

# Osservatorio sulla Corte di Cassazione

---

## **Libertà personale**

### **La decisione**

**Misure cautelari personali - Sopravvenuta inefficacia della misura - Procedimento di riesame - Omessa trasmissione degli atti - Ripristino misura cautelare custodiale - Condizioni - Interrogatorio dell'indagato - Esclusione - Ragioni** (c.p.p., artt. 294, 302, 309, co. 5 e 10).

*Nell'ipotesi di emissione di nuova misura cautelare custodiale, a seguito della dichiarazione di inefficacia, ai sensi dell'art. 309, co. 5 e 10, c.p.p., di quella precedente, il giudice per le indagini preliminari non ha il dovere di interrogare l'indagato prima di ripristinare nei suoi confronti il regime custodiale né è tenuto a reiterare l'interrogatorio di garanzia neanche successivamente, sempre che l'interrogatorio sia stato in precedenza regolarmente espletato e sempre che la nuova ordinanza cautelare non contenga elementi nuovi e diversi rispetto alla precedente.*

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 1° luglio 2014 (ud. 24 aprile 2014) - SANTACROCE, *Presidente* - ROTUNDO, *Relatore* - DESTRO, *P.G.* (conf.) - P.m. in proc. Sandomenico, ricorrente.

### **Il commento**

**Misure cautelari:  
ripristino senza interrogatorio in assenza di nuovi elementi**

#### **1. Ricostruzione della vicenda**

La sentenza in commento ha ad oggetto i limiti alle previsioni di garanzia in tema di libertà personale, ed in particolare la non necessità del «previo interrogatorio in caso di nuova emissione di misura cautelare, a seguito di dichiarazione di inefficacia di quella precedente, per il mancato rispetto dei termini nel procedimento di riesame».

Al riguardo, per poter meglio comprendere la motivazione addotta dalle Sezioni unite, nonché il percorso logico-argomentativo da esse seguito, è opportuno procedere ad una ricostruzione delle fasi essenziali della vicenda giudiziaria, dopo l'esecuzione della misura cautelare degli arresti domiciliari e la successiva espletazione dell'interrogatorio di garanzia dell'indagato, ai sensi dell'art. 294 c.p.p.

Di fatti, avverso l'ordinanza applicativa della prima, quest'ultimo proponeva

istanza di riesame, accolta, con conseguente rimessione in libertà dello stesso, dall'apposito Tribunale, a causa della mancata trasmissione, da parte del P.M. procedente, entro il termine di cui all'art. 309, co. 5, c.p.p., degli atti sui quali si fondava la misura cautelare in oggetto. Questa, tuttavia, a seguito di nuova richiesta del pubblico ministero, veniva nuovamente applicata dal G.I.P., nei confronti dello stesso indagato, con un'ordinanza che richiamava integralmente il contenuto della precedente, ma era ulteriormente contestata, mediante una nuova richiesta, ex art. 309 c.p.p., che deduceva la nullità per violazione dell'art. 302 c.p.p., non avendo il Giudice proceduto al previo interrogatorio dell'indagato. Così, l'adito Tribunale della libertà, investito ancora una volta della vicenda, accogliendo l'eccezione difensiva, annullava il provvedimento impugnato, ritenendo che l'omissione dell'incombente invocato avesse determinato la nullità della nuova misura, per violazione del diritto di difesa, giacché il primo interrogatorio, reso in una condizione di restrizione della libertà personale, non poteva a tal fine valere. Avverso tale decisione interponendo però ricorso per cassazione il Procuratore della Repubblica, deducendo violazione di legge in relazione all'art. 302 c.p.p., non suscettibile di interpretazione analogica e, dunque, non estendibile alle ipotesi di inefficacia scaturente dalla mancata trasmissione degli atti al Tribunale del riesame, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 309, co. 5 e 10, c.p.p. Quindi il difensore dell'indagato, invocando un presunto contrasto giurisprudenziale manifestatosi in argomento, sollecitava la rimessione del ricorso alle Sezioni unite, rispetto alla quinta Sezione a cui era stato assegnato, la quale, con articolata ordinanza, mostrava di condividere i rilievi difensivi circa l'esistenza di un dissidio interpretativo, e, ai sensi dell'art. 618 c.p.p., ad esse rimetteva la decisione del ricorso<sup>1</sup>. Ed infatti le Sezioni unite, dopo aver rilevato come non fosse riscontrabile, nella giurisprudenza di legittimità, «un reale orientamento contrario rispetto a quello oramai consolidato», ne ribadivano i contenuti, stabilendo, conclusivamente, che il giudice per le indagini preliminari, nell'ipotesi di emissione di nuova misura cautelare custodiale, in seguito alla dichiarazione di inefficacia, ai sensi dell'art. 309, co. 5 e 10, c.p.p., di quella precedente, non è tenuto ad interrogare l'indagato prima di ripristinare nei suoi confronti il regime custodiale, né a reiterare l'interrogatorio di garanzia – sempre che questo sia stato in precedenza regolarmente espletato, e che la nuova ordinanza cautelare non contenga elementi nuovi e diversi rispetto alla

---

<sup>1</sup> V. Cass., Sez. V, 5 febbraio 2014 (ord.), Sandomenico, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), a margine della quale DE MARTINO, *Rimessa alle Sezioni Unite una questione rilevante in tema di interrogatorio dell'indagato e nuova emissione di misura cautelare*.

precedente<sup>2</sup>.

## 2. Misura custodiale cautelare ed interrogatorio di garanzia: il percorso argomentativo delle Sezioni unite

Orbene, le Sezioni unite, a dispetto del presunto contrasto prospettato dalla Sezione rimettente<sup>3</sup>, evidenziano come l'orientamento assolutamente prevalente della giurisprudenza di legittimità abbia costantemente escluso la possibilità che, nei casi di estinzione della misura per causa diversa dall'omesso interrogatorio, il giudice per le indagini preliminari, nell'accogliere la richiesta del p.m. di ripristino del regime cautelare, fosse tenuto ad interrogare preventivamente l'indagato secondo i dettami dell'art. 302 c.p.p.<sup>4</sup>, giacché questo non è suscettibile di interpretazione analogica, per cui è inapplicabile al di fuori dell'ipotesi, ivi prevista, di estinzione della misura per omesso interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare, nonché in quella contemplata dal suddetto art. 309, co. 10, c.p.p., o in quella ulteriore, disciplinata dall'art. 27 c.p.p., di emissione della misura da parte del giudice incompetente, o ancora nei casi di reiterazione di ordinanza di custodia cautelare annullata per vizi di forma.

Nello specifico, nel soffermarsi sulle ragioni dell'impossibilità di applicazione analogica dell'art. 302 c.p.p., non solo al caso previsto dall'art. 309, co. 10, c.p.p., ma anche a quello previsto dall'art. 27 c.p.p., la Cassazione ha sottolineato come il previo interrogatorio in stato di libertà, nell'ipotesi di mancato espletamento dell'interrogatorio di garanzia, fosse stato concepito dal legislatore «per ragioni di tutela dell'indagato, che, se tempestivamente interrogato, avrebbe potuto far valere le sue ragioni difensive»<sup>5</sup>, mentre, nelle ipotesi di sopravvenuta inefficacia per motivi squisitamente procedurali, quali quelli di cui agli artt. 27 e 309, co. 10, c.p.p., che non ne inficiavano l'intrinseca legittimità, e qualora la nuova ordinanza custodiale non avesse contenuto elementi nuovi e diversi rispetto alla precedente, l'esigenza di difesa dell'indagato era stata pienamente assicurata con il primo interrogatorio<sup>6</sup>, considerato che, con

<sup>2</sup> Principio di diritto ricavabile dalla pronuncia in esame, per un cui primo commento si veda la nota di CAPITANI, *Un nuovo interrogatorio non s'ha da fare, quando una nuova ordinanza sostituisce quella già annullata*, in *Dir. e giust.*, 2014, 76.

<sup>3</sup> V., in particolare, i § 6 e 7 della già citata Cass., Sez. V, 5 febbraio 2014 (ord.), Sandomenico, cit.

<sup>4</sup> V. Cass., Sez. VI, 19 aprile 1991, Spezio, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1991, 631; Id., Sez. I, 2 novembre 1994, Belato, in *Mass. Uff.*, n. 200331; Id., Sez. VI, 12 gennaio 1995, Tramacera, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1995, 451.

<sup>5</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 15 marzo 1996, Di Sarno, in *Cass. pen.*, 1997, 2169.

<sup>6</sup> Successivamente, in senso conforme nell'escludere la necessità di un nuovo interrogatorio, con riguardo all'ipotesi dell'inefficacia dichiarata ai sensi dell'art. 309, co. 10, c.p.p., si sono espresse Cass., Sez. IV, 5 maggio 1999, Gammarota, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, 356; Id., Sez. VI, 13 ottobre 1999,

un quadro fattuale e giuridico invariato, un secondo interrogatorio si sarebbe rivelato «una inutile formalità<sup>7</sup>» «di mera ratifica di quello già espletato»<sup>8</sup>. Viene così smentito l'unico precedente di segno contrario, che aveva affermato la necessità di un nuovo interrogatorio anche nel caso in cui la precedente ordinanza custodiale fosse divenuta inefficace, ai sensi dell'art. 309, co. 10, c.p.p.<sup>9</sup>, e che era stato addotto dalla Sezione rimettente a sostegno del presunto dissidio interpretativo<sup>10</sup>, giacché, ad avviso delle Sezioni unite, in quel caso<sup>11</sup>, «la necessità del nuovo previo interrogatorio (per quanto esteso anche ai casi di reiterazione di misura dichiarata inefficace per vizi di forma diversi da quello previsto dall'art. 302 c.p.p.) è stata collegata alle sole ipotesi di misura “nuova”, non meramente reiterativa o sostitutiva della precedente», confermando, così, che, diversamente, «l'adempimento non sarebbe necessario»<sup>12</sup>, in virtù anche del fatto che «la “novità” della seconda misura è stata sostanzialmente ancorata a un dato temporale-processuale (l'essere cioè intervenuta prima della effettiva, ancorché già dichiarata, perdita di efficacia della prima)»

---

Caridi, in *Cass. pen.*, 2001, 2134; Id., Sez. VI, 1 febbraio 2000, Carloni, in *Mass. Uff.*, n. 215407; Id., Sez. VI, 27 novembre 2002, Kerutay, *ivi*, n. 224100; Id., Sez. I, 28 febbraio 2003, Pittaccio, in *Riv. pen.*, 2004, 466; Id., Sez. II, 29 aprile 2003, Romano, in *Mass. Uff.*, n. 225104; Id., Sez. II, 23 novembre 2012, Sarpa, *ivi*, n. 254870. Analogo principio è stato ribadito anche nel caso di misura cautelare disposta dal giudice incompetente e rinnovata ad opera di quello competente ai sensi dell'art. 27 c.p.p. da Id., Sez. V, 27 ottobre 2009, Zarcone, in *Mass. Uff.*, n. 245836 (in cui si legge che «non è necessario procedere ad un nuovo interrogatorio di garanzia qualora la misura cautelare disposta dal giudice incompetente sia rimovuta ad opera di quello competente, in quanto, ex art. 27 c.p.p., l'estinzione della misura si determina solo nel caso in cui il giudice competente non abbia provveduto ad emettere una nuova ordinanza, ex art. 292 c.p.p., nel termine di venti giorni dall'ordinanza di trasmissione degli atti»); Id., Sez. V, 17 ottobre 2008, Negro, *ivi*, n. 241726; Id., Sez. II, 17 aprile 2007, Cappucci, *ivi*, n. 237697; Id., Sez. II, 6 aprile 2005, Valenti e altri, *ivi*, n. 231335; Id., Sez. VI, 2 luglio 2004, Zainab, *ivi*, n. 229962. Ciò in virtù del fondamentale principio secondo cui «l'esigenza di garanzia sottesa all'interrogatorio di cui all'art. 294 c.p.p. deve ritenersi soddisfatta ampiamente dall'interrogatorio reso al giudice incompetente, stante la validità, efficacia ed utilizzabilità dell'atto anche da parte del giudice competente» (Id., Sez. un., 26 settembre 2001, Zaccardi, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1504).

<sup>7</sup> Così, Cass., Sez. I, 17 dicembre 1998, Di Martino, in *Cass. pen.*, 2000, 1342, in cui si era esclusa la necessità di procedere a nuovo interrogatorio - la cui «opportunità» era, al più, «rimessa al prudente apprezzamento del giudice» - a seguito di nuovo provvedimento coercitivo emesso dopo la declaratoria di inefficacia del primo, a causa dell'inosservanza del termine per l'avviso al difensore previsto dall'art. 309, co. 8, c.p.p.

<sup>8</sup> Cfr. Cass., Sez. IV, 5 maggio 1999, Gammarota, cit.

<sup>9</sup> V. Cass., Sez. V, 12 novembre 2010, Toni, in *Mass. Uff.*, n. 249693.

<sup>10</sup> Rivelandosi, nel contempo, inconferenti ai fini che interessano gli altri due citati dalla Sezione rimettente: Cass., Sez. VI, 10 giugno 1998, Manfredi, in *Mass. Uff.*, n. 211751 e Id., Sez. V, 11 maggio 2010, Schiripa, *ivi*, n. 247517.

<sup>11</sup> In una vicenda oltretutto assolutamente peculiare, e pertanto inidonea a far assurgere valenza di principio generale al principio di diritto allora espresso, dato che il titolo custodiale precedente risultava ancora valido al momento dell'emissione del nuovo, emesso “in prevenzione” in vista della prevista, pur sicura, inutile decorrenza del termine di cui all'art. 309, co. 10, c.p.p.

<sup>12</sup> Cfr. § 5 del “Considerato in diritto” della pronuncia annotata.

ben diverso dal «tradizionale elemento di discriminare», costantemente identificato «nella presenza o meno di un *quid novi* all'interno del compendio indiziario-cautelare», e che detta «“novità” ha sempre costituito una ragione per esigere l'interrogatorio successivo ex art. 294 c.p.p., e non quello anticipato di cui all'art. 302 c.p.p.»<sup>13</sup>.

La Cassazione, dunque, non riscontra, nella giurisprudenza di legittimità, un reale orientamento contrario a quello secondo cui, qualora sia emessa una nuova misura custodiale in seguito alla dichiarazione di inefficacia di quella precedente, ai sensi dell'art. 309, co. 5 e 10, c.p.p., il giudice per le indagini preliminari non è tenuto ad interrogare l'indagato prima di ripristinare nei suoi confronti la cautela, né a reiterare l'interrogatorio di garanzia neanche successivamente, quando la misura cautelare precedentemente emessa sia caducata per motivi esclusivamente formali, sempre che l'interrogatorio sia stato in precedenza regolarmente espletato, e che la nuova ordinanza cautelare non contenga elementi nuovi e diversi rispetto alla precedente<sup>14</sup>.

Invero, l'interrogatorio in questione è posto essenzialmente a garanzia dell'imputato, sicché «tale garanzia non ricorre ove lo stesso sia stato messo nelle condizioni di esprimere in precedenza le sue difese sulla medesima imputazione»<sup>15</sup>, e, come peraltro sostenuto dalla Corte costituzionale, esso è specificamente volto a consentire al giudice che ha applicato la misura di verificare la sussistenza o la permanenza delle condizioni poste a base del provvedimento<sup>16</sup>, ed è quindi assolutamente indispensabile, ma è analogamente inutile, una volta che sia stato validamente effettuato, una sua ripetizione, a fronte di un compendio indiziario e cautelare immutato. Di converso, qualora, invece, con il nuovo titolo cautelare, siano contestati fatti nuovi, ovvero il provvedimento medesimo sia fondato su indizi o esigenze cautelari in tutto od in parte diversi da quelli posti a fondamento dell'ordinanza genetica divenuta inefficace, anche per motivi meramente formali o procedurali, la riemissione della misura non può che essere necessariamente preceduta da quel preventivo

<sup>13</sup> Cfr. sempre § 5. del “Considerato in diritto” della sentenza in commento. A tal proposito, si precisa, inoltre, come la misura “nuova”, per costante giurisprudenza, sia da identificarsi con quella che rinviene il suo fondamento in elementi anche solo in parte dissimili da quelli posti a base della prima, attinenti al quadro probatorio o ai *pericula libertatis*, mentre, viceversa, l'ordinanza che si limiti a reiterare pedissequamente le valutazioni del primo provvedimento è stata sempre qualificata come priva di un contenuto di novità.

<sup>14</sup> A medesime conclusioni la Cassazione è giunta anche relativamente a fattispecie analoghe, come quella della rinnovazione della misura cautelare disposta dal giudice competente, cui gli atti siano stati trasmessi dal giudice incompetente, ai sensi dell'art. 27 c.p.p. Sul punto, v. la giurisprudenza citata sopra alla nota 22.

<sup>15</sup> Così Cass., Sez. II, 23 novembre 2012, Sarpa, cit.

<sup>16</sup> Cfr. le già citate Corte cost., n. 95 del 2001, Id., n. 32 del 1999 e Id., n. 77 del 1997.

interrogatorio contemplato dall'art. 302 c.p.p.

Non è però da sottovalutare il suddetto orientamento minoritario<sup>17</sup>, che, di contro, come precedentemente riportato, auspicherebbe l'estensione generalizzata dell'obbligo di previo interrogatorio del soggetto nei cui confronti si debba reiterare il provvedimento cautelare<sup>18</sup>, senza operare alcun distinguo tra le vicende caducatorie dell'ordinanza genetica, giacché esso delinea lo stretto collegamento idealmente esistente fra la reiterazione del potere giurisdizionale cautelare e l'instaurazione di un contraddittorio di tipo anticipato. Invero, una simile interpretazione valorizza i tratti salienti dell'interrogatorio di garanzia, quale atto in cui maggiormente si estrinseca il diritto di difesa, e momento di immediato contatto con il magistrato competente a decidere il tema cautelare<sup>19</sup>, garantendo, altresì, l'ingresso delle argomentazioni difensive nella fase delle indagini, caratterizzata, normalmente, da una certa preminenza della figura del pubblico ministero<sup>20</sup>, al fine di verificare la permanenza di presupposti ed esigenze che giustifichino la compressione di libertà costituzionalmente garantite<sup>21</sup>.

Pertanto, coerentemente con la tesi in parola, l'ordinanza non preceduta da interrogatorio sarebbe inficiata da una nullità di ordine generale ex art. 178, lett. c), c.p.p., legittimamente deducibile con la richiesta di riesame, e ciò si

<sup>17</sup> V. Cass., Sez. V, 11 maggio 2010, Schirripa, in *Mass. Uff.*, n. 247517, cit., da cui emerge la necessità di un nuovo interrogatorio, ma non necessariamente precedente l'esecuzione della misura; Id., Sez. V, 11 febbraio 2011, Toni e altri, cit., e la di poco precedente Id., Sez. V, 15 luglio 2010, Toni e altri, cit.

<sup>18</sup> In tal senso la citata Cass., Sez. V, 11 febbraio 2011, Toni e altri, cit.

<sup>19</sup> Sulla connotazione marcatamente garantista dell'istituto dell'interrogatorio, ex art. 294 c.p.p., e sulla sua importanza ai fini dell'instaurazione del contraddittorio, su tutti i profili che conducono all'applicazione di una misura di natura cautelare, si rinvia a AMBROSINO, Sub art. 294 c.p.p., in *C.p.p.*, a cura di Canzio, Tranchina, cit., 2501; GIULIANI, *Interrogatorio di garanzia*, cit., 756 e ss.; MAZZA, *Interrogatorio dell'imputato*, in *Enc. Dir.*, *Annali*, III, Milano, 2010, 712 e ss.; ID., *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, 193 e ss.

<sup>20</sup> Si rammenti che: «[l']interrogatorio di garanzia rappresenta il primo momento in cui l'inquisito può interloquire sul tema cautelare in posizione di parità rispetto al pubblico ministero (...). L'iniziale adozione delle restrizioni alla libertà dell'indagato si configura, infatti, come un atto a sorpresa che, in quanto non prevedibile e non conoscibile anticipatamente da parte del destinatario, risulta compatibile solo con lo svolgimento di un contraddittorio differito rispetto alla stessa applicazione della misura cautelare». Così, MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 206.

<sup>21</sup> Dette argomentazioni sembrano, in linea di principio, esser fatte proprie anche dalle Sezioni unite nella citata Cass., Sez. un., 26 settembre 2001, Zaccardi, cit., in cui, tutto ciò premesso, sorprendentemente, si sceglie poi di privilegiare la valorizzazione del principio di conservazione della validità degli atti, di carattere meramente processuale, ritenendo legittima l'ordinanza assunta dal giudice competente, fondata su quanto emerso, tra l'altro, anche dall'interrogatorio condotto dal giudice dichiaratosi incompetente ex art. 27 c.p.p. Sempre secondo la Suprema Corte, l'invalidità sancita dall'art. 27 c.p.p., costituendo deroga alla regola generale di cui all'art. 26 c.p.p., investirebbe esclusivamente l'ordinanza applicativa della misura, e non anche l'interrogatorio, che, pertanto, si presterebbe a fondare validamente un nuovo provvedimento, ritenendo sufficiente l'occasione difensiva costituita dal contatto col primo giudice incompetente.

allinea perfettamente alla tendenza a riconoscere alla seconda ordinanza carattere non meramente sostitutivo, ma di autonomo<sup>22</sup> e diverso<sup>23</sup> provvedimento, garantendo, contro di essa, l'agile gravame previsto dall'art. 309 c.p.p.

### 3. Le eventuali ricadute sul diritto di difesa

In tale ottica, la pronuncia qui resa dalle Sezioni unite, circa l'inapplicabilità del contraddittorio anticipato al di fuori del caso espressamente previsto dall'art. 294 c.p.p., sembra far irrimediabilmente sfumare una preziosa possibilità di sviluppo, in senso garantista, della disciplina cautelare.

Infatti, la questione del contraddittorio anticipato non può essere separata dal contesto normativo in cui si iscrive, caratterizzato dalla severa censura, effettuata dal legislatore<sup>24</sup>, sul ritardo nella trasmissione degli atti da parte della magistratura inquirente nel procedimento di riesame, al fine di evitare una protrazione a tempo indeterminato delle cautele, e, tra esse, soprattutto dello stato custodiale. Peraltro, l'inosservanza del termine di cui all'art. 309, co. 5, c.p.p., comporta, come già detto, la caducazione *ope legis* della misura coerci-

---

<sup>22</sup> Sulla doverosità, da parte di ogni giudice che emetta un provvedimento cautelare, di esercitare una funzione di controllo e garanzia, si veda la sentenza Cass., Sez. V, 30 luglio 1991, Spezio, in *Mass. Uff.*, n. 189879, così massimata: «Il giudice che emetta un provvedimento di custodia cautelare deve procedere all'interrogatorio ancorché per gli stessi fatti altro giudice lo abbia effettuato a seguito di propria ordinanza di custodia. Infatti, l'interrogatorio, quando è condotto dal giudice, è uno strumento di controllo e di garanzia finalizzato, con l'instaurazione del contraddittorio con l'interessato, alla immediata verifica della sussistenza dei presupposti della misura cautelare disposta, con riferimento alle condizioni generali per l'applicabilità delle misure cautelari, alle esigenze cautelari e ai criteri di adeguatezza che ogni giudice che emette un provvedimento di custodia cautelare ha un autonomo dovere di controllo e di garanzia. (Nella specie il provvedimento impugnato aveva ritenuto la superfluità del secondo interrogatorio anche perché il secondo provvedimento di custodia cautelare era stato emesso nei termini di cui all'art. 27 c.p.p. ed era quindi collegato a provvedimento già disposto da giudice dichiaratosi incompetente). La Suprema Corte, che ha ritenuto efficace il primo provvedimento in assenza di declaratoria di incompetenza ex art. 27 c.p.p. ha notato che il problema comunque non muta a secondo che il successivo provvedimento possa o non possa collegarsi al primo. Infatti, anche nel primo caso la comminatoria di perdita di efficacia della misura adottata da giudice incompetente, non assolve date condizioni, attiene solo al suo profilo funzionale, non alla sua validità ed autonomia, mentre il nuovo provvedimento non revoca il precedente ma si congiunge ad esso con una propria autonomia).». Sempre in argomento, v. la nota di CARCANO, *L'interrogatorio di garanzia tra luci ed ombre*, in *Cass. pen.*, 2002, 478 e ss.

<sup>23</sup> «Per quanto concerne, ora, l'ordinanza di reiterazione della misura cautelare estinta, occorre sottolineare l'indipendenza rispetto a quella originaria, trattandosi di una pronuncia nuova che si fonda su un'autonoma verifica dell'esistenza, all'atto della sua emissione, di tutti i correlati requisiti di legittimità postulati dagli artt. 273, 274 e 275 c.p.p.»: così, SERVI, *Revoca, modifica ed estinzione*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, II, *Prove e misure cautelari*, II, a cura di Spangher, Torino, 2008, 260.

<sup>24</sup> Il riferimento è all'art. 16, l. 8 agosto 1995, n. 332, con cui si sono strettamente legati il termine perentorio per la decisione sul gravame e quello, parimenti perentorio, previsto per la trasmissione degli atti al Tribunale del Riesame.

tiva, sicché potrebbe trattarsi di un'ennesima fattispecie di estinzione della misura cautelare, modellata sulle peculiarità del giudizio di riesame, ed in collocazione eccentrica rispetto alla sistematica codicistica<sup>25</sup>.

Quindi, in altre parole, le Sezioni unite sono state chiamate a scegliere se avalare o meno l'applicazione in via analogica ed in *bonam partem* del meccanismo previsto dall'art. 302 c.p.p., attribuendogli il valore di regola generale e di principio di civiltà giuridica<sup>26</sup>, applicabile, pertanto, anche nelle ipotesi in cui la primigenia ordinanza custodiale fosse divenuta inefficace per un diverso *error in procedendo*.

Così delineato il quesito, non si comprende la ragione che spinge la Corte a privilegiare un'interpretazione il cui esito concreto vada a limitare le attività difensive del soggetto in procinto di essere privato della libertà personale, escludendo la possibilità di far conoscere anticipatamente, al giudice, elementi e circostanze contrarie all'adozione della cautela.

Dalla causa di estinzione dell'ordinanza, ex art. 302 c.p.p., discendono, poi, l'immediata liberazione e la subordinazione all'interrogatorio<sup>27</sup> in stato di libertà della legittima imposizione di ulteriori misure<sup>28</sup>, e qui il rispetto del criterio temporale, sancito dal suddetto art. 302 c.p.p., rappresenterebbe una scelta ideale anche nei casi analoghi in cui comunque manchi l'“effetto sorpresa”, tipico della prima applicazione di un provvedimento afflittivo, non potendosi affermare che il destinatario di un'ordinanza perentoria per motivi procedurali non si prefiguri una reiterazione dell'“offensiva” cautelare nei propri confronti. Inoltre, nonostante il codice di rito non vieti la nuova compressione dei diritti di rango costituzionale di un presunto innocente, sarebbe senz'altro preferibile che ciò avvenisse, lasciando il massimo spazio alle attività difensive che costui potrebbe voler porre in essere, e antepo-

<sup>25</sup> Disposizioni di cui al Libro IV, Titolo I, Capo V e, nello specifico, artt. 300-308 c.p.p.; in proposito, cfr. CONSO-GREVI, *Compendio di procedura penale*, VI ed., Padova, 2013, 472.

<sup>26</sup> Sul rapporto tra garanzia costituzionale della libertà personale e disciplina degli istituti cautelari, si veda GREVI, *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, Milano, 1976, 1-69. Più recentemente, v. anche FONTI, *Libertà inviolabili e processo penale*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di Dean, Torino, 2007, secondo cui «(...) la disciplina di tali istituti [cautelari] [sia] uno dei banchi di prova privilegiati per sperimentare il bilanciamento dei rapporti tra Stato e individuo all'interno di un dato ordinamento giuridico».

<sup>27</sup> Sulla ancor maggiore estensione della garanzia rappresentata dall'interrogatorio ex art. 302 c.p.p. rispetto a quello previsto dall'art. 294 c.p.p., in quanto precedente l'applicazione della misura, si rinvia a FERRAIOLI, *Il ruolo di “garante” del giudice per le indagini preliminari*, 2014, Padova, 157, nota 5.

<sup>28</sup> Sull'art. 302 c.p.p. e sulla sua natura recettiva della prassi giurisprudenziale sorte in relazione all'art. 365, co. 1, c.p.p. 1930, v. BUZZELLI, *Il contributo dell'imputato alla ricostruzione del fatto*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di Ubertis, 1992, Milano, 93 e ss.; GRILLI, *Ripristino della custodia cautelare estinta ex art. 302 c.p.p. e previo interrogatorio in stato di libertà*, in *Cass. pen.*, 2006, 162 e ss.



l'interrogatorio alla restrizione.

Pertanto, qualora la Corte avesse accolto le ragioni dell'indirizzo minoritario, il procedimento penale si sarebbe arricchito di un ulteriore vaglio diretto, da parte del giudice, sul *fumus commissi delicti* ed i *pericula libertatis*, giacché egli avrebbe potuto apprendere direttamente dall'indagato eventuali elementi favorevoli sopraggiunti, in modo da determinare un'interessante possibilità di anticipazione del contraddittorio, soprattutto in considerazione del fatto che, nella prassi, il secondo provvedimento rappresenta una meccanica ratifica della prima ordinanza<sup>29</sup>, meramente ripropositiva delle motivazioni già esposte nell'atto divenuto inefficace per profili di rito, ed una simile consuetudine, seppur difficilmente accostabile all'attività giurisdizionale, soffoca non solo il diritto di difesa, ma anche il diritto ad un processo equo, in cui la prognosi che giustifica l'applicazione degli istituti cautelari non può essere immutabile, nè oggetto di mera ratifica.

La sentenza in esame va quindi ad influire su una materia in cui si evidenziano fortemente i problemi legati al tema delle garanzie riconosciute dal nostro ordinamento all'esercizio del diritto di difesa; tema che, per la sua delicatezza, è stato ed è continuamente oggetto di particolare attenzione sia da parte del legislatore che della Corte costituzionale<sup>30</sup>. Il primo infatti, appare sempre più teso, a partire dalla l. 8 agosto 1995, n. 332, verso un ampliamento delle garanzie difensive dell'indagato, dell'imputato, ed in particolare del sottoposto a misura cautelare, che prevede una serie di puntuali adempimenti ai quali il giudice è tenuto tassativamente in ogni fase del procedimento, ma che, a volte, risultano essere talmente numerosi e ripetitivi, anche a scapito della speditezza del procedimento, da far credere a una sorta di sfiducia del legislatore nei confronti dei giudici, quasi che, in mancanza degli stessi, essi siano tentati di non rispettare appieno, o addirittura di prevaricare, le esigenze legate al diritto di difesa di tali soggetti<sup>31</sup>. La seconda, dal canto suo, risulta attenta a

<sup>29</sup> Si noti la stridente contraddizione con la *ratio* ispiratrice già della l. 5 agosto 1988, n. 530, portata a più deciso e compiuto sviluppo dal codice Vassalli, ai sensi della quale il controllo giurisdizionale sugli atti incidenti sulla libertà personale in sede cautelare avrebbe dovuto costituire un'estensione della garanzia dei diritti fondamentali del soggetto sottoposto a procedimento penale. In proposito, FERRAIOLI, *I limiti al controllo della discrezionalità cautelare personale*, in *Il riesame "anche nel merito". Origine e natura di un rimedio*, Torino, 2012, 67-69.

<sup>30</sup> Si veda, tra le tante, Corte cost., 1 aprile 1998, n. 89, in *Giur. cost.*, 1998, p. 823; Id., 3 aprile 1997, n. 77, *ivi*, 1997, 741; Id., 24 giugno 1997, n. 192, *ivi*, 1997, p. 1876, con nota di DI CHIARA, *Deposito degli atti e "diritto alla copia": prodromi del contraddittorio e garanzie difensive in una recente declaratoria di incostituzionalità*, e di RANALDI, *"Discovery" completa ed effettività della difesa nei controlli "de libertate"*; Corte cost., 17 dicembre 1997, n. 413, *ivi*, 1997, 3789; Id., 5 novembre 1996, n. 384, *ivi*, 1996, 3527. Ancora, più in generale, in tema di garanzie difensive, v. Id., 9 luglio 1996, n. 238, *ivi*, 1996, 2142; Id., 11 dicembre 1995, n. 497; Id., 10 marzo 1994, n. 77, *ivi*, 1994, 776.

<sup>31</sup> Tornano, a questo proposito, utili le osservazioni di GREVI, *Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995*,

precisare e chiarire incertezze che il legislatore avesse inserito nei testi normativi senza accorgersi della loro portata e difficoltà interpretativa, ma pur sempre, quale supremo garante dei principi costituzionali di inviolabilità della libertà personale e del diritto di difesa degli artt. 13 e 24 Cost., mantenendo lo stesso palpabile favore nei confronti del sottoposto a misura cautelare<sup>32</sup>.

Venendo alla sentenza in oggetto, la Corte di cassazione, seguendo una serie di pronunce in certo qual modo limitative di questa tendenza, ma mai eccessivamente penalizzanti nei confronti del diritto di difesa, ha fondamentalmente applicato il principio di conservazione degli atti processuali, nel ritenere che non sia necessario procedere ad un nuovo interrogatorio dell'indagato, quando lo stesso sia già stato tempestivamente interrogato, in conseguenza dell'emissione di una misura coercitiva, poi dichiarata inefficace per motivi procedurali<sup>33</sup>.

---

n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995*, n. 332, a cura di Grevi, Milano, 1996, 22 ss. e di KOSTORIS, *Commento all'art. 1 l. 8 agosto 1995*, n. 332, in *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, a cura di Giostra, Padova, 1995, 45 s.

<sup>32</sup> Cfr. Corte cost., 24 giugno 1997, n. 192, cit., che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 24 Cost., l'art. 293, co. 3, c.p.p., come modificato dall'art. 10 legge n. 332 del 1995, nella parte in cui non prevede la facoltà per il difensore di estrarre copia, insieme all'ordinanza che ha disposto la misura cautelare, della richiesta del pubblico ministero e degli atti presentati con essa, posto che la ratio dell'istituto del deposito degli atti in cancelleria a disposizione delle parti dovrebbe comportare di regola, insieme al diritto di prenderne visione, la facoltà di estrarne copia al fine di agevolare le ovvie esigenze del difensore di disporre direttamente e materialmente degli atti per preparare la difesa e rendere attuabile una adeguata e informata assistenza all'interrogatorio della persona sottoposta alla misura cautelare ex art. 294 c.p.p.; altresì, Id., 3 aprile 1997, n. 77, cit., che ha dichiarato costituzionalmente illegittimi, per violazione degli artt. 3, co. 1 e 24, co. 2 Cost. (anche in relazione all'art. 13 Cost.) gli artt. 294, co. 1, c.p.p. nella parte in cui non prevede che, fino alla trasmissione degli atti al giudice del dibattimento, il giudice proceda all'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare immediatamente e comunque non oltre cinque giorni dall'inizio di esecuzione della custodia e 302 c.p.p., limitatamente alle parole «disposta nel corso delle indagini preliminari»; infine Id., 8 giugno 1994, n. 219, in *Giur. cost.*, 1994, 1820, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 24 Cost., dell'art. 301, co. 2, c.p.p. nella parte in cui non prevede che, ai fini dell'adozione del provvedimento di rinnovazione della misura cautelare personale, debba essere previamente sentito il difensore della persona da assoggettare a misura.

<sup>33</sup> Così Cass., Sez. I, 30 giugno 1998, Esalto, in *Mass. Uff.*, n. 211026; Id., Sez., I, 26 maggio 1998, Latella, *ivi*, n. 211149; Id., Sez. I, 7 novembre 1997, Caforio, *ivi*, n. 209178; Id., Sez. I, 3 ottobre 1997, Marzano, *ivi*, n. 208980, tutte conformi nel dichiarare inammissibile la declaratoria di inefficacia della misura cautelare per omesso interrogatorio dell'imputato, anche a seguito della sentenza n. 77 del 1997 della Corte costituzionale, non avendo questa efficacia retroattiva nei casi in cui la misura sia stata presa in una fase procedimentale conclusasi anteriormente alla data di intervento della Corte. In senso inverso, invece, Id., Sez. un., 28 gennaio 1998, Budini, in *Guida dir.*, 1998, f. 22, p. 96 s., con nota di BRICCHETTI, *Il diritto a riacquistare la libertà si estende ai casi precedenti la sentenza della Consulta*. Conformi all'orientamento prevalente anche Cass., Sez. VI, 9 novembre 1997, Zangari, in *Mass. Uff.*, n. 209768, che nega l'esistenza di un obbligo, per il giudice del dibattimento, di interrogare la persona sottoposta a misura cautelare; Id., Sez. IV, 16 ottobre 1997, Montesu, *ivi*, n. 210155, sulle conseguenze della mancata attuazione delle specifiche modalità previste dall'art. 141-bis c.p.p. per l'interrogatorio

In motivazione, la Corte ha precisato che la decisione veniva adottata in quanto la nuova ordinanza non conteneva elementi diversi rispetto a quella precedente, sicché le esigenze della difesa dell'indagato erano pienamente assicurate con l'espletamento del primo interrogatorio.

Ad un'analisi approfondita di questa motivazione, sottesa alla logica del principio di economia processuale, del quale il principio di conservazione degli atti è un'esplicazione, risulta snaturata la funzione e la natura giuridica dell'interrogatorio, ed in particolar modo dell'interrogatorio della persona sottoposta a custodia cautelare. Non sembra infatti revocabile in dubbio che l'interrogatorio sia un atto processuale predisposto per la difesa dell'imputato, siccome correlato alla contestazione dell'accusa. Peraltro, il carattere difensivo dell'interrogatorio trova conferma nella facoltà di non rispondere attribuita all'imputato (e a maggior ragione all'indagato), per evitare che venga usato come mezzo indiretto di coercizione processuale a detrimento del principio *nemo tenetur se detegere*<sup>34</sup>.

Se si parte dal dato di fatto che l'interrogatorio di garanzia è uno strumento di difesa, e su questo punto sembra essere concorde sia la dottrina che la giurisprudenza, data l'impostazione che il legislatore ha voluto dare all'istituto, non può essere accettata la tesi qui sostenuta dalla Cassazione<sup>35</sup>. Infatti, il con-

---

dell'imputato detenuto; Id., Sez. VI, 7 ottobre 1996, De Maio, *ivi*, n. 206371, che ha escluso che la mancata trasmissione al G.i.p. ed al tribunale del riesame dell'interrogatorio del p.m. comportasse l'inefficacia della misura cautelare applicata; Id., Sez. VI, 15 marzo 1996, Di Sarno, *ivi*, n. 204886; Id., Sez. I, 17 giugno 1996, Greco, *ivi*, n. 2015493; Id., Sez. II, 18 aprile 1995, Mulè, in *Cass. pen.*, 1996, 3053.

<sup>34</sup> Per tutti v. GREVI, *Nemo tenetur se detegere, Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, 265 ss.; ID., *Misure di sicurezza e diritto di difesa dinanzi al giudice di sorveglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 1294; GAROFOLI, *Gli avvertimenti processuali come strumento di tutela*, Milano, 1983, 25 ss.

<sup>35</sup> Sostanzialmente concorde una parte della dottrina (tra gli altri, MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, vol. IV, Torino, 1956, 159 ss.; BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 1973, 263, per la quale si tratta di un mezzo di difesa e non di prova, sebbene possa costituire una fonte di prova in quanto dalle dichiarazioni dell'imputato si possono ricavare elementi idonei per determinate ricerche probatorie. In giurisprudenza, in questo senso si esprime Corte cost., n. 186 del 1975, in *Foro it.*, 1975, I, 2420; Id., 30 novembre 1971, n. 190, *ivi*, 1972, I, c. 10; Id., 16 dicembre 1970, n. 190, in *Giust. pen.*, 1971, I, c. 65, nonché, Cass., Sez. I, 1° dicembre 1986, Giuliano, in *Riv. pen.*, 1987, 883; Id., Sez. I, 5 aprile 1977, Vranich, *ivi*, 1978, p. 1443. Più incentrata, invece, sull'esclusivo carattere di mezzo di difesa altra parte della dottrina. V. AMATO, *Sub art. 294 c.p.p.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da Amodio e Dominioni, vol. III, Milano, 1990, 140 ss.; APRILE, *Brevi note su alcune questioni interpretative in tema di interrogatorio della persona sottoposta a misura cautelare personale*, in *Nuovo dir.*, 1996, 467; CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, Milano, 1976, 180; CIANI, *Sub art. 294 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, vol. III, Torino, 1990, 183 s.; GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, Giuffrè, 1972, 129 s.; ID., *Misure cautelari*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso e Grevi, 4<sup>a</sup> ed., Padova, 1996, 321; PISAPIA, *Compendio di procedura penale*, Padova, 1975, 31; in tal senso v. anche, Cass., Sez. V, 5 febbraio 1976, Sorbilli, in *Cass. pen.*, 1977, 164; Id., Sez. III,

tenuto di garanzia dell'interrogatorio, risulta chiaro alla luce dell'art. 294, co. 3, c.p.p., ove si afferma che il giudice debba valutare se permangono le condizioni di applicabilità e le esigenze cautelari richieste per l'assoggettamento a custodia dagli artt. 273, 274 e 275 c.p.p. Proprio perché si deve presumere che già prima dell'adozione della misura il giudice abbia necessariamente accertata la sussistenza di tali presupposti, il senso della disposizione non può essere che quello di porre le premesse per una nuova valutazione degli stessi, alla luce degli elementi che gli siano stati forniti dall'indiziato in sede di interrogatorio. Si conferma, dunque, la natura eminentemente difensiva dell'atto, in quanto volto a consentire all'indiziato di fare presenti le circostanze adducibili a suo favore (ad esempio sotto il profilo del *fumus commissi delicti*, o del *periculum libertatis*), così da obbligare il giudice ad un controllo successivo sulla tenuta delle valutazioni operate *ex ante*, a fronte degli argomenti emersi in quella sede. Tanto è vero che si prevede esplicitamente l'eventualità che il giudice, sulla scorta di tale controllo, debba, ricorrendone le condizioni, provvedere anche d'ufficio *ex art.* 299, co.3, c.p.p. alla revoca o alla sostituzione della misura disposta<sup>36</sup>. Questa accentuazione della fisionomia dell'interrogatorio in parola come strumento di difesa spiega anche la previsione del meccanismo di caducazione disciplinato dall'art. 302 c.p.p., ove si stabilisce che la custodia cautelare «perde immediatamente efficacia ogniqualvolta il giudice non procede all'interrogatorio entro il termine previsto dall'art. 294». Lo stesso art. 302 continua poi precisando che, una volta avvenuta la liberazione dell'indiziato, potrà essere di nuovo sottoposto a custodia cautelare, su richiesta del p.m., sempreché ne ricorrano i presupposti, soltanto dopo che sia stato interrogato in stato di libertà<sup>37</sup>.

In sostanza il legislatore ha voluto configurare un diritto dell'indiziato ad essere interrogato dal giudice con funzione invalidante, qualora questi ne ravvisi i presupposti, nei confronti della misura custodiale appena adottata.

Alla luce di queste considerazioni, la sentenza in esame non sembra tenga nel giusto conto il collegamento che il legislatore ha fortemente voluto tra applicazione della misura ed interrogatorio. Se il secondo deve avvenire in un lasso di tempo tanto breve (5 giorni al massimo, ma di regola immediatamente) dalla prima, proprio per valutare la sussistenza degli elementi a sostegno

---

10 ottobre 1975, Naio, *ivi*, 1977, 716; Cass., Sez. III, 24 gennaio 1961, Pisanelli, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 1172.

<sup>36</sup> Cfr. GREVI, *Misure cautelari*, cit., 321; AMATO, *Sub art. 294 c.p.p.*, cit., p. 140 s.; CIANI, *Sub art. 294 c.p.p.*, cit., 181 ss.

<sup>37</sup> In giurisprudenza, Cass., Sez. I, 11 marzo 1993, Stolder, in *Mass. Uff.*, n. 194691, puntualizza elementi e finalità del «previo interrogatorio», sostanzialmente corrispondenti a quelli relativi all'interrogatorio *ex art.* 294.

dell'esecuzione della misura, non si può affermare la non necessità di un successivo interrogatorio quando la misura è venuta meno (seppur per motivi procedurali) e viene poi ripristinata sulla base degli stessi presupposti che non subirebbero quindi l'inevitabile cambiamento di condizioni dovuto al passare del tempo (che potrebbe anche essere considerevole) trascorso tra la prima ordinanza inefficace e la seconda, e non dando alla difesa la possibilità di rilevarlo attraverso l'interrogatorio<sup>38</sup>.

Peraltro, il principio di conservazione degli atti processuali, il quale detta al giudice l'obbligo di trarre il maggiore utile possibile dall'atto caducato, che ha radice unicamente nella funzione dell'atto stesso, afferma che se il vizio di un atto impedisce un determinato effetto, l'atto può tuttavia produrre gli altri effetti ai quali è idoneo. Ora, può darsi che per un vizio formale l'atto non possa adempiere alla sua intera funzione, ma tuttavia esso possa adempiere ad una funzione minore, sicché intanto la conservazione è possibile in quanto sussistano le condizioni di essa<sup>39</sup>.

Nel caso in esame l'interrogatorio è proceduralmente legato all'ordinanza che va a condizionare, e quindi non si ritiene possa essere prelevato da questo e fatto valere in un successivo procedimento, seppure riguardante lo stesso oggetto e basato sugli stessi presupposti del primo. In tal modo il secondo procedimento risulterebbe necessariamente mancante di uno dei suoi elementi fondamentali. Invece, in base al summenzionato principio, sarebbe sì possibile ammettere il fascicolo, e quindi la documentazione dell'interrogatorio, dal primo procedimento al secondo, ma dall'interrogatorio in questione si potrebbero trarre esclusivamente elementi utili per le contestazioni, non invece nel senso di trasferirlo interamente nel secondo, operazione del tutto inaccettabile<sup>40</sup>.

Infatti, la natura di "garanzia" dell'interrogatorio della persona sottoposta a misura custodiale, quale elemento imprescindibile della ordinanza cui è lega-

---

<sup>38</sup> Alla stessa critica si espone Cass., Sez. I, 20 aprile 1998, Fiandaca, in *Giust. pen.*, 1999, III, c. 300, secondo la quale «nel caso di riapplicazione, ai sensi dell'art. 300, co. 5, c.p.p., di una misura cautelare nei confronti di imputato già proscioltto o assolto in primo grado e poi condannato in appello per lo stesso fatto, non sussiste, per difetto dei relativi presupposti, l'obbligo di effettuazione dell'interrogatorio di garanzia previsto dall'art. 294 dello stesso codice», rispetto alla quale non risultano sussistere precedenti negli stessi termini. Perfettamente in linea con il ragionamento fin qui espletato invece, la precedente sentenza, Id., Sez. I, 1° ottobre 1996, Buonocore, in *Mass. Uff.*, n. 206513, secondo la quale «quando a seguito di declaratoria di inefficacia di ordinanza applicativa di una misura cautelare, per mancata trasmissione di atti al tribunale del riesame, la misura venga nuovamente disposta, deve essere anche nuovamente effettuato l'interrogatorio previsto dall'art. 294».

<sup>39</sup> V. SATTA, PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1996, 295 ss.

<sup>40</sup> Sulla diffusione dell'invalidità degli atti, in dottrina v. GAROFOLI, *Gli avvertimenti processuali come strumento di tutela*, cit., 191 s.

to, fa sì che questo sia previsto dal Legislatore ogni qualvolta si debba decidere della sorte della misura, e quindi non solo nel suo momento genetico, ma anche nelle vicende successive alla sua esecuzione.

#### 4. Considerazioni conclusive

Alla luce di quanto finora affermato, parte della dottrina non esiterebbe ad affermare la sussistenza di uno iato tra legalità e legittimità<sup>41</sup>, atteso che il silenzio del codice di rito sulle caratteristiche che dovrebbe possedere un'ordinanza successiva alla perenzione, ex art. 309, co. 5 e co. 10, c.p.p., dovrebbe indurre a considerare ogni successivo provvedimento il frutto di autonomo incidente cautelare. Difatti, dopo la riacquisizione dello *status libertatis*, qualsiasi applicazione di cautele personali costituisce una nuova vicenda restrittiva della libertà personale, sicché la misura caducata ed il suo percorso applicativo non hanno alcun rilievo sul nuovo esercizio del potere cautelare, ed è dunque impossibile ogni forma di surrogazione degli atti per equipollenza. Al contrario, venuto meno l'effetto sorpresa tipico della prima applicazione delle cautele, la rinnovazione del provvedimento restrittivo sarebbe perfettamente compatibile con il contraddittorio anticipato che il legislatore ha sempre preferito, non solo nell'art. 302 c.p.p., ma anche in materia di misure interdittive, quando ciò sia possibile senza ricadute negative sullo stesso procedimento cautelare.

Volgendo poi lo sguardo CEDU, è possibile affermare che l'applicazione della seconda misura, senza alcun preventivo contatto con il magistrato, sarebbe lesiva del diritto alla libertà e alla sicurezza, poiché il rispetto della stretta legalità processuale interna non necessariamente è sinonimo di osservanza delle garanzie convenzionali<sup>42</sup>. Invero, il diritto ad un pronto interrogatorio giudiziale riconosciuto a chi si trova in stato di custodia cautelare affonda le sue prime radici in clausole di fonte internazionale, quali l'art. 5, n. 3, CEDU e l'art. 14 n. 3 del Patto internazionale dei diritti civili e politici, ed ha la sua ratio nel principio sancito dall'art. 13 Cost., che esige la realizzazione di un contatto il più immediato possibile tra giudice e destinatario della misura restrittiva al

<sup>41</sup> «(...) [L]a legalità rappresenta la mera conformità dell'atto alla regola legislativa, la legittimità esprime la sua rispondenza ai valori più profondi su cui si basa ed attorno ai quali si ordina una determinata collettività politica». Così, SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2007, 5.

<sup>42</sup> «Eventuali violazioni del diritto fondamentale alla libertà personale potrebbero (...) trovare una legittimazione formale in una legislazione nazionale non particolarmente attenta alla protezione effettiva dei diritti individuali. Per scongiurare questo pericolo, la Corte europea richiede, pertanto, che l'ordinamento interno sia strutturato in modo tale da rispettare comunque lo scopo primario dell'art. 5 Conv. eur. dir. umani, vale a dire la protezione dell'individuo contro l'arbitrio». Così, MAZZA, *La libertà personale nella Costituzione europea*, in *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, a cura di Coppetta, Torino, 2005, 48.

fine di una valutazione circa la permanenza ed opportunità di quest'ultima e di porre in condizione l'imputato di conoscere le fonti dell'accusa e le ragioni dello stato di privazione della libertà<sup>43</sup>. Nello specifico, il testo della Convenzione sancisce che: «[o]gni persona arrestata o detenuta nelle condizioni previste dal paragrafo 1 c) del presente articolo, deve essere tradotta al più presto dinanzi a un giudice o a un altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie e ha diritto di essere giudicata entro un termine ragionevole o di essere posta in libertà durante l'istruttoria (...)».

Dal dato convenzionale appare quindi indubbia la necessità di procedere ad interrogatorio ogniqualvolta la libertà personale subisca limitazioni, soprattutto in considerazione del favore della Corte europea per una tutela di diritti non teorici ed illusori, bensì concreti ed effettivi<sup>44</sup>, tra i quali spiccano il diritto alla libertà personale e quello di difesa, pur in difetto di esplicito riferimento all'antioriorità o meno dell'atto rispetto all'adozione delle cautele.

Ne deriva allora che, nelle ipotesi di cui si va discutendo, la celebrazione anticipata del contraddittorio, rispetto alla decisione sull'applicazione di una cautela personale, non ostacolerebbe in alcun modo il procedimento cautelare, e, al tempo stesso, integrerebbe il più efficiente presidio a tutela della citata libertà personale. Peraltro, la cognizione allo stato degli atti che conduce all'applicazione di una nuova misura cautelare non può, in ipotesi simili a quella decisa dalle Sezioni unite, prescindere da un giudizio di carattere storico sugli accadimenti occorsi nel lasso temporale collocatosi tra l'estinzione della misura applicata con la prima ordinanza e quella disposta con la successiva, giacché sia l'art. 292 c.p.p., in cui è scolpito l'iter che conduce all'emanazione dell'ordinanza cautelare, sia l'art. 294 c.p.p., disciplinante l'interrogatorio di garanzia, impongono un attento vaglio della sussistenza delle esigenze cautelari, «(...) nonché, in caso di applicazione della misura della custodia cautelare in carcere, l'esposizione delle concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze dell'articolo 274 non possono essere soddisfatte con altre misure»<sup>45</sup>.

Nell'ottica di tali considerazioni, non si comprende come un intervallo in stato di libertà, durante il quale non si sia verificato alcuno di quei caratteristici pericoli che giustificano l'emanazione di un provvedimento restrittivo della libertà personale, possa esser considerato talmente ininfluenza da non essere

<sup>43</sup> In giurisprudenza, Cass., Sez., I, 12 marzo 1990, Savio, in *Giur.it.*, 1990, II, 250; in dottrina, VOLPE, *Obbligo di interrogare l'imputato entro cinque giorni dall'arresto*, in *Nuovo dir.*, 1990, 460 ss.

<sup>44</sup> Formula spesso ribadita dalla Corte. Si veda, *ex multis*, la Corte eur. dir. uomo, 13 maggio 1980, Artico c. Italia, § 33.

<sup>45</sup> Così il dato letterale dell'art. 292, co. 2, lett. d).

degno di far uscire la motivazione dal solco tracciato dal primo magistrato, la qual cosa indurrebbe a pensare che le misure cautelari siano, nella realtà dei fatti, applicate tenendo esclusivamente in considerazione la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, e non il fatto che l'affermazione della sussistenza delle esigenze cautelari costituisce un giudizio allo stato degli atti avente carattere prognostico, che non attiene, come il giudizio sulla colpevolezza, ad accadimenti del passato tradotti, attraverso la veste giuridica dell'imputazione, in un'ipotesi da sottoporre a verifica o falsificazione nel processo e nel contraddittorio, ma riguarda «(...) previsioni su eventi futuri»<sup>46</sup>, ossia sulla possibilità che si realizzi uno dei comportamenti che le esigenze cautelari intendono scongiurare. Il giudice è dunque chiamato a pronunciarsi sulla concreta possibilità che gli eventi temuti dal legislatore diventino realtà, allo scopo di impedirli.

Ciò detto, nella fisiologia del processo, non è però concessa l'occasione di valutare l'esattezza di una prognosi compiuta su eventi futuri, giacché, attraverso la tutela cautelare, essi restano confinati a "mera potenza", insuscettibili di concretizzarsi.

La vicenda caducatoria della misura racchiude, invece, la prova del fallimento della prognosi cautelare, che è stata eccezionalmente raggiungibile in virtù del fatto che l'indagato non ha tenuto alcuno dei comportamenti temuti, pur avendone avuta l'occasione.

La valutazione richiesta al secondo magistrato avrebbe dovuto allora articolarsi in due diverse tipologie di giudizi: un primo, di carattere storico-fattuale, in cui il magistrato avrebbe dovuto statuire sulla sussistenza di gravi indizi di colpevolezza in ordine al reato per cui si procedeva e sulla verità dell'enunciato; un secondo, di tipo prognostico, in cui lo stesso avrebbe poi dovuto pronunciarsi sulla possibilità che uno degli eventi previsti dall'art. 274 c.p.p. potesse ancora verificarsi nel futuro, alla luce di quanto "non accaduto" nel passato.

La prognosi a suffragio di un'ulteriore cautela avrebbe dovuto quindi presentare un carattere "rafforzato", che giustificasse sul piano logico una limitazione della libertà personale di pari intensità rispetto alla prima, nonostante l'evidenza del fallimento della prima prognosi in ordine alle esigenze cautelari, e la seconda motivazione<sup>47</sup> avrebbe dovuto pertanto avere una maggior consistenza sotto il profilo, non già della permanenza dei gravi indizi di reità, bensì, del concreto pericolo di fuga, di "inquinamento probatorio", di com-

<sup>46</sup> La definizione è tratta da TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, 329.

<sup>47</sup> Non si ritiene, pertanto, accettabile la motivazione c.d. *per relationem* contenuta nella seconda ordinanza applicativa della custodia cautelare in carcere avvenuta nel caso di specie.



missione di reati della medesima natura di quello per cui si procede<sup>48</sup>, sì da registrare, almeno sul delicato tema del dovere di motivazione, una svolta in senso garantista.

**ROSA GAIA GRASSIA**

---

<sup>48</sup> Al riguardo, cfr. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie penali*, Torino, 2004, 35.