

Contenuti, limiti e condizioni del diritto di difesa: “il fatto diverso”, emerso dall’analisi dell’elemento normativo del contestato abuso d’ufficio, deve consentire all’imputato di poter ripensare alle scelte difensive tecniche.

La contestazione di abuso d’ufficio, allorché fondata su violazione di legge, implica l’esatta individuazione precisa dell’elemento normativo capace di integrare la fattispecie concreta. Nel caso di successione di leggi afferenti l’elemento normativo, occorre verificare se le condotte da esse imposte all’agente siano esattamente sovrapponibili, individuandone gli elementi giuridici e di fatto.

Ove esse non siano sovrapponibili e facciano emergere un fatto storico diverso, ai fini di non violare il diritto di difesa, tecnica e sostanziale, riconosciuto alle parti, il Giudice deve procedere ex articolo 521 c.p.p. alla restituzione degli atti al Pubblico Ministero, a prescindere dalla natura del rito in cui interviene la pronuncia.

Il caso: nei confronti degli imputati veniva emesso decreto di fissazione dell’udienza preliminare per aver, in concorso fra di loro, violato la disposizioni dell’articolo 32 c.p. con riferimento al disposto dell’articolo 56 comma 6 del cosiddetto codice degli appalti.

Due dei tre imputati richiedevano procedersi nei propri confronti con le forme previste dal rito abbreviato, mentre il terzo chiedeva applicarsi nei propri confronti la pena ex articolo 444 e seguenti c.p.p.

Effettuata la discussione, i difensori sottolineavano come fosse inapplicabile nei confronti dei propri assistiti la norma extrapenale posta a sostegno dell’incriminazione e articolo 323 c.p., per essere la medesima entrata in vigore in epoca di poco successiva (sette giorni) al momento della commissione del fatto.

Concludevano pertanto richiedendo pronuncia assolutoria nei confronti dei propri assistiti per insussistenza del fatto.

Il Giudice dell’udienza Preliminare all’esito della camera di consiglio, emetteva l’ordinanza in commento con la quale, sulla scorta dei principi ben noti dettati in tema di successione di leggi e di sussunzione delle fattispecie, disponeva la restituzione degli atti, in relazione alla posizione di tutti e tre gli imputati, al pubblico ministero ex articolo 521 c.p.p.

L’articolo 56 comma 6 del codice degli appalti e la successione di leggi nel tempo: il Giudice dell’Udienza Preliminare prende le mosse, al fine di ricostruire la vicenda sottoposta al suo esame, dal tenore della norma extrapenale posta a fondamento della contestazione ex articolo 323 c.p.

Tale norma è individuabile, espressi verbis, nell’articolo 56 comma 6 del Decreto Legislativo 12 aprile 2006 n. 163, meglio noto quale codice degli appalti.

Rilevato che le procedure amministrative finalizzate alla stipula dei contratti di appalto, ovvero i bandi, erano state poste in essere da parte della stazione appaltante in epoca antecedente al 1 agosto 2007, egli non può che rilevare l’inapplicabilità della norma extrapenale invocata dalla Pubblica Accusa a sostegno del proprio assunto.

L’inapplicabilità al caso di specie della norma portata dall’articolo 56 comma 6 del Codice degli Appalti, avrebbe potuto portare a pronuncia assolutoria per insussistenza del fatto, se non ché il Giudicante ritiene di dover verificare, alla luce del tenore del capo di imputazione formulato nei confronti degli imputati, se la contestazione, inerente la “violazione di legge” potesse dirsi compatibile con violazione delle leggi in vigore al momento della commissione dei fatti.

In ossequio al principio della successione delle leggi penali nel tempo ed all’istituto dell’abrogatio criminis.

La successione delle leggi extrapenali in tema di appalto: primo necessario passo di indagine da compiersi è certamente quello inerente l’individuazione della norma applicabile, ai fini di verificare se essa fosse integralmente sovrapponibile a quella dettata dal codice degli Appalti.

Sulla scorta di detta norma la stazione appaltante aveva la possibilità di procedere ad affidamento con trattativa privata esclusivamente nei casi di lavori di importo non superiore a 100.000,00 euro (lettera oa), lavori di importo complessivo compreso tra oltre 100.000 euro e 300.000 euro, nel rispetto delle norme sulla contabilità generale dello Stato e, in particolare, dell'articolo 41 del regio decreto 23 maggio 1924, n. 827 (lettera a), lavori di importo complessivo superiore a 300.000 euro, nel caso di ripristino di opere già esistenti e funzionanti, danneggiate e rese inutilizzabili da eventi imprevedibili di natura calamitosa, qualora motivi di imperiosa urgenza attestati dal dirigente o dal funzionario responsabile del procedimento rendano incompatibili i termini imposti dalle altre procedure di affidamento degli appalti; (lettera b).

Detta possibilità era in tutti i casi subordinata (numero 2 della norma) all'obbligo di motivazione e comunicazione all'Osservatorio che il responsabile del procedimento doveva effettuare ed alla necessità di porre gli atti del procedimento in libera visione di chiunque lo richiedesse.

È evidente che i limiti di carattere economico posti dal Legislatore della norma abrogata, fossero del tutto compatibili con quelli inerenti le opere oggetto di affidamento a trattativa privata da parte dell'Amministrazione procedente.

Inneggabile invece che l'iter di carattere amministrativo da porre in essere ai fini d'adempiere alle disposizioni di legge fosse nelle due ipotesi del tutto differente.

La norma erroneamente invocata a sostegno dell'imputazione vieta senza alcuna possibilità di deroga l'affidamento a trattativa privata, mentre la norma in vigore al momento dei fatti la ammette, purché accompagnata dall'adempimento di formalità espressamente ex lege previste.

E, versandosi in tema di violazione di legge, occorre, ai fini di poter pronunciare sentenza, verificare se la legge sia stata o meno rispettata.

Il concetto di violazione di legge: la norma extrapenale.

Versandosi in ipotesi di contestata violazione dell'articolo 323 del codice penale, sub specie di violazione dei principi tipici dell'azione della Pubblica Amministrazione indicati nell'articolo 97 della Costituzione, assume rilevanza assoluta la definizione della condotta imposta agli amministratori dalla norma extrapenale che, in ossequio ai principi di tassatività e tipicità dell'illecito penale, finisce col "riempire" di contenuto la norma incriminatrice definendo le condotte tipiche in grado di integrare la fattispecie astratta.

La norma abrogata, pacificamente in vigore al momento dei fatti, consentiva l'affidamento diretto di lavori per importi compatibili con quelli oggetto del procedimento penale.

Imponendo però obblighi motivazionali, di comunicazione e di trasparenza che, in tutta evidenza, non formano concretamente parte della contestazione formulata dall'accusa ma, certamente, debbono essere considerati quali presupposti di quella "violazione di legge" che pur sempre ne costituisce la sostanziale ossatura.

Ricostruito il contenuto della norma extrapenale il Giudice dell'udienza Preliminare si trova innanzi ad una strada obbligata: ovvero quella di verificare se la condotta concretamente posta in essere dagli imputati possa dirsi capace di integrare quella prevista ed indicata dalla norma extra penale, non potendosi, in astratto e senza alcun diretto approfondimento, dichiarare l'irrelevanza penale della condotta assunta da taluno, o da tutti, i correi.

I diritti della difesa: la necessità di concreta contestazione del fatto diverso.

Percorrendo detta strada emerge immediatamente come ci si trovi innanzi ad un fatto storico diverso e differente rispetto a quello oggetto della originaria contestazione.

I cui effetti, sotto il profilo della condotta, sono certamente sussumibili nella fattispecie astratta dell'articolo 323 c.p., ma pacificamente contrassegnato da profili di condotta storica tuttal più diversi rispetto a quella descritta nel capo di imputazione.

L'analisi da condurre, ai fini di poter emettere la richiesta pronuncia, sottolinea il GUP, deve essere rivolta all'assolvimento dell'onere motivazionale imposto, alla intervenuta comunicazione

all'Osservatorio ed al soddisfacimento dell'obbligo di pubblicizzazione degli atti imposto alla Pubblica Amministrazione procedente.

Partendo da questi presupposti il GUP non può che rilevare come le parti non abbiano potuto esercitare in relazione al fatto diverso presupposto normativo della contestata violazione della norma penale de qua, non abbiano potuto esercitare il diritto di difesa.

I profili del diritto di difesa, tecnico e sostanziale: Il Giudice novarese richiama, ai fini di definire i limiti del diritto di difesa fonti normative differenti che, a suo condivisibile parere, ne tracciano contenuto e portata.

A tal fine vengono identificate quali fonti l'art. 24 della Costituzione Italiana, le fonti «euro-unitarie» parallele degli artt. 6 della CEDU e 47 e 48 della Carta di Nizza, ed il trattato di Lisbona.

La lettura di dette fonti rende esplicito come sia parte essenziale e costitutiva dell'esercizio del diritto di difesa quella inerente la possibilità di “vagliare la scelta del rito” ovvero di poter, compiutamente e scientemente, richiedere la celebrazione di uno dei riti speciali previsti dal Legislatore sulla scorta della completa conoscenza e della contestazione formulata dal Pubblico Ministero, anche e soprattutto con riguardo e relazione alla condotta fattuale e con riferimento alle allegazioni probatorie concretamente disponibile al momento della scelta.

In secondo piano, rispetto alla scelta tecnica, ovvero quella di difendersi scegliendo il rito che si ritiene più confacente alle esigenze della difesa, il diritto deve prevedere la possibilità di “difendersi nel merito, esattamente in relazione allo stesso identico fatto che costituirà oggetto di sentenza”.

Essendo indispensabile, pena la violazione del baluardo costituito dal diritto di difesa, che le parti siano messe in condizioni *“tanto al momento della scelta del rito, quanto nella successiva trattazione nel merito, di valutare con esattezza le possibili conseguenze sanzionatorie e il peso degli elementi a proprio carico e a proprio discarico.”*

La scelta del rito, la difesa tecnica è dunque parte fondamentale del contenuto del diritto di difesa e del suo esercizio, non solo per espressa previsione Costituzionale ma anche in virtù delle norme portate ed introdotte nel sistema positivo dalla Legislazione di terzo pilastro.

La soluzione giuridica, l'articolo 521 c.p.p.; se il contenuto del diritto di difesa deve essere ricondotto alla possibilità di scelta consapevole e compiuta del rito di cui si richiede la celebrazione e di concreta possibilità di difesa nel merito rispetto ad un addebito compiutamente descritto con riferimento ed agli elementi normativi ed agli elementi fattuali, l'unica soluzione possibile per il Giudice, terzo ed equidistante dalle parti, è quella di procedere alla restituzione degli atti al Pubblico Ministero ex art. 521 co. 2 c.p.p.

Sia con riferimento agli imputati che hanno richiesto procedersi nei propri confronti con le forme previste dall'articolo 438 c.p.p., sia per colui che aveva richiesto procedersi applicazione della pena ex articolo 444 c.p.p..

Si tratta infatti dell'esercizio di un potere – dovere del Giudice, espressione di un principio generale dell'ordinamento che, proprio in virtù di detta natura, può, laddove ne ricorrano i presupposti, essere esercitato anche nel corso dei riti pattizi (abbreviato e patteggiamento) che non comportano, almeno così ritiene la Giurisprudenza, alcuna *“cristallizzazione del fatto reato nei limiti dell'imputazione”*.

La centralità delle scelte di difesa tecnica: la pronuncia che si caratterizza per l'approfondito excursus legislativo in tema di normativa applicabile agli appalti pubblici, appare essere davvero interessante sotto il profilo strettamente connesso all'esercizio del diritto di difesa ed ai suoi contenuti.

Il Giudice dell'Udienza Preliminare, restituendo gli atti al Pubblico Ministero sancisce e decreta quella centralità, rispetto alle strategie difensive, della scelta del rito da applicarsi che, ahinoi, sembra permanere piuttosto estranea a larga parte dell'Avvocatura.

Evidente infatti come, sotto un profilo logico, attinente alla costruzione della difesa e ai processi di convincimento del Giudicante, l'elezione del rito da percorrere ai fini di giungere alla pronuncia non

possa che essere considerata non soltanto fondamentale ma anche strettamente connessa con l'esercizio del diritto di difesa.

Il corredo probatorio da porre a disposizione del Giudicante, i limiti alla cognizione che, pur in un continuo tentativo di erosione portato dalla Giurisprudenza, continuano a permanere fra i diversi riti, sono, e l'ordinanza in commento lo conferma, profili connaturati ed inscindibili del diritto di difesa.

E come tali tutelabili.

Anche avanti alla Giurisdizione della Corte Europea.

Il diritto di difesa può dunque dirsi effettivamente garantito allorché sia assicurato sotto il duplice, distinto ma connesso profilo, del diritto alla scelta di quella che è ritenuta la miglior difesa tecnica e di quello alla difesa sostanziale, ovvero nel merito.

(avv. Claudio Bossi – pubblicato su Diritto&Giustizia Giuffrè editore s.p.a.)