

IL MERITO

Segreto investigativo

La decisione

Rivelazione di segreto d'ufficio - Inopponibilità del segreto al CSM - Inosservanza di forme - Errore sul fatto - Punibilità - Esclusione (C.p.p., art. 329; C.p., artt. 47 e 326).

Non è punibile il pubblico ministero che riveli il segreto delle indagini ad un consigliere superiore nell'errata convinzione, indotta dalla maldestra formulazione della circolare del CSM, che questi sia abilitato a conoscerlo. L'eventuale errore sulle disposizioni della circolare del CSM, volta a regolare la materia della responsabilità disciplinare e dell'incompatibilità ambientale dei magistrati e quindi su disposizioni non penali, ricade sul fatto (art. 47 cp) e non sul precetto (art. 5 cp). Ciò senza che sia necessaria alcuna verifica della legittimità della circolare.

TRIBUNALE DI BRESCIA, UFFICIO DEL GIUDICE PER LE INDAGINI PRELIMINARI, 21 marzo 2022 (ud. 7 marzo 2022).

Quando l'inganno è autorevole (o autoritario?)

Assolto con la formula "perché il fatto non costituisce reato" il pubblico ministero milanese che si rivolse direttamente ad un consigliere superiore affinché quest'ultimo si facesse carico dell'ufficializzazione dell'esposto, il cui oggetto riguardava atti di indagine ancora coperti dal segreto investigativo, dai quali emergeva il coinvolgimento di altri consiglieri superiori (cd. Loggia Ungheria). Le cose, tuttavia, non andarono come preventivato dall'imputato al quale non può farsi carico del seguito, sfuggito al suo controllo.

When deception is authoritative (or authoritarian?)

Acquitted with the formula "because the fact does not constitute a crime", the Milanese public prosecutor who turned directly to a superior councilor so that the latter would take charge of the formalization of the complaint, the subject of which concerned secret investigative acts from which the involvement emerged of other superior councilors (so-called Loggia Hungary). However, things did not go as planned by the accused who cannot take charge of the sequel, which has escaped his control.

SOMMARIO: 1. Linguaggio comune sul segreto delle indagini... - 2. ... e sull'errore che non perdona 3. Se legifera un "Capo". - 4. Un pretesto che ha convinto. - 5. Un magistrato che non dipende ed un CSM che comanda. - 6. Un Leviatano? - 7. Meglio non farsi troppe domande. - 8. Una lingua per pochi.

1. *Linguaggio comune sul segreto delle indagini ...* Recenti arresti della giurisprudenza di legittimità in materia di rivelazione del segreto d'ufficio, ed in particolare di quello delle indagini preliminari, denotano un certo rigore punitivo.

Può, infatti, leggersi che quello dell'art. 326 c.p. è un reato di pericolo (concreto) che si realizza indipendentemente dall'effettivo pregiudizio alle investi-

gazioni risultando sufficiente che la divulgazione sia meramente suscettibile di recare pregiudizio all'interesse tutelato dalla norma o a terzi; che il delitto in parola si configura quando non siano osservate le procedure di rilascio delle informazioni, laddove previsto, e ne risponde, pertanto, il collaboratore di cancelleria che fornisca all'interessato, senza rispettare la procedura prevista dall'art. 110-bis disp. att. c.p.p., informazioni in ordine all'esistenza di iscrizioni nel registro degli indagati ulteriori e diverse rispetto a quelle dallo stesso già conosciute¹.

Del resto il dolo generico richiesto per la punibilità del reato di rivelazione del segreto d'ufficio, consistendo nella volontà consapevole della rivelazione e nella coscienza che la notizia costituisce un segreto di ufficio, rende irrilevante il movente ovvero la finalità della condotta e non possiede efficacia esimente l'eventuale errore sui limiti dei propri e degli altrui poteri e doveri in ordine a dette notizie².

Quanto alla disciplina del segreto delle indagini essa si rinviene, fondamentalmente, nell'art. 329 cpp che ne stabilisce l'oggetto e la durata³.

Il novero dei soggetti che possono lecitamente conoscere "il segreto" corrisponde a quello dei possibili autori del reato di rivelazione dell'art. 326 c.p. se si tratta di pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, ovvero di quello punito dall'art. 379 bis c.p. ove tali qualifiche difettino⁴.

Definire l'ampiezza della cerchia dei soggetti legittimati a conoscere il "segreto" è, quindi, fondamentale ai fini della sua stessa tutela. E' un'operazione da compiere necessariamente *ex ante* ed a questo preciso scopo il legislatore ha direttamente previsto specifiche ipotesi di "allargamento" di quel circolo, necessariamente ristretto, attraverso la numerazione rigorosa delle eccezioni al divieto di divulgazione del segreto.⁵

Come *species* della più ampia categoria del segreto d'ufficio, quello delle indagini deve essere opposto dal pubblico ufficiale, dall'incaricato di pubblico servizio, dal pubblico impiegato che sia chiamato a deporre da un'autorità giudiziaria diversa da quella alla quale debba, per obbligo di legge, riferire

¹ Cass., Sez. V, 11 febbraio 2021, n. 10296, in *www.dejure.it*.

² Così, costantemente, da Cass., Sez. VI, 13 gennaio 1999, n. 2183, in *www.dejure.it* e Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2002, n. 9331, in *www.dejure.it*, passando per Cass., Sez. Un., 27 ottobre 2011, n. 4694, in *www.dejure.it* fino a Cass., Sez. VI, 19 maggio 2016, n. 33256, in *www.dejure.it*.

³ Sulla recente rimodulazione dell'art. 329 c.p.p. si veda ZAMPINI, *Novità sul segreto investigativo nel d.l. n. 161 del 2019 in tema di intercettazioni*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, vol. 7, 2020.

⁴ Cass., Sez. VI, 5 novembre 2021, n. 47210, in *www.dejure.it*.

⁵ Sulla basilare notazione secondo cui la tutela "preventiva" del segreto è imperniata sulla delimitazione *ex ante* della sua stessa conoscibilità, sia permesso rinviare a PAOLOZZI - SARACINO, *Segreto - Tutela processuale del segreto*, in *Enc. Giur.*, VVVII, Roma 1991, 6.

(art. 201 cpp); in modo analogo viene tutelato il segreto nell'ambito di un'attività di apprensione documentale (art. 256 c.p.p.): la lettera della legge non esenta dall'obbligo di deporre i soggetti privi di una veste pubblicistica che, per qualsiasi ragione, siano venuti a conoscenza di atti di indagine destinati a rimanere segreti, soggetti per i quali non è espressamente previsto l'obbligo (né la facoltà) di opporre il segreto.

Una tutela ulteriore copre non soltanto gli atti segreti, ma anche quelli dei quali sia vietata la sola pubblicazione ed è quella apprestata dalla contravvenzione dell'art. 684 c.p.

L'apprensione di notizie segrete ad opera di soggetti non legittimati a conoscerle non è punita se non mediante la generale disciplina del concorso di persone nel reato (art. 110 cpc).

La legge, in definitiva, non prende neppure in astratta considerazione ulteriori deroghe alla regola della doverosa opposizione del segreto, strappi ammessi nella sola ipotesi che a doverlo conoscere sia un'autorità giudiziaria.

2. ... e *sull'errore che non perdona*. Si muova dal monito che neppure ad un analfabeta, tuttavia pratico del settore (criminale), è concesso d'invocare a propria scusante d'aver ignorato la legge penale⁶. Ed è tale, in quanto integra il precetto, la spesso contorta legislazione tributaria che ogni professionista è tenuto a conoscere, salvo casi di estrema incomprendibilità e solo in quell'ipotesi l'errore, inevitabile, esclude la punibilità⁷. La nota vicenda di "rimborsopoli" ha recentemente sollecitato il chiarimento curiale in ordine ai regolamenti interni dei gruppi consiliari regionali i quali, ove illudano il consigliere di non dover giustificare le spese, inducono un inganno sulla legge penale che non esclude il dolo del peculato⁸. Allo stesso modo la vedova che, avendo ereditato un'arma del compianto coniuge, ometta di denunciarne la detenzione all'autorità di pubblica sicurezza - ignorando la relativa normativa - non sfugge alla punizione per detenzione illegale di armi⁹. E se la stessa giurisprudenza non avesse le idee chiare sul significato giuridico di una norma, all'agente che in essa dovesse imbattersi è caldamente suggerita l'inazione, dato che il dubbio (dei giudici, prima ancora del suo) non esclude la consapevolezza dell'illiceità¹⁰. Sono tutti esempi, tratti dalla più recente esperienza giurisprudenziale di legittimità, nei quali la normativa extra penale ignorata è sta-

⁶ Cass., Sez. V, 28 febbraio 2019, n. 26417, in www.dejure.it

⁷ Cass., Sez. III, 08 aprile 2019, n. 23810, in www.dejure.it

⁸ Cass., Sez. VI, 18 novembre 2019, n. 16765, in www.dejure.it

⁹ Cass., Sez. VII, 06 febbraio 2019, n. 24231 in www.dejure.it

¹⁰ Cass., Sez. V, 24 novembre 2016, n. 2506 in www.dejure.it

ta ritenuta parte integrante del precetto penale, con conseguente applicazione dell'art. 5 c.p. in luogo del più benevolo art. 47 c.p.

Come noto, maggiore mitezza si registra nella materia delle contravvenzioni ove si ritiene che possa invocarsi la “buona fede” laddove un fattore positivo esterno abbia ingenerato la, seppur erronea, convinzione della liceità della condotta¹¹. Si tratta di una mitigazione della portata dell'art. 5 c.p. di creazione giurisprudenziale¹² cui la dottrina è ancor oggi impegnata a fornire un corretto inquadramento dogmatico.¹³

Può in definitiva prendersi atto che, pur dopo la storica pronuncia della Corte Costituzionale n. 364 del 1988, l'inevitabilità dell'errore sulla legge penale è stata ravvisata, dalla giurisprudenza di legittimità, nel limitato campo dei reati c.d. culturali, dei quali l'autore sia un soggetto di etnia, cultura, religione consistentemente diverse da quella italiana e, più in generale, “occidentale” e quindi non gli si possa rimproverare l'inconsapevolezza dei valori violati per essersi attenuto a quelli d'origine¹⁴.

3. *Se legifera un “Capo”*:¹⁵ La disamina appena delineata, necessariamente sintetica, serve ad introdurre il tema della sentenza in commento che, dalle pagg. 33 e ss., ne ha costituito il nucleo vitale, vale a dire quello dell'autentica “intrusione” del Consiglio Superiore della Magistratura nella platea dei soggetti che conoscono i segreti dell'indagine, quando essa riguardi magistrati.

Con circolari via via aggiornate nel tempo, il CSM ha infatti stabilito l'inopponibilità a sé del segreto delle indagini ed anzi uno specifico obbligo di comunicazione gravante sul magistrato del pubblico ministero di ogni notizia riguardante la sottoposizione a procedimento penale di un magistrato¹⁶.

¹¹ Cass., Sez. III, 5 ottobre 2016, n. 2246, in *www.dejure.it*

¹² Autorevoli “avvertenze prima dell'uso” si trovano in LUPO, *Sistema delle fonti, diritto giurisprudenziale e legalità penale*, in *Cass. Pen.*, fasc.2, 1 febbraio 2022, 404

¹³ Sul tema LANZI, *Error iuris e sistema penale, Attualità e prospettive*, Torino, 2018, 45 e ss.

¹⁴ Tra le più recenti si veda Cass., sez. III 29 gennaio 2018 n. 29613, in *www.dejure.it*

¹⁵ Sulla bulimia normativa del CSM si può richiamare CAVALLINI, *Linee guida e best practices in materia organizzativa e processuale: le nuove frontiere del CSM*, in *questa Rivista*, anno LXXII, 867 e ss. ed anche, volendo, SARACINO, *Il sistema, spiegato*, in *questa Rivista* (web), 2021, fasc. 1, 2 e ss., in nota.

¹⁶ Secondo la circolare del CSM n. 510 del 1994, tutt'ora vigente, ove pendano procedimenti penali a carico di magistrati, “a) il pubblico ministero che procede deve dare immediata comunicazione al Consiglio con plico riservato al Comitato di Presidenza di tutte le notizie di reato nonché di tutti gli altri fatti e circostanze concernenti magistrati che possono avere rilevanza rispetto alle competenze del Consiglio; b) prescindendo dall'obbligo di informazione previsto dall'art. 129 disp. att. c.p.p., gli uffici che procedono devono informare di loro iniziativa il Consiglio, oltre che dei fatti cui il procedimento si riferisce e dell'inizio, anche del suo svolgimento, nelle varie fasi e nei diversi gradi, alternativamente indicando, ove ricorrano, le ragioni che possono rendere inopportuna per il positivo sviluppo delle indagini e/o

Ciò - com'è ampiamente ricostruito nella sentenza bresciana - sul presupposto che i compiti assegnati al Consiglio Superiore della Magistratura dalla Costituzione (art. 105 Cost.) in materia di vigilanza e controllo sull'operato dei magistrati - con più specifico riferimento al trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale - renderebbero inopponibile a quell'organo il segreto investigativo; anche perché l'art. 326 c.p. sarebbe volto a proteggerlo da interferenze "esterne", evenienza da escludere se a conoscere il segreto è il CSM, in quanto affidatario del "governo autonomo" della magistratura; né risulterebbe d'ostacolo che il legislatore abbia espressamente considerato l'ipotesi del pubblico impiegato sottoposto ad indagini penali con una disciplina (art. 129 disp att. c.p.p.) reputata inapplicabile sulla base del rilievo che il magistrato non "dipende" dal CSM, instaurandosi il rapporto di servizio col solo Ministero della Giustizia.

Ci vuol poco a scorgere l'avventurismo del CSM nell'interpretazione dell'art. 326 c.p. - il cui principale obiettivo è da sempre quello di contenere le notizie segrete nell'ambito del più ristretto numero di soggetti - esegesi forzata sino a sostenere, in contrasto con la giurisprudenza di legittimità sopra richiamata, che sarebbero del tutto estranei alla norma incriminatrice scopi di tutela (anche) dell'interesse di terzi, opzione confliggente persino con la stessa giurisprudenza disciplinare espressa dalla speciale sezione giurisdizionale in seno a quell'Organo che ha sanzionato la diffusione di dati personali, neppure segreti, nei provvedimenti giudiziari¹⁷.

Solo evocando una sorta di formula esoterica attinente al rapporto tra uffici di procura e CSM, scandalosamente immedesimati, diviene propinabile l'irruzione del secondo nell'*élite* dei soggetti abilitati a conoscere indagini segrete, all'insaputa del legislatore¹⁸.

Il tutto, si osservi, sulla base di una semplice circolare, sulla cui legittimità è lecito nutrire decisive perplessità¹⁹.

per la sicurezza delle persone la immediata comunicazione; c) i suddetti uffici dovranno altresì inviare di loro iniziativa i provvedimenti più rilevanti e quelli conclusivi, nelle diverse fasi e nei vari gradi, del procedimento e del processo a carico di magistrati".

¹⁷ Sezione Disciplinare del CSM, Sent. 156/2009, in *CED*.

¹⁸ Con una mera circolare s'apre nella disciplina legislativa del segreto delle indagini una vistosa quanto inaspettata falla, senza che la normativa di rango primario offrisse alcun appiglio nel senso imposto dal CSM ove operano, oltre ai 26 consiglieri, un discreto numero di magistrati applicati e l'intera struttura amministrativa che le cronache recenti sembrano indicare non estranea al maneggio anche degli incartamenti più scottanti.

¹⁹ Pur alla luce degli approdi dottrinari più evoluti sulle fonti del diritto, che affiancano a quello di gerarchia il principio di competenza (MODUGNO, *E' possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?* in Siclari (a cura di), *Il pluralismo delle fonti previste dalla Costituzione e gli strumenti per la loro ricon-*

Peccato che questo accada nella comune consapevolezza del fatto che neppure la trasposizione in fonte primaria di una norma analoga a quella di fonte regolamentare, in deroga agli obblighi previsti dal codice di procedura penale, ha retto al vaglio compiuto dalla Consulta che ha annullato l'art. 18, comma 5, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 177, nella parte in cui prevede che «... al fine di rafforzare gli interventi di razionalizzazione volti ad evitare duplicazioni e sovrapposizioni, anche mediante un efficace e omogeneo coordinamento informativo, il capo della polizia-direttore generale della pubblica sicurezza e i vertici delle altre Forze di polizia adottano apposite istruzioni attraverso cui i responsabili di ciascun presidio di polizia interessato trasmettono alla propria scala gerarchica le notizie relative all'inoltro delle informative di reato all'autorità giudiziaria, indipendentemente dagli obblighi prescritti dalle norme del codice di procedura penale».²⁰

Nella citata occasione, si noti, la Corte Costituzionale aveva risolto in favore di un Procuratore della Repubblica il conflitto di attribuzione sollevato contro una disposizione di rango legislativo contrastante con la disciplina dell'art. 329 c.p.p.

4. *Un pretesto che ha convinto.* Le ragioni addotte dal CSM per giustificare le circolari derogatorie del segreto investigativo che hanno fatto evidentemente presa sul giudice, risultano, ad un esame poco più che attento, addirittura arbitrarie²¹.

Tra le competenze costituzionali del CSM stabilite dagli artt. 105 e 107 Cost (assunzioni, assegnazioni e trasferimenti, promozioni e provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati) possono venire in considerazione, ai fini che qui interessano, soltanto quelle relative alle promozioni (vale a dire le valutazioni di professionalità o, estensivamente, il conferimento di incarichi direttivi) ed ai trasferimenti per la cd. incompatibilità ambientale (art. 2 r.d.lgs. 511 del 1946).

Questo perché, in materia disciplinare, le indagini sono affidate al Procuratore Generale della Corte di Cassazione ed una specifica disposizione di rango legislativo, l'art. 16, 4° comma, d.lgs. 109 del 2006 (procedimento disciplinare contro i magistrati) solo a lui assegna il compito di rapportarsi col Procuratore

posizione, Napoli, 2012, 3-62) il rapporto tra legge ordinaria e normazione secondaria resta saldamente ancorato al principio di gerarchia.

²⁰ È la nota decisione di Corte cost. n. 229 del 2018.

²¹ Senza neppure dover attingere al raffinato discorso sulla manipolazione delle norme processuali di VALENTINI, *Norme processuali penali e interpretazione*, in *Cass. Pen.*, 2019, 3392.

della Repubblica per l'eventuale acquisizione di atti delle indagini ancora segreti.

Il trasferimento del magistrato per incompatibilità ambientale è invece disciplinato come procedimento amministrativo (le relative decisioni sono impugnabili dinanzi al TAR) e risulta assoggettato ai generali principi di "trasparenza" che devono connotarlo: è cioè radicalmente da escludere che un trasferimento di quel tipo (previsto essenzialmente per fatti "incolpevoli") possa venir adottato sulla base di informazioni "segrete" e quindi non ostese all'interessato; ogni impiego di quei dati deve risultare dalla motivazione del provvedimento e quindi, per ciò stesso, essi perderebbero quel connotato di segretezza divenendo di pubblico dominio. A ciò va aggiunto, come argomento fattuale, che nell'evenienza di un magistrato sottoposto a procedimento penale è molto più verosimile che dallo stesso scaturiscano addebiti di natura disciplinare da affrontare nel relativo procedimento il quale, nella fase dibattimentale svolta dinanzi alla Sezione Disciplinare del CSM, ha sicuri connotati giurisdizionali che mal si conciliano con una conoscenza degli elementi d'accusa acquisita prima ed al di fuori del giudizio ad opera dei componenti della Sezione Disciplinare.

Quanto alla "promozione" il discorso è analogo e l'utilizzo di notizie segrete nell'ambito del relativo procedimento - anche al solo fine di alterarne o differirne nascostamente l'esito mediante non codificati rinvii e sospensioni - configurerebbe un uso marcatamente "poliziesco" di informazioni sottratte alla conoscenza dell'interessato e quindi al contraddittorio, un quadro assai desolante se provocato e voluto proprio dall'organo che dell'indipendenza dei magistrati dovrebbe esser il garante attraverso, innanzi tutto, l'assoluto rispetto della legge²².

Occorre affermare con forza che nessun impiego è immaginabile di atti segreti contro l'indagato al di fuori del procedimento penale, ed evidentemente anche contro il magistrato sottoposto ad indagini penali, la cui disciplina già contempla le opportune cautele volte ad evitare la protrazione dell'illecito o la commissione di ulteriori.

In ambito disciplinare, ove il segreto investigativo - ma per disposizione legislativa e non di circolare - è inopponibile al Procuratore Generale della Cassazione, è possibile adottare specifiche misure cautelari (dal trasferimento di sede e di funzioni alla sospensione del magistrato) platealmente incidenti sul rapporto di servizio che, seppure instaurato col Ministero della Giustizia, è

²²Sulle pratiche non commendevoli cui si prestano prassi non regolamentate, si rimanda al fenomeno dei cd. "cecchini", descritto in SALLUSTI - PALAMARA, *Il Sistema*, Milano, 2021

poi in concreto amministrato proprio dal CSM.

Non v'è, dunque, alcuna plausibile esigenza perché il CSM debba anticipatamente conoscere, e covare, atti che la legge vuole segreti.

5. *Un magistrato che non dipende ed un CSM che comanda.* Se il magistrato non deve “dipendere” da alcuna Autorità, a nessuno può essere concesso di muoversi nei suoi confronti oltre i limiti formali posti dall’ordinamento, se ancora hanno un senso le riserve di legge degli artt. 108 e 111 della Costituzione, rispettivamente nelle materie dell’ordinamento giudiziario ed in quella processuale, essendosi acutamente osservato che «la dimensione istituzionale della riserva di legge certo non è argomento di secondo piano anche quando si guarda al diritto penale dal lato della giustificazione»²³.

E’ forse il caso di sottolineare, ancora una volta, che la disciplina del segreto investigativo - a differenza di altre specie di segreto d’ufficio - è assoggettata alla specifica riserva di legge posta dall’art. 111 Cost. Delle esigenze espresse dal CSM, ammesso e non concesso che esse siano sensate, deve farsi carico direttamente il Legislatore che non ha delegato a quell’organo il relativo compito sol perché titolare di poteri nei riguardi dei magistrati.

In tale prospettiva risultano persino incomprensibili le notazioni secondo le quali una disciplina come quella introdotta con mera circolare dal CSM sarebbe invece preclusa al Governo, dotato a differenza del primo di generale potestà regolamentare, fatte salve le materie coperte da riserva di legge²⁴. Il CSM in nessun modo può predicarsi organo “interno” rispetto al singolo procedimento penale, cui quindi non debba opporsi il relativo segreto d’indagine, se non al prezzo di deformare fondamentali principi circa l’esercizio diffuso ed autonomo della giurisdizione e la stessa gerarchia delle fonti del diritto nazionale.

6. *Un Leviatano?* L’ipotizzata immanenza del Consiglio Superiore della Magistratura in ogni procedimento penale riguardante i magistrati, non ha dignità superiore alla pretesa di sbirciare nelle indagini - per fortuna mai avanzata da alcuno - di qualsiasi altro organo pubblico cui sia devoluta la vigilanza sui propri dipendenti; e quindi, in ipotesi, dei Ministeri della Giustizia, dell’Interno, della Difesa, dell’Economia e delle Finanze.

Addirittura imbarazzante la contraddizione nella quale incorre lo stesso CSM,

²³ CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino, 352.

²⁴ Art. 87 Cost e art. 17 l. 400/88

che nella circolare 510/94 espressamente estende al Ministro della Giustizia - titolare della vigilanza sui magistrati - l'inopponibilità del segreto; di fatto, l'illogicità della tesi che abilita il Ministro della Giustizia a conoscere atti (segreti) delle indagini solo se riguardino magistrati e non il restante personale (cancellieri, corpo della Polizia penitenziaria) è apprezzabile da chiunque.

La bizzarra impostazione conduce naturalmente proprio alla possibilità che qualsiasi articolazione dell'amministrazione pubblica possa rivendicare, con regolamenti o circolari, l'inopponibilità del segreto delle indagini quando ciò serva a "vegliare" sui suoi dipendenti²⁵, così in sostanza soppiantando la norma di rango primario dell'art. 129 disp. att. c.p.p..

Né può predicarsi che il CSM partecipi della natura di "autorità giudiziaria" propria dell'ufficio di procura, ipotesi peraltro esclusa proprio dall'autonoma legittimazione di quest'ultimo ad essere parte di un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato.

Se, con la Corte Costituzionale, si concorda sull'idea che soltanto una fonte di pari rango può limitare il segreto investigativo, escludendone o comunque limitandone l'opponibilità, deve concludersi per l'illegittimità formale delle circolari del CSM in materia²⁶.

7. Meglio non farsi troppe domande. Indagine che il tribunale di Brescia ha invece del tutto scansato, dando per scontato che l'imputazione sottoposta al suo esame non avrebbe avuto ragion d'essere sol che fossero state rispettate le scadenze formali previste dalle suddette circolari, per ravvisare nella relativa violazione un mero errore sul fatto, scusabile in quanto determinato dall'interpretazione di una norma extra penale, per giunta di maldestra formulazione come ammesso dal suo stesso autore.

²⁵ Dalla circolare del CSM n. 110 del 1994 "Il problema della acquisibilità da parte del C.S.M. (ed anche da parte di coloro, dirigenti degli uffici giudiziari e Ministro della Giustizia, ai quali spetta per legge ex artt. 13-16 R.D. Lgs. 31 maggio 1946 n. 511 la sorveglianza sugli uffici e sui singoli giudici e magistrati del P.M.) di notizie ed elementi relativi a procedimenti penali in corso ed eventualmente anche coperti dal segreto ..."; anche nella successiva circolare n. 13672 del 1995 il Ministro della Giustizia figura tra i destinatari necessari delle informative.

²⁶ E conseguentemente, l'assenza d'ogni portata liberatoria se, come per tutti, vale il tradizionale canone secondo cui un regolamento di attuazione di una legge in contrasto con la legge stessa non è influente nei confronti della norma penale e non può nemmeno determinare un errore giustificabile del soggetto agente il quale ha il dovere di conoscere la legge e di sapere che nessun atto dell'autorità amministrativa può contrapporsi ad essa (Cass., Sez. II, 22 febbraio 1983, Ballarin, in *Giust. Pen.* 1983 II,719); con specifico riferimento a circolari illegittime, può vedersi la risalente Cass. Sez. I, 25 febbraio 1974, n. 10104, in *www.dejure.it*, secondo cui l'errore determinato da circolari ministeriali o in genere da atti della pubblica autorità, risolvendosi in un errore sulla interpretazione della legge penale, non ha efficacia scusante.

Resuscita, nell'occasione, la figura dell'errore sul fatto determinato da norma non penale laddove la dottrina pensava, da tempo, che l'art. 47, ultimo comma, c.p. fosse stato oggetto di sostanziale "abrogazione giurisprudenziale"²⁷.

Eppure la semplice constatazione del diretto effetto prodotto dalla circolare sul novero dei soggetti abilitati a conoscere il segreto avrebbe dovuto, invece, richiamare la sua indiscutibile incidenza sullo stesso precetto penale, con la conseguente applicazione della disciplina dell'art. 5 c.p. e semmai giungere, per altra via all'affermazione della scusabilità dell'errore, vuoi per l'indiscussa autorevolezza dell'autore della direttiva nell'ambiente dei magistrati vuoi a mente della loro soggezione, anche disciplinare, al CSM quando adotta disposizioni sul servizio giudiziario (art. 2, lett. n, d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109).

Il magistrato che, a ciò obbligato dalla relativa circolare, comunichi, di sua iniziativa, al CSM dati e notizie che ben sa essere segreti, è in errore non già su alcuno degli elementi della fattispecie dell'art. 326 c.p. bensì sulla sussistenza della scriminante dell'adempimento del dovere. Egli sa di comunicare un segreto e come tale lo consegna al destinatario, anche se la legge non lo prevede.

Non viene in alcuna considerazione, invero, neppure un errore sulle norme processuali sull'opponibilità del segreto dato che esse riguardano, indubitabilmente, soltanto colui il quale sia chiamato a deporre davanti ad un giudice, il solo soggetto che, in forza del secondo comma dell'art. 200 c.p.p., può ordinare la deposizione pur dopo l'opposizione d'un segreto professionale o d'ufficio.

Nella sentenza in commento v'è il richiamo al tradizionale canone confezionato dalla giurisprudenza di legittimità in base al quale «deve essere considerato errore sulla legge penale, ..., sia quello che cade sulla struttura del reato, sia quello che incide su norme, nozioni e termini propri di altre branche del diritto, introdotte nella norma penale ad integrazione della fattispecie criminosa, dovendosi intendere per 'legge diversa dalla legge penale' ai sensi dell'art. 47 c.p. quella destinata in origine a regolare rapporti giuridici di carattere non penale e non esplicitamente incorporata in una norma penale, o da questa non richiamata anche implicitamente»²⁸.

Scartata l'ipotesi dell' "incorporazione" della normativa della circolare nel precetto penale ed escluso anche che essa concorra alla definizione della nozione di "segreto" per l'ovvia ragione che l'Ordinamento non offre alcun in-

²⁷ Così LANZI, *Error iuris e sistema penale, Attualità e prospettive*, Torino, 2018, 30.

²⁸ Cass., Sez. IV, 7 luglio 2010, n. 37590, in *www.dejure.it*.

dizio d'aver attribuito ad altri che alla legge la delimitazione di quello delle indagini, com'è peraltro ovvio a mente della riserva di legge dell'art. 111 Cost., l'unico errore ipotizzabile è quello, per l'appunto, sulla sussistenza del "dovere", l'adempimento del quale scrimina la condotta (art. 51 c.p.).

Secondo una tesi dottrina le scriminanti implicherebbero un giudizio di prevalenza tra il disvalore del fatto tipico realizzato e l'azione di tutela di altri interessi. Con efficace sintesi s'è detto che «il valore d'azione corrispondente ad una scriminante costituisce, dunque, un atteggiamento personale che ha un significato prevalente rispetto al disvalore d'azione del fatto tipico»²⁹.

Tuttavia, se l'interesse diverso da quello tutelato dalla norma incriminatrice risulti introdotto da una fonte normativa di rango subordinato alla legge e con la stessa in patente conflitto, esso deve risolversi in base al principio di gerarchia.

Studi recenti ed approfonditi sullo specifico tema dell'errore sulle scriminanti, e quindi sui criteri per affrontare le quotidiane antinomie tra norme che puniscono e norme che scriminano, segnalano che "Un dato è comune ai criteri della specialità e della gerarchia assiologica: la soluzione dell'antinomia, come detto, avviene già a livello astratto, sulla base del rapporto tra le fattispecie convergenti. Entrambi presuppongono che le norme rilevanti siano egualmente valide e non comportano l'eliminazione dall'ordinamento di quella soccombente, bensì ne escludono l'applicazione *in relazione al caso concreto*"³⁰. Nemmeno il ricorso al criterio della competenza, stante appunto la riserva di legge in materia processuale (art. 111 Cost.), potrebbe mai far prevalere la circolare sul codice di procedura penale. Sulla strumentalità delle esigenze sottese alle circolari del CSM s'è già detto nel paragrafo che precede.

Ecco perché l'unica via ragionevolmente praticabile per addivenire allo stesso risultato cui è pervenuto il GUP bresciano sembra essere quella che scruta la scriminate putativa (art. 59 c.p.) dell'adempimento del dovere³¹, perché, senza ipocrisie, occorre senz'altro tener conto della sempre drammatica condizione³² generata dal conflitto tra norme, quand'anche di diverso rango, laddove quella soccombente in base al principio di gerarchia comunque pro-

²⁹ CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000, 505 e ss.

³⁰ CONSULICH, *op.cit.*, 100 e ss.

³¹ Via suggerita, in materia di agente provocatore, da MANICCIA, *La non punibilità dell'agente provocatore nel contrasto al traffico di droga: soluzioni ancora a confronto, tra irrilevanza causale della condotta e difetto dell'elemento soggettivo*, in *Cass. Pen.*, 2, 2017, 780.

³² "I rapporti tra giustificazione e incriminazione sono certamente, dal punto di vista concettuale, quanto di più 'drammatico' possa concepirsi nell'universo del diritto", così, ancora, CONSULICH, *op. cit.*, 82.

venga da un organo che nei confronti dell'agente ha il potere - nella specie mal esercitato - d'imporre ordini e minacciare sanzioni.

Il disastro, mediatico e non solo, provocato dalla circolare del CSM intervenuta in un ambito che le è precluso, delicato come quello del segreto delle indagini, è sotto gli occhi di tutti così come in pasto all'opinione pubblica sono finiti gli atti di indagine defluiti dalla Procura della repubblica meneghina sino alle prime pagine dei quotidiani, appena dopo la concitata e sconclusionata tappa consumatasi proprio nella sede del Consiglio Superiore della Magistratura³³.

La sicura compromissione delle possibili investigazioni appare commisurabile solo all'appannamento dell'immagine del Consiglio Superiore della Magistratura che quel *vulnus* ha istigato con una direttiva di stampo poliziesco e giuridicamente indigeribile, ritortasi contro l'Istituzione.

8. *Una lingua per pochi.* E' giunto il momento di rievocare il rigorismo punitivo di cui s'è fatto cenno in apertura per avvedersi che quando sono in gioco vicende interne al sistema togato gli esiti dei processi penali non sono analizzabili in base ad una grammatica comune, valevole per la generalità ma non per i magistrati. I quali, a causa del *laissez faire* del Legislatore, piuttosto svegliato nell'esercitare i compiti impostigli dalla riserva di legge in materia di Ordinamento Giudiziario (art. 108 Cost.), vivono sotto due lune: accanto alla legge - non sotto di essa - brilla di luce propria una foresta normativa autotona la cui spontanea insorgenza è dipesa proprio dalla pigrizia del Parlamento; un ordinamento parallelo, spesso confuso, stratificato nel tempo, che tuttavia della legge presenta il carattere più forte, quello dell'effettività. Esso non si limita ad occupare gli spazi lasciati colpevolmente liberi dalla legge ordinaria, ma si spinge sino a contrapporvisi.

Ecco come spiegare perché i magistrati, capaci di prevalere nel conflitto di attribuzione contro un atto avente forza di legge che tolga loro il dominio sul segreto delle indagini, appaiano poi molto poco inclini all'insubordinazione se posti al cospetto di una circolare del CSM, incapaci di opporvisi anche quando l'Ordinamento lo vorrebbe.

Che la tesi dell'illegittimità della circolare non fosse agevolmente sostenibile per la procura bresciana è più che comprensibile se a sua volta quell'ufficio le aveva prestato ossequio comunicando al CSM la pendenza del procedimento

³³ Incidenti come questi non sono prefigurabili neppure dalla dottrina più attenta al fenomeno, si veda BARTOLI, *Tutela penale del segreto processuale e informazione: per un controllo democratico sul potere giudiziario*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, 3, 59 ed anche MALACARNE, *Recenti approdi giurisprudenziali in tema di pubblicabilità degli atti del procedimento penale*, in *Leg. pen. (web)*, 2020, 9.

contro il togato milanese: si sarebbe autoaccusato del suo stesso delitto.

Il giudice, tuttavia, non si trovava nella stessa drammatica situazione ed avrebbe potuto e dovuto affrontare la questione, non necessariamente nei termini qui suggeriti; ma l'ingombrante problema non poteva essere ignorato e campeggerà come un'ombra sul processo appena svoltosi con rito abbreviato ed anche su quelli che devono ancora essere celebrati.

I magistrati non dipendono da alcuna Autorità, si legge nelle premesse che sorreggono la pretesa del CSM d'esser informato dei segreti; ma è proprio quell'organo elettivo ad agire come se ne fosse il "capo".

Molti ubbidiscono.

NICOLA SARACINO