

## **Parlamentari e giudici, inquisiti ed inquisitori. Quando l'attività giudiziaria mette a dura prova il principio di separazione dei poteri**

di *Luigi Scollo*

CASSAZIONE PENALE, SEZ. VI, UD. 9 NOVEMBRE 2016 (DEP. 23 DICEMBRE 2016), N. 54750 - PRES. IPPOLITO - REL. MOGINI - P.M. ROSSI.

**Sommario** **1.** Il caso ed i principi di diritto espressi: il *novum probatorio* in appello. – **2.** (Segue): l'attualità del pericolo. – **3.** (Segue): il parlamentare accusato e i suoi diritti: un difficile contemperamento di interessi. – **4.** Conclusioni.

### **1. Il caso ed i principi di diritto espressi: il *novum probatorio* in appello**

La sentenza della Corte di cassazione affronta quattro diversi temi relativi all'applicazione di una misura personale ed al procedimento cautelare che ne deriva a seguito di impugnazione. Si tratta, precisamente, dell'ampliamento del *thema decidendum* ad opera della Pubblica accusa in sede di appello cautelare proposto dall'accusato, e dunque l'interazione tra il *novum probatorio* ed il principio devolutivo tipico dell'appello *ex art. 310 c.p.p.*; della necessaria attualità del pericolo di reiterazione di reati, a seguito della riforma dell'art. 274 co. 1 lett. c) c.p.p.<sup>(1)</sup>; dell'adeguatezza della misura, a fronte delle condotte oggetto d'incolpazione; ed, infine, la Corte si pronuncia sul contemperamento di interessi tra le esigenze di cautela che sottendono all'applicazione di una misura personale, la scelta stessa della misura adeguata da applicare, ed il diritto a partecipare all'attività dell'assemblea parlamentare in virtù del mandato elettivo di cui l'accusato è investito.

La vicenda riguarda un procedimento che ha coinvolto un deputato della

---

<sup>(1)</sup> Il riferimento all'attualità del pericolo di reiterazione, oltre a quello della concretezza, è stato inserito nella lettera c) dell'art. 274 co. 1 c.p.p. dalla l. 16 aprile 2015, n. 47.

Repubblica, accusato, insieme con altri soggetti a lui vicini, di aver organizzato un sistema dedito alla commissione di truffe aggravate dal conseguimento di erogazioni pubbliche, attraverso un complesso sistema di società commerciali ed immobiliari, e di enti di formazione professionale. Fra i reati ipotizzati vi sono anche l'associazione per delinquere, il riciclaggio e alcune violazioni finanziarie.

Il parlamentare, dopo la concessione dell'autorizzazione a procedere della Camera dei deputati, era stato sottoposto alla misura custodiale, poi sostituita con quella degli arresti domiciliari per l'affievolimento delle esigenze di cautela, ed infine, intervenuta la scadenza dei termini di fase di cui all'art. 303 c.p.p., tale misura era stata sostituita con l'obbligo di dimora nel comune di residenza, ai sensi dell'art. 307 c.p.p. Avverso tale ordinanza, era stato proposto appello (rigettato dal giudice dell'impugnazione), e poi ricorso per cassazione. La Suprema Corte, adita dal ricorrente, aveva annullato l'ordinanza del Tribunale della Libertà in punto di motivazione sull'attualità e adeguatezza della misura, rinviando gli atti al giudice di merito per un nuovo esame.

Il Tribunale della Libertà, in sede di rinvio, aveva nuovamente confermato l'ordinanza applicativa dell'obbligo di dimora, motivando in ordine all'attualità del pericolo sulla base del materiale d'indagine prodotto dall'Accusa in sede di discussione, senza peraltro motivare in merito all'adeguatezza della misura a fronte delle condotte oggetto d'incolpazione ed omettendo di pronunciarsi circa la possibilità di conciliare l'obbligo di dimora con l'esercizio del mandato elettivo, circostanza sottolineata nella prima pronuncia di annullamento della Cassazione.

Avverso l'ordinanza del Tribunale della Libertà, adito in sede di rinvio, con il primo motivo, il ricorrente denunciava l'inosservanza dell'art. 310 c.p.p., nella parte in cui era stata utilizzata, ai fini della decisione sull'appello cautelare, in tema di esigenze di cautela, anche l'annotazione di polizia giudiziaria prodotta dal Pubblico ministero all'udienza camerale, e non unicamente il compendio indiziario dal quale era scaturita l'ordinanza di applicazione dell'obbligo di dimora.

Con il secondo motivo di ricorso, invece, veniva denunciato il difetto di motivazione sull'asserita attualità del pericolo, anche alla luce della produzione documentale effettuata dal Pubblico ministero; l'assenza di motivazione sull'adeguatezza della misura in concreto irrogata, ossia l'obbligo di dimora, disposto nella stessa città nella quale – stando all'ipotesi accusatoria – sarebbero stati commessi i reati oggetto d'incolpazione dei quali si affermava il pericolo di reiterazione; ed infine

l'omessa motivazione in ordine alla possibilità di conciliare la misura cautelare con il diritto del parlamentare a svolgere il mandato elettivo, di cui più diffusamente si parlerà nel successivo paragrafo.

La Corte, nella sentenza in commento, quanto al primo profilo, ossia all'utilizzabilità ai fini della decisione dei nuovi elementi investigativi introdotti dall'Accusa, ha osservato che il principio espresso dalle Sez. Un. "Donelli"<sup>(2)</sup>, secondo il quale *«nel procedimento conseguente all'appello proposto dal P.m. contro l'ordinanza reiettiva della richiesta di misura cautelare personale, è legittima la produzione di documentazione relativa ad elementi probatori "nuovi", sia preesistenti sia sopravvenuti, sempre che, nell'ambito dei confini segnati dal "devolutum", quelli prodotti dal P.m. riguardino lo stesso fatto contestato con l'originaria richiesta cautelare e in ordine ad essi sia assicurato nel procedimento camerale il contraddittorio, anche mediante la concessione di un congruo termine a difesa, e quelli prodotti dall'indagato, acquisiti anche all'esito di investigazioni difensive, siano idonei a contrastare i motivi di gravame del P.m. ovvero a dimostrare che non sussistono le condizioni e i presupposti di applicabilità della misura cautelare richiesta»*, è applicabile anche all'impugnazione cautelare proposta dall'interessato.

I giudici di legittimità, in particolare, hanno osservato che il mancato richiamo dell'art. 310 c.p.p. all'art. 309 co. 9 c.p.p., secondo il quale il giudice della cautela si pronuncia *«decidendo anche sulla base degli elementi adottati dalle parti nel corso dell'udienza»*, non è di ostacolo all'introduzione di elementi nuovi rispetto a quelli già presenti nel compendio a disposizione del Tribunale della Libertà. E, difatti, secondo la Corte, pure a fronte del mancato richiamo appena ricordato, l'introduzione dei c.d. *nova* da parte del P.m. è comunque consentita, nell'appello proposto dal cautelato, in virtù del contenuto dell'art. 603 co. 2 c.p.p., norma che la sentenza definisce di *«importanza sistematica»*, e che permette, com'è noto, nell'appello cognitivo, l'introduzione di elementi sopravvenuti.

È pur vero che l'appello cautelare è, e rimane, un gravame parzialmente devolutivo. Tuttavia, ad avviso della Corte, pure nei limiti dell'effetto parzialmente devolutivo testé citato, va comunque consentita una variazione della base cognitiva, ove necessaria, e ciò allo scopo di rispondere all'esigenza di verificare l'attualità delle condizioni legittimanti la misura

---

<sup>(2)</sup> Sez. Un. 31 marzo 2004, n. 18339.

disposta, ai sensi dell'art. 299 c.p.p., specie in tema di esigenze di cautela. L'introduzione del requisito dell'attualità del pericolo di reiterazione nella lett. c) dell'art. 274 co. 1 c.p.p. rende, sotto tale profilo, ancor più evidente la necessità per il giudice di conoscere e valutare gli sviluppi probatori più recenti, da qui l'utilità e dunque l'utilizzabilità del materiale indiziario acquisito dall'Accusa in seguito all'applicazione della misura oggetto dell'appello.

La Corte, in sostanza, ha ribadito la natura "ibrida" dell'appello cautelare, per il quale permane una delimitazione della cognizione del Tribunale della Libertà al *thema decidendum* introdotto dalla parte che ha proposto l'impugnazione, sia essa la Pubblica accusa, ovvero l'interessato sottoposto alla misura, e ciò in linea con l'appello cognitivo, tuttavia i poteri decisori del Tribunale, in applicazione del principio di necessaria attualità delle condizioni legittimanti la cautela, impongono la possibilità di consentire una variazione della base cognitiva, a condizione che il *novum* probatorio si inserisca nel perimetro decisorio segnato dal *devolutum* e sempreché alla parte avversa venga in concreto garantito il diritto al contraddittorio.

La soluzione offerta dalla Corte, sebbene appaia coerente sul piano sistematico, si espone però ad una facile obiezione in merito all'ampiezza dei confini del *devolutum* entro i quali sarebbero ammessi i nuovi elementi, sia in relazione ai gravi indizi di colpevolezza, ma ancor più con riguardo al tema delle esigenze cautelari. Difatti, ove i nuovi elementi riguardino la sussistenza o meno di una circostanza, o di uno specifico fatto, idonei a consolidare la gravità indiziaria ovvero il pericolo di recidiva, di fuga, o di inquinamento probatorio, e già posti in discussione dall'impugnazione del soggetto sottoposto alla misura, l'eventuale allegazione di nuovi elementi sul punto da parte dell'Accusa s'inserisce probabilmente entro quel perimetro decisorio segnato dal *devolutum* senza snaturare la natura dell'appello cautelare. Ove però i confini del *devolutum* vengano individuati nella sussistenza stessa della gravità indiziaria, o del pericolo, la natura parzialmente devolutiva dell'appello cautelare risulterà irrimediabilmente compromessa.

## **2. (Segue): l'attualità del pericolo**

La decisione in commento ha annullato il provvedimento del Tribunale territoriale, evidenziando che l'ordinanza impugnata recava nuovamente una motivazione viziata in punto di attualità del pericolo di reiterazione dei reati, ed il percorso argomentativo in essa contenuto affetto da travisamento della documentazione prodotta dall'organo di accusa.

Si tratta del secondo annullamento con rinvio adottato dalla Suprema Corte nel caso di specie, la quale, con sentenza n. 22460/2016, aveva già cassato la precedente ordinanza del Tribunale della Libertà, poiché recava una motivazione, in tema di pericolo di recidiva, che si attestava su una formula generica.

I giudici di legittimità rilevavano, in particolare, nell'ultima decisione oggetto della presente nota, che la documentazione prodotta dal Pubblico Ministero non era idonea ad attestare la sussistenza di un pericolo di reiterazione dei reati, in quanto descriveva sì l'esistenza di una attività esercitata dalle società immobiliari riferibili al cautelato, ma senza attestare, ed ancor più dimostrare, che tali attività avessero carattere illecito. In assenza di indizi circa l'illiceità dell'attività svolta dalle società immobiliari oggetto di attenzione investigativa, venivano conseguentemente a mancare gli indici di attualità del pericolo, necessari per il mantenimento della misura in essere.

Il pericolo di reiterazione di cui all'art. 274 co. 1 lett. c) c.p.p., in seguito alla novella introdotta dalla l. 16 aprile 2015, n. 47, deve essere non soltanto concreto, bensì anche attuale. Occorre cioè che vi siano elementi dai quali desumere non soltanto l'esistenza di un pericolo al momento dell'adozione della misura, bensì che il pericolo di recidiva sussista anche nel momento in cui il mantenimento della misura è oggetto di verifica da parte del giudice cautelare.

La Corte di cassazione, in numerose pronunce, nel cui solco s'inserisce quella in commento, e con rare eccezioni <sup>(3)</sup>, ha illuminato di significato la novella legislativa nel senso di ritenere che la concretezza e l'attualità del pericolo di reiterazione devono essere intese come concetti autonomi, egualmente fondamentali per l'adozione o la permanenza di una misura personale <sup>(4)</sup>. E, precisamente, secondo la Corte, occorre distinguere fra la concretezza, ossia la possibilità di dedurre da elementi reali che vi sia un pericolo di reiterazione criminosa, e l'attualità, ossia l'esistenza di occasioni prossime favorevoli alla commissione di nuovi reati che offendono il

---

<sup>3</sup> Nel senso di considerare le parole concretezza ed attualità, contenute nell'art. 274 c.p.p., quali mera endiade, per cui l'attualità sarebbe insita nel concetto di concretezza del pericolo si registrano alcune isolate pronunce della Cassazione (Sez. VI penale, 16 febbraio 2016, n. 9894; Sez. I penale, 21 ottobre 2015, n. 5787).

<sup>4</sup> Per una ricostruzione del contrasto giurisprudenziale, oggi superato da un orientamento ormai consolidato nel segno assunto dalla presente decisione, v. V. AIUTI, *Il concetto di "attualità" nelle esigenze cautelari dopo la l. 47 del 2015*, in *Ilpenalista.it*.

medesimo bene giuridico.

La nuova formulazione della lettera c) dell'art. 274 co. 1 c.p.p. impone una valutazione circa la situazione di fatto nella quale si potrebbero verificare (con alta probabilità, ovvero certamente) nuove condotte criminose della stessa specie, non essendo più sufficiente un giudizio prognostico basato esclusivamente sulla personalità dell'imputato <sup>(5)</sup>, né tantomeno il ricorso a formule generiche o dati non oggettivi, bensì meramente congetturali.

Il requisito della concretezza, il quale attiene precipuamente all'affermazione dell'esistenza di un pericolo, deve quindi essere necessariamente suffragato anche dall'attualità, ossia dalla possibilità di affermare che tale pericolo sia imminente, tanto da far ritenere cronologicamente vicina la commissione di nuovi reati della stessa specie.

Nel solco delle precedenti considerazioni si è espressa la sentenza in commento nella quale la Corte ha ribadito il principio elaborato dall'indirizzo giurisprudenziale oggi prevalente, secondo cui «l'art. 274, lett. c), cod. proc. pen., nel testo introdotto dalla legge 16 aprile 2015, n. 47, richiede che il pericolo che l'imputato commetta altri delitti deve essere non solo concreto, ma anche attuale, sicché non è più sufficiente ritenere – in termini di certezza o di alta probabilità – che l'imputato torni a delinquere qualora se ne presenti l'occasione, ma è anche necessario, anzitutto, prevedere – negli stessi termini di certezza o di alta probabilità – che all'imputato si presenti effettivamente un'occasione per compiere ulteriori delitti» <sup>(6)</sup>.

Nel caso di specie, poi, gli elementi reali dai quali il Tribunale territoriale aveva erroneamente dedotto il pericolo di recidiva consistevano nell'attività di locazione compiuta dalle società oggetto d'indagine investigativa e ritenute riferibili al soggetto cautelato. Secondo l'Accusa, tale attività sarebbe stata l'indice della reiterazione delle condotte per le quali il soggetto cautelato era stato tratto a giudizio, ossia il sovradimensionamento o la duplicazione delle spese per i canoni di locazione, portate in rendicontazione e dunque rimborsate in misura eccedente quella reale da parte dei soggetti truffati. L'Accusa, in sostanza, attraverso la produzione

---

<sup>5</sup> Sul punto v. A. MARI, *Prime osservazioni sulla riforma in materia di misure cautelari personali* (L. 16 aprile 2015, n. 47), in Cass. Pen., fasc. 7-8, 2015, p. 2538 e ss.

<sup>6</sup> Nello stesso senso: Sez. III penale, 19 maggio 2015, n. 36919; Sez. III penale, 19 maggio 2015, n. 37087; Sez. III penale, 15 settembre 2015, n. 43113; Sez. VI penale, 2 dicembre 2015, n. 1405; Sez. II penale, 3 dicembre 2015, n. 50343; Sez. III penale, 17 dicembre 2015, n. 842; Sez. VI penale, 4 maggio 2016, n. 24476; Sez. VI penale, 11 maggio 2016, n. 21350;

delle risultanze investigative acquisite, aveva ipotizzato non soltanto l'attualità del pericolo, ma addirittura proprio la contestuale reiterazione di condotte analoghe a quelle oggetto del processo. La Suprema Corte, tuttavia, smentendo le conclusioni cui era pervenuto il Tribunale territoriale, sulla base del travisamento della documentazione prodotta dal Pubblico Ministero, aveva evidenziato il difetto di motivazione in punto di attualità del pericolo, ribadendo il principio di diritto sopra espresso e rimettendo gli atti al giudice territoriale per un nuovo esame.

### **3. (Segue): il parlamentare accusato e i suoi diritti: un difficile contemperamento di interessi**

I giudici di legittimità rilevavano il difetto della motivazione, oltre che in punto di esigenze di cautela, anche con riguardo all'adeguatezza della misura, sotto due diversi profili.

In primo luogo, censuravano l'adeguatezza della misura cautelare dell'obbligo di dimora, alla luce del fatto che era stata disposta nel medesimo comune nel quale era stata allo stesso tempo ipotizzata la commissione delle condotte per le quali la misura stessa veniva applicata e delle quali si temeva la reiterazione.

Sotto un diverso profilo, il provvedimento cassato veniva censurato perché non aveva tenuto conto delle particolari prerogative costituzionali del soggetto destinatario della misura, e dunque per non aver calibrato l'adeguatezza dell'obbligo di dimora rispetto ai doveri istituzionali derivanti dal mandato elettivo.

Come si è sopra accennato, infatti, il destinatario della misura cautelare, nel caso in commento, è un parlamentare della Repubblica, e precisamente un membro della Camera dei deputati. Disponendo la misura dell'obbligo di dimora in una città diversa dalla Capitale, al deputato veniva di fatto impedito l'accesso all'assemblea legislativa, e dunque di svolgere il mandato elettivo.

La Corte di cassazione, intervenendo su questo preciso punto, nella sentenza che ci occupa, ha introdotto il tema del contemperamento tra gli interessi di tutela generale e quelli derivanti dal dovere istituzionale, stigmatizzando il fatto che la corte territoriale non si era espressa sul punto, ancorché espressamente dedotto, del «*bilanciamento tra le esigenze di cautela e il rispetto di quel mandato*».

Da un lato, dunque, vi sono le finalità della cautela. Dall'altro, le attribuzioni ed i doveri costituzionali che la Carta fondamentale riconosce e stabilisce nei confronti dei membri delle assemblee legislative.

Nel quadro delineato dalla Corte, si ricorda come la funzione svolta dal rappresentante del popolo abbia dignità costituzionale. Per cui, il mandato elettivo non può essere sacrificato *sic et simpliciter* presentandosi esigenze di cautela. Occorre, al contrario, effettuare un bilanciamento tra le anzidette esigenze ed il rispetto della carica istituzionale, e soprattutto della funzione ad essa correlata.

Va rilevato, in particolare, che il tema del bilanciamento – nell’ottica dei giudici di legittimità – non s’inserisce nell’ambito della esecuzione della misura (riconoscendo, ad esempio, il diritto a chiedere ed ottenere autorizzazioni *ad hoc* per recarsi in Parlamento), bensì può riguardare persino l’applicazione stessa di una misura.

La sentenza, difatti, dispone che il contemperamento delle prerogative parlamentari, ed i relativi doveri, debba avvenire con le esigenze di tutela generale; ciò, a ben vedere, può comportare anche la compressione della cautela ed il prevalere della funzione pubblica.

La Corte, per la verità, non delinea quando ciò debba avvenire. Tuttavia, il principio espresso dalla sentenza obbliga comunque il giudice della cautela al rispetto del mandato elettivo, ed a considerarlo nell’iter decisionale e motivazionale.

La soluzione offerta dalla Corte, difatti, ha conseguenze anche sulla scelta della misura. Non è un caso che il tema sia affrontato dai giudici di legittimità nell’ambito del difetto motivazionale sulla adeguatezza dell’obbligo di dimora, sebbene rispetto alle imputazioni: anzi, il giudizio della Corte sembra estendersi anche all’adeguatezza rispetto alla carica elettiva.

Il suggerimento che sembra provenire dalla sentenza è che, al momento di disporre una misura cautelare, o di decidere sul suo mantenimento, il giudice debba considerare se – nel bilanciamento degli interessi in gioco – non sia opportuna ed adeguata una misura che consenta di soddisfare le esigenze ed allo stesso tempo di svolgere il mandato elettivo.

Del resto, una diversa soluzione, comportante una totale compromissione delle prerogative del parlamentare, appare in contrasto con il quadro costituzionale, poiché impedire ad un parlamentare di esercitare le sue funzioni non incide tanto, e soltanto, sui suoi diritti politici, quanto, e soprattutto, sul plenum del Parlamento e, dunque, sulla funzionalità di un organo costituzionale, con la possibilità che si verifichi un conflitto tra i poteri dello Stato.

Allo stesso tempo, conciliare il mandato elettivo con una misura che lo renda in concreto difficilmente esperibile, e cioè in fase di esecuzione,

attraverso richieste di autorizzazione per recarsi ai lavori d'aula o di commissione, o di partecipare ad incontri politici, od ogni altra attività necessaria e correlata alla carica, vorrebbe dire attribuire al giudice la facoltà di decidere a quali lavori il parlamentare possa partecipare, ed a quali no, il che costituirebbe un abuso della funzione giudiziaria ed uno sconfinamento oltre i poteri alla stessa attribuiti dalla Carta fondamentale.

L'ordinamento costituzionale e quello processuale, in ragione degli equilibri derivanti dalla necessità di garantire il principio di separazione dei poteri, escludono, in effetti, che il giudice possa stabilire a quali attività dell'assemblea legislativa di appartenenza od a quali incontri politici possa assistere il singolo deputato od il senatore, posto che, peraltro, com'è stato riconosciuto dalla Corte Costituzionale, sussiste eguale e non differenziabile dignità ed importanza fra tutti i diversi aspetti dell'attività del parlamentare, *«tutti riconducibili egualmente ai suoi diritti e doveri funzionali»*<sup>(7)</sup>.

Al contrario, la Corte costituzionale, nella medesima pronuncia testé citata, ed alla quale – sebbene non esplicitamente – la sentenza in commento sembra riferirsi, ha statuito che, nell'applicare le regole del processo penale, il giudice deve sempre contemperare le esigenze che vengono in rilievo al fine di evitare che vengano lese le attribuzioni dell'istituzione parlamentare, il cui rispetto *«esige»* che ogni altro potere, allorquando agisce nel campo suo proprio e nell'esercizio delle sue competenze, tenga conto non solo delle esigenze della attività di propria pertinenza, ma anche degli interessi, costituzionalmente tutelati, di altri poteri, che vengano in considerazione ai fini dell'applicazione delle regole comuni.

#### **4. Conclusioni**

In conclusione, si può osservare che la sentenza in commento appare significativa sotto diversi aspetti: con riguardo al *novum* probatorio introdotto dal P.m., nell'appello cautelare proposto dall'imputato, sebbene in modo non convincente, ne ha affermato l'ammissibilità; con riguardo all'attualità del pericolo di recidiva, ha ribadito il principio giurisprudenziale per il quale non è più sufficiente esprimere un giudizio negativo sulla personalità dell'imputato, bensì occorre valutare se la situazione di fatto consenta in concreto la reiterazione, sussistendo occasioni prossime favorevoli alla commissione di nuovi delitti della stessa specie;

---

<sup>7</sup> Corte Costituzionale, sentenza 4 luglio 2001, n. 225.

infine, e soprattutto, con riguardo alle misure cautelari disposte nei confronti di membri delle assemblee legislative, ha affermato che nel processo decisionale che porta all'applicazione od al mantenimento delle stesse debba essere tenuto in debita considerazione il diritto del parlamentare a svolgere la sua funzione, e conseguentemente l'opportunità di adottare una misura che lo consenta.