure, se occorra a tale fine una espressa delega".²

Prima di affrontare compiutamente i due fondamentali aspetti affrontati dalla Corte non senza una indiscutibile eleganza, è necessario esaminare brevemente il ruolo dei viceprocuratori onorari nel nostro sistema processuale e soprattutto, le esigenze di politica giudiziaria poste alla base della loro introduzione.

Le disposizioni che disciplinano la struttura interna degli uffici del pubblico ministero si trovano nella legge sull'ordinamento giudiziario, ove all'art. 70 comma 3 è stabilito che "i titolari degli uffici del pubblico ministero dirigono l'ufficio cui sono preposti, ne organizzano l'attività ed esercitano personalmente le funzioni attribuite al pubblico ministero dal codice di procedura penale e dalle altre leggi, quando non designino altri magistrati addetti all'ufficio"

Nel 1988, con il D.P.R. n. 499 si è provveduto poi alla sostituzione degli artt. 71 e 72 dell'ordinamento giudiziario in modo da individuare le funzioni del pubblico ministero che potessero essere delegate e svolte anche da persone diverse da magistrati ordinari ed indicare le categorie di soggetti cui fosse conferibile tale delega, creando la nuova figura del vice procuratore onorario.

Tale scelta aveva alla base esigenze di tipo organizzativo e si poneva come soluzione di emergenza in un sistema giudiziario ormai sovraccarico e congestionato, anche in considerazione - all'epoca - dell'aumento di competenze per materia del pretore. L'introduzione di delegati onorari dell'ufficio del pubblico ministero sembrò al legislatore "una soluzione elastica che, non impedendo la partecipazione del magistrato professionale, potrà essere utilizzata dai procuratori della Repubblica presso le preture secondo le possibilità ed opportunità del caso concreto anche alla luce della esperienza offerta dalla innovazione".³

² Per una esaustiva analisi di tutti gli aspetti della sentenza annotata v. ALVARES, *Funzione dei viceprocuratori onorari e iniziative de libertate*, in *Arch.Pen.*, 2011, 3, in corso di stampa; v. anche DENORA, *Il viceprocuratore onorario senza vincolo di mandato*, in *Diritto e Giustizia*, 0, 108; PICCIALLI, *I poteri del viceprocuratore in udienza*, in *Il corriere del merito*, 2011, 636 ss..

³ Relazione al progetto preliminare delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni, 230.

Neanche dopo due anni, con il D.Lgs 2 febbraio 1990 n. 15, il legislatore modificò ulteriormente gli artt. 71 e 72 della legge di ordinamento giudiziario, mutando ancora per alcuni aspetti la disciplina dell'ufficio requirente delle preture. In particolare, la novella aveva provveduto ad allargare ancor di più le maglie della delega dei viceprocuratori onorari in quanto, prima dell'intervento legislativo potevano essere delegate unicamente le funzioni del pubblico ministero in dibattimento, mentre ora la delega può essere conferita anche per svolgere le funzioni del pubblico ministero nelle udienze di convalida del fermo e dell'arresto e per richiedere l'emissione del decreto penale di condanna.⁴

Se questo dunque è il contesto dal quale ha avuto origine la figura del viceprocuratore onorario, la Suprema Corte si è pronunciata proprio su due dei problemi fondamentali che tale soggetto processuale solleva: la necessità di garantire comunque l'autonomia del rappresentante dell'accusa, seppur onorario, in quanto munito di esplicita delega del capo dell'ufficio e, in secondo luogo, la altrettanto

necessaria cautela nell'attribuire ad un magistrato onorario - e come tale non togato - il potere di disporre misure limitative della libertà personale.

La Corte, dopo una rievocazione degli orientamenti delle Sezioni semplici sulla questione⁵, ha criticato con decisione la posizione per così dire, intermedia, adottata dalla Sezione V nella sentenza n.9206 del 2 dicembre 2006 nella quale si legge “ la delega segna i limiti entro i quali il delegato può determinarsi in modo autonomo e costituisce il fondamento per il legittimo esercizio delle funzioni requirenti, sicché il pubblico ministero onorario non

⁴ Su tale cornice normativa, in larga parte ancora vigente, si è innestato il D.lgs. n. 106/2006 che, in attuazione degli obiettivi di cui agli artt. 1, comma 1, lett. d, e 2, comma 4, della l.d. 25 luglio 2005, n. 150 di riforma dell'ordinamento giudiziario, ha dettato disposizioni in materia di riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero. Per una visione risalente all'epoca dell'emanazione del codice del 1988 vedi diffusamente CORVI, *I vice procuratori onorari aumentano i loro poteri in pretura*, in *Il Corriere Giuridico*, 1990, 5, 439 e ZAGREBELSKY, *Soluzioni organizzative del lavoro giudiziario*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1995, 6, 771.

⁵Secondo un primo indirizzo, il viceprocuratore onorario è perfettamente legittimato a chiedere in udienza l'applicazione di una misura cautelare personale, derivando tale potere innanzitutto dalla delega conferita ex art. 72 Ord. Giud. e, in secondo luogo, dalla stessa possibilità di partecipare alla fase in cui le misure possono essere richieste: v. Cass., Sez. IV, 23 maggio 2007, Jemmali, in *Guida dir.*, 2007, 38, 96; Id., Sez. IV, 16 novembre 2011, Fadlaoui, inedita; Id., Sez. III, 14 dicembre 2010, Karras, inedita. Il filone giurisprudenziale opposto sosteneva invece che la delega conferita al viceprocuratore onorario per l'udienza di convalida non fosse sufficiente ai fini dell'applicazione delle misure personali coercitive, necessitando una delega specifica in tal senso: v. Cass., sez. VI, 3 dicembre 2008, De Tursi, in *Cass. pen.*, 2010, 1081; Id., Sez. V, 6 novembre 2009, Kharifo, in *Mass. Uff.*, 246142.

può prendere iniziative eccedenti il concreto ambito della delega”⁶.

Non è infatti ammissibile, a parere dei Supremi Giudici, l’assimilazione, operata dal filone giurisprudenziale di cui la predetta sentenza rappresenta il più completo esempio, tra la delega prevista nell’art. 72 Ord. Giud. e l’omonimo istituto civilistico.

Nel primo caso infatti, la legittimazione del delegato trae origine da un’esplicita previsione di legge, e in particolare nel combinato disposto dell’art. 72 Ord. Giud. e 162 disp. att. Cpp, mentre nel secondo, dalla volontà delle parti e precisamente, dalle direttive stabilite nell’atto di delegazione, alle quali il delegato si deve necessariamente attenere.

Il problema sollevato dinanzi alle Sezioni Unite della Corte riguardava infatti i limiti della delega stessa, tema che si inserisce in quello più ampio della strutturazione gerarchica dell’ufficio del pubblico ministero attualmente vigente.

L’indipendenza della magistratura (e dei singoli magistrati) è affermata dalla Costituzione con convinzione ma essa, come l’indipendenza e l’autonomia di qualsiasi organo costituzionale, non può ritenersi avulsa dal sistema di equilibri e contrappesi che emerge dalla Carta costituzionale ed è incentrato nella sovranità popolare.⁷

Infatti, e ancor di più con la complessa legge delega n. 150 del 2005 di riforma dell’ordinamento giudiziario, l’organizzazione degli uffici del pubblico ministero è stata impostata con accentuati profili di dipendenza gerarchica del sostituto rispetto al capo dell’ufficio.⁸

La decisione in commento si pone peraltro in evidente contrapposizione rispetto a tale impostazione, affermando una volta per tutte che “la delega costituisce il fondamento per il legittimo esercizio delle funzioni requirenti, ma non segna il confine entro il quale l’onorario può determinarsi in modo autonomo in udienza” e recependo - si spera consapevolmente - i principi enunciati dal Consiglio d’Europa.

Con riferimento infatti al ruolo del pubblico ministero nei sistemi di giustizia penale, la raccomandazione Rec(2000)19 del Comitato dei ministri, pur riconoscendo l’estrema policromia della legislazione vigente in materia nel continente e pur am-

⁶ V. Cass., Sez. V., 5 dicembre 2006, Bodino, in *Mass. Uff.*, n. 236220.

⁷ Sul punto, con particolare attenzione all’ambito deontologico e disciplinare v. NICOSIA, *Sindacato amministrativo sull’attività giudiziaria dei magistrati*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1995, 4, 491.

⁸ La delega ha trovato attuazione nel D.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106, da ultimo modificato con la l. 269 del 2006. V. sul punto AMATO, *Il nuovo assetto ordinamentale del p.m.: il ruolo del procuratore ed i rapporti coi sostituti*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, 1, 86. In dottrina v. le osservazioni di LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2009, 104.

mettendo una base gerarchica come connaturata alle funzioni espletate dagli uffici di procura, tiene alta l'attenzione su limiti e garanzie di tale opzione organizzativa. E' spesso l'Europa a ricordarci - in questo caso il Consiglio - il rispetto del principio di legalità, nel richiedere che ciascun ordinamento offra adeguate garanzie normative e pratiche idonee ad evitare ogni forma d'improprio condizionamento nell'opera delle procure e dei singoli loro appartenenti. Allo stesso modo, si legge nella raccomandazione sopra citata che ogni ufficio di procura debba essere concretamente organizzato e ispirato al principio di imparzialità, con riguardo sia ai singoli appartenenti all'ufficio del pubblico ministero e al loro *status* professionale, sia ai criteri preordinati all'assegnazione dei procedimenti, di spettanza del Procuratore della Repubblica.⁹

Orbene, nel campo del diritto, e con ancora più evidenza nel campo del processo penale, è possibile rendersi conto di come sussista un dilemma di fondo: una volta enucleato un principio, apparentemente inattaccabile, basta voltare lo sguardo da una diversa angolazione per notare che ve n'è un altro, altrettanto di valore, che viene messo in disparte.

Non può dunque non meravigliare la pronuncia annotata in quanto non si limita a delineare il ruolo e le spettanze processuali del VPO, ma ne disegna un ruolo di estrema libertà anche nel delicato campo dei provvedimenti restrittivi della libertà personale.

La Corte perviene a tale risultato attraverso tre fondamentali considerazioni, due delle quali avvalorate da autorevoli precedenti a Sezioni Unite: in *primis*, l'assenso scritto del Procuratore della Repubblica, previsto dall'art. 3, comma 2, D.lgs. n. 106 del 2006, non è *de jure condito* condizione di ammissibilità della richiesta di misure cautelari personali presentata dal magistrato assegnatario del procedimento, né di validità della conseguente ordinanza cautelare emessa dal giudice¹⁰; in secondo luogo, la possibilità per il VPO di richiedere l'applicazione di misure cautelari personali deriva direttamente dalla previsione del legislatore, il quale consente che egli partecipi alle udienze previste dagli artt. 391 e 558 c.p.p., e inoltre, dall'oggetto stesso del contraddittorio nell'interrogatorio nell'udienza di convalida che "è atto polifunzionale destinato a riflettersi tanto sulla richiesta di convalida quanto sull'eventuale richiesta di misura cautelare, potendo in tale sede l'arrestato o il fermato ed il suo difensore sviluppare, anche attraverso produzioni documentali o di altri ele-

⁹ Approfonditamente GENOVESE, *La riforma dell'ordinamento giudiziario (III)*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2006, 2, 156.

¹⁰ Cass., Sez.Un., 24 febbraio 2009, Novi, in *Dir.Pen.Proc.*, 2010, 1, 64 con nota di ANDOLINA.

menti di prova, richieste alternative rispetto alla domanda cautelare formulata dal pubblico ministero”¹¹.

Così, da un principio esplicito e uno implicito, la Corte trae la considerazione conclusiva: quanto già detto sulla non possibilità di introdurre limitazioni alla delega e sulla autonomia del procuratore onorario vale anche per quanto concerne la possibilità di applicazione di misure cautelari personali.

Ci si deve a questo punto chiedere se sia condivisibile *in toto* il principio in esame, che di fatto introduce una legittimazione *extra ordinem* del viceprocuratore onorario a determinare una restrizione della libertà personale, anche nel caso di dissenso da parte del pubblico ministero delegante.

E' vero che, come sostengono le Sezioni Unite, non esiste alcuna disposizione nell'ordinamento che vieti al pubblico ministero onorario di avanzare istanze cautelari nelle udienze *ex art. 391 e 558 c.p.p.* anche quando non sia munito di delega specifica e nessuna sanzione processuale è dato riscontrare nel caso di violazione del criterio in esame¹²; è altrettanto vero però, quando si parla di libertà personale, che nulla può essere lasciato al caso o al principio per cui “tutto ciò che non è vietato è permesso”: la libertà personale è un diritto costituzionalmente garantito e ogni restrizione di essa è necessario che sia concretamente e specificamente stabilita dalla legge.

Non a caso, autorevole dottrina ha in passato sostenuto che “nel conflitto fra due interessi pubblici tutelati dalle norme processuali penali, quando la volontà della legge non imponga espressamente la prevalenza dell'uno sull'altro, questa dev'essere riconosciuta all'interesse relativo alla libertà individuale”¹³.

Il principio di legalità non è dunque da considerarsi né vago né titubante, ma deve essere interpretato quale principio di stretto rigore, così che è compito della legge indicare specificamente i soggetti deputati a rivolgere al giudice istanze finalizzate all'arresto, alla custodia, alla detenzione di una persona, così come la determinazione del *quomodo* e soprattutto, dell'*an* di tali istanze.

La Corte ha compiuto in questo caso un vero e proprio ragionamento “*per saltum*” nel sostenere, in parole povere, che il VPO possa avanzare autonome istanze cautelari nelle udienze di cui agli artt. 391 e 558 c.p.p. per il solo fatto

¹¹ BASSI, *Interrogatorio di convalida e diritto della difesa di accesso agli atti*, nota a Cass., 30 settembre 2010, Gemeanu, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, 6, 733.

¹² Lo stesso principio è espresso, seppur con riferimento alla delega di funzioni del p.m. in procedimenti per reati diversi da quelli a citazione diretta, in Cass., 5 maggio 2000, Del Gallo, in *Dir. Pen. Proc.*, 2000, 11, 1512, con nota di ROSSINI.

¹³ MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, Torino, 1931, 184.

che vi possa partecipare a seguito di delega generica del pubblico ministero, o addirittura contro le indicazioni di quest'ultimo; ma il ragionamento diventa un vero e proprio salto nel vuoto nel momento in cui, dalla possibilità di argomentare su una domanda cautelare si fa derivare la possibilità concreta, per il magistrato onorario, di avanzarla in prima persona. Un conto è infatti ritenere che il pubblico ministero possa sostenere e perorare, in udienza, i fondamenti argomentativi sottesi a istanze cautelari presentate dal collega togato in un momento antecedente - cosa che, peraltro, accade con una certa frequenza - ; altra cosa è sostenere che il viceprocuratore onorario possa avanzare autonoma istanza cautelare in udienza senza la benché minima indicazione da parte del pubblico ministero togato - neanche informale come spesso accade - sulla base di una delega generica e per il sol fatto che la legge nulla prescrive a riguardo.¹⁴

De iure condendo, in un momento storico in cui l'attenzione dell'opinione pubblica è sempre più concentrata sulle vicende giudiziarie e sugli errori spesso compiuti in materia di libertà personale, sarebbe opportuno un ripensamento dei criteri preposti all'organizzazione dell'ufficio del pubblico ministero, e, in particolare, di quelli posti alla base della delegabilità delle funzioni. Tali problematiche si inseriscono nell'ambito del generale dibattito relativo alla figura del pubblico ministero nel nostro ordinamento giudiziario: come sottolineato dalla stessa Corte Costituzionale, essa si presenta particolare e ambigua, in quanto non assimilabile né al giudice in senso stretto, né *sic et simpliciter* alla parte.¹⁵

E non a caso, per concludere così come si è iniziato, Calamandrei scriveva: "fra tutti gli uffici giudiziari, il più arduo mi sembra quello del pubblico accusatore: il quale, come sostenitore dell'accusa, dovrebbe essere parziale al pari di un avvocato; e, come custode della legge, dovrebbe essere imparziale al pari di un giudice. Avvocato senza passione, giudice senza imparzialità: questo è l'assurdo psicologico nel quale il pubblico ministero, se non ha un collaudato senso di equilibrio, rischia ad ogni istante di perdere per amor di serenità la generosa combattività del difensore, o per amor di polemica la spassionata oggettività del magistrato."¹⁶

¹⁴ Per una decisa critica alla sentenza annotata v. DE FRANCESCO, *Sui poteri cautelari del viceprocuratore onorario*, in "Filodiritto" (<http://www.filodiritto.com>).

¹⁵ SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, Milano, 2010, 310.

¹⁶ CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milano-Montepulciano, 2003, 56.