

# Osservatorio sulla Corte di cassazione

---

## **Interrogatorio di garanzia**

**Interrogatorio di garanzia - Necessarietà - Mancanza - Misura coercitiva - Caducazione - Nuova applicazione - Termine - Inosservanza - Trasmissione atti al tribunale del riesame (c.p.p. artt. 294, 302, 309).**

*Non è necessario il 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 (informazione provvisoria).*

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, ud. 24 aprile 2014 - SANTACROCE, *Presidente* - ROTUNDO, *Relatore* - Sandomenico, *ricorrente*.

## **Il commento**

### **Il difficile equilibrio fra contraddittorio anticipato e nuova applicazione della misura coercitiva caducata (in attesa delle motivazioni delle Sezioni unite)**

SOMMARIO: 1. La questione di diritto e gli orientamenti giurisprudenziali confliggenti. - 2. Il vano auspicio di un *revirement* che riconoscesse lo statuto di regola generale all'art. 302 c.p.p. - 3. Una questione che andrebbe affrontata sul piano dei principi. - 4. La motivazione dei giudizi prognostici e la verifica della prognosi cautelare.

#### **1. La questione di diritto e gli orientamenti giurisprudenziali confliggenti**

Le Sezioni unite sono state chiamate a delineare la sequenza procedimentale che conduce all'adozione di una nuova ordinanza coercitiva dopo che il primo titolo cautelare sia stato caducato per inosservanza del combinato disposto dell'art. 309, co. 5 e 10, c.p.p. In particolare, la questione controversa riguardava la necessità o meno di procedere all'interrogatorio in libertà del soggetto scarcerato quale condizione di legittimità per l'adozione di un nuovo provvedimento restrittivo.

Per meglio inquadrare la questione giuridica, appare opportuno riassumere i vari passaggi del caso di specie.

Avverso una prima ordinanza di applicazione degli arresti domiciliari veniva proposto il gravame del riesame. Quest'ultimo sfociava in una dichiarazione caducatoria della misura coercitiva per omessa trasmissione alla cancelleria

del tribunale degli atti richiesti alla procura, cui conseguiva l'immediata riespansione della libertà personale. Ne scaturiva un apprezzabile intervallo di tempo *in libertate* nel quale non si concretizzava alcuno dei pericoli iscritti nelle esigenze cautelari. Seguiva ulteriore ordinanza, motivata *per relationem* a quella divenuta inefficace, applicativa della medesima misura cautelare, senza previo interrogatorio e senza alcuna valorizzazione in motivazione del periodo trascorso in stato di libertà. Anche contro quest'ultimo provvedimento veniva proposta istanza di riesame con la quale si richiedeva la declaratoria di nullità ex art. 178, lett. c), c.p.p., fondata, a parere della difesa, sulla omissione dell'interrogatorio prescritto dal combinato disposto degli artt. 294 e 302 c.p.p. Il Tribunale del riesame di Perugia accoglieva questa impostazione e annullava il provvedimento custodiale. Dal ricorso proposto dalla pubblica accusa discende l'ordinanza di remissione della questione alle Sezioni unite. Si deve dar conto del fatto che, sulla garanzia del contraddittorio anticipato, sia la giurisprudenza di legittimità, sia quella di merito risultano divise tra due orientamenti confliggenti.

Secondo un primo, maggioritario, e più risalente indirizzo giurisprudenziale, nelle ipotesi in parola non sussisterebbe l'obbligo di disporre un nuovo interrogatorio<sup>1</sup>. L'argomentazione si fonda su una interpretazione di natura letterale<sup>2</sup> dell'art. 309 c.p.p., in cui è obiettivamente assente un esplicito rinvio al meccanismo "sanzionatorio"<sup>3</sup> di cui agli artt. 294 e 302 c.p.p. Detta giurisprudenza suggerisce, nelle ipotesi affini a quella in esame, l'applicazione del c.d. "principio di conservazione degli atti"<sup>4</sup> discendente dall'art. 26 c.p.p. In virtù di tale principio, l'interrogatorio di garanzia costituirebbe un atto autonomo cui sarebbero indifferenti le vicende caducatorie dell'ordinanza cautelare.

---

<sup>1</sup> Così, da ultima, Cass., Sez. II, 23 novembre 2012, Sarpa, in *Mass. Uff.*, n. 254870. Escludono l'estensione analogica del combinato disposto degli artt. 294 e 302 c.p.p. anche Id., Sez. I, 28 febbraio 2003, Pittaccio, *ivi*, n. 225326; Id., Sez. II, 1 febbraio 2000, Carloni, *ivi*, n. 215407; Id., Sez. I, 17 dicembre 1998, Di Martino, *ivi*, n. 212811. Sull'impossibilità di estendere analogicamente il disposto dell'art. 294 c.p.p. ai casi di cui agli artt. 27 e 309 c.p.p., per insussistenza della medesima *ratio*, v. Id., Sez. VI, 15 marzo 1996, Di Sarno, *ivi*, n. 204886. Di questo avviso, in dottrina, MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia: dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Padova, 2006, 500.

<sup>2</sup> Cfr. BONO, *Osservazioni a prima lettura a Cass., Sez. V, (ord.) 20 febbraio 2014, Sandomenico*, in questa *Rivista* online.

<sup>3</sup> In quanto punitivo dell'inerzia dell'autorità procedente ed espressione di un bilanciamento degli interessi che valorizza la preminenza del diritto alla libertà personale sulle ragioni del procedere.

<sup>4</sup> Sul rapporto tra principio di conservazione degli atti, interrogatorio di garanzia e reiterazione delle misure cautelari si rinvia alle motivazioni di Cass., Sez. un., 26 settembre 2001, Zaccardi, in *Mass. Uff.*, n. 219975.

Si tratta, in buona sostanza, dell'adesione alla medesima *ratio* che fonda l'indirizzo giurisprudenziale avallato dalle Sezioni unite nel 2001<sup>5</sup> in tema di rinnovata applicazione della misura a seguito di dichiarazione di incompetenza<sup>6</sup> ex art. 27 c.p.p.<sup>7</sup>, contestuale o successiva all'ordinanza applicativa della cautela<sup>8</sup>. Secondo tale impostazione, «l'art. 27, in forza del richiamo all'art. 292, impone al giudice competente, cui siano stati trasmessi gli atti, di emettere una nuova ordinanza di custodia cautelare, a pena di inefficacia della misura stessa; ma (...) non richiamando l'art. 294, non gli impone anche di procedere all'interrogatorio della persona assoggettata alla misura»<sup>9</sup>.

Le garanzie difensive, a parità di presupposti, addebiti provvisori ed esigenze cautelari, verrebbero così sufficientemente assicurate dal contatto tra il soggetto contro cui si procede ed il primo giudice. Ben potrebbe, dunque, il secondo magistrato esercitare il proprio potere giurisdizionale basandosi sull'interrogatorio condotto in sede di prima limitazione delle libertà fondamentali<sup>10</sup>.

A simile conclusione obbligata condurrebbe, sempre secondo l'orientamento prevalente, anche il dato letterale dell'art. 294 c.p.p., ai mente del quale il giudice, nel disporre la misura cautelare, deve procedere a interrogatorio solo se il soggetto non sia già stato sentito in sede di udienza di convalida dell'arresto o del fermo<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> Si rinvia nuovamente a Cass., Sez. un., 26 settembre 2001, Zaccardi, cit.

<sup>6</sup> Sull'individuazione del giudice competente in materia cautelare personale, v. DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in *Trattato di Procedura penale*, II, diretto da Spangher, *Prove e misure cautelari*, I, *Le misure cautelari*, a cura di Scafati, 2008, Torino, 95 s.

<sup>7</sup> Per una complessiva trattazione dell'argomento, v. CASSIBBA, Sub art. 27 c.p.p., in *C.p.p. comm. Giarda*, Spangher, I, 2010, Milano, 369-393. Sulla misura cautelare disposta da giudice incompetente v. anche MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia: dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, cit., 496.

<sup>8</sup> Il collegamento tra la giurisprudenza sull'art. 27 c.p.p. e quella sull'art. 309, co. 5 e 10 è linearmente esplicitato da Cass., Sez. V, 23 novembre 2012, Sarpa, cit.

<sup>9</sup> Così CASSIBBA, Sub art. 27 c.p.p., cit., 388. Detta tesi è stata peraltro condivisa dalle Sezioni unite con la già citata sent. 26 settembre 2001, Zaccardi, ai sensi della quale: «[l]e misure cautelari disposte, a norma dell'art. 27 c.p.p., da un giudice, dichiaratosi contestualmente o successivamente incompetente, non perdono efficacia per il mancato espletamento di un nuovo interrogatorio di garanzia da parte del giudice competente il quale abbia emesso nel termine stabilito una propria ordinanza, sempre che non siano stati contestati all'indagato o all'imputato fatti nuovi ovvero il provvedimento non sia fondato su indizi o su esigenze cautelari in tutto o in parte diversi rispetto a quelli posti a fondamento dell'ordinanza emessa dal giudice incompetente».

In senso radicalmente contrario, e a sostegno della necessità di procedere a nuovo e previo interrogatorio, Cass., Sez. VI, 7 marzo 2000, Allegri, in *Mass. Uff.*, n. 216146.

<sup>10</sup> In tale senso, si segnalano Cass., Sez. V, 27 ottobre 2009, Zarcone e altro, in *Mass. Uff.*, n. 245836; Id., Sez. III, 11 luglio 2000, Lule, *ivi*, n. 217748; Id., Sez. VI, 9 giugno 1994, Ceriello, *ivi*, n. 199083.

<sup>11</sup> Si rinvia nuovamente a Cass., Sez. un., 26 settembre 2001, Zaccardi, cit.

Il verificarsi dell'*error in procedendo* consistente nell'omessa trasmissione degli atti alla cancelleria del tribunale competente per il riesame rientrerebbe, così, nel novero di quei vizi dell'ordinanza per i quali il legislatore avrebbe volutamente escluso la necessità di un nuovo interrogatorio<sup>12</sup> prima della legittima emanazione di ulteriori ordinanze cautelari.

L'automatica estinzione della misura disposta dall'art. 302 c.p.p. costituirebbe, perciò, una norma di carattere speciale, insuscettibile di applicazione analogica, come prescritto dall'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale<sup>13</sup>.

Verrebbe pertanto a consolidarsi in giurisprudenza l'idea della superfluità della ripetizione dell'interrogatorio di garanzia ogniqualvolta un'ordinanza custodiale perda efficacia per quelli che la Suprema Corte etichetta come meri "vizi di forma"<sup>14</sup>. Tale regola generale non troverebbe applicazione solo nell'ipotesi in cui la richiesta del provvedimento fosse riferita, in tutto o in parte, a fatti nuovi ovvero a gravi indizi o esigenze cautelari differenti da quelli che suffragarono l'adozione del primo provvedimento. Soluzione che appare, peraltro, assolutamente scontata, poiché è pacifico che il mutamento di tali parametri comporti l'individuazione di una vicenda cautelare diversa.

Un secondo orientamento, minoritario<sup>15</sup>, consolidatosi in tempi più recenti, auspicherebbe, di contro, l'estensione generalizzata dell'obbligo di previo interrogatorio del soggetto nei cui confronti si debba reiterare il provvedimento cautelare<sup>16</sup>, senza operare alcun distinguo tra le vicende caducatorie dell'ordinanza genetica. Viene così delineato lo stretto collegamento idealmente esistente fra la reiterazione del potere giurisdizionale cautelare e l'instaurazione di un contraddittorio di tipo anticipato.

---

<sup>12</sup> Si consideri il seguente passaggio di Cass., Sez. V, 15 luglio 2010, Toni e altri, in *Mass. Uff.*, n. 248417: « (...) [È] da sottolineare in ordine ai rapporti esistenti tra le disposizioni dell'art. 302 c.p.p. e le fattispecie di inefficacia scaturenti dall'art. 309 c.p.p. - per quanto non chiaramente evocati nel ricorso in esame - anche la costanza dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui qualora un'ordinanza restrittiva della libertà personale sia divenuta inefficace per vizi di forma (art. 309, co. 10, c.p.p.) non è necessario un nuovo interrogatorio dell'indagato per l'emissione di una nuova ordinanza custodiale, atteso che le prescrizioni di cui agli artt. 294 e 302 del codice di rito non sono suscettibili di applicazione analogica».

<sup>13</sup> Sul divieto di analogia, cfr. DE NITTO, Sub art. 14, in C. RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina, Disposizioni sulla legge in generale*, con il coordinamento di S. Ruperto, 2012, Milano, 193-218.

<sup>14</sup> Cfr. Cass., Sez. V, 11 febbraio 2011, Toni e altri, in *Mass. Uff.*, n. 249693. V., inoltre, AMBROSINO, Sub art. 302 e c.p.p., in *C.p.p. Canzio, Tranchina*, con il coordinamento di Balsamo, Bologna, I, 2012, Milano, 2503, ed ivi, ad opera della medesima autrice, Sub art. 309 c.p.p., 2567.

<sup>15</sup> V. Cass., Sez. V, 11 maggio 2010, Schirripa, in *Mass. Uff.*, n. 247517, 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>16</sup> In tal senso la citata Cass., Sez. V, 11 febbraio 2011, Toni e altri, cit.

Una simile interpretazione porta con sé una valorizzazione dei tratti salienti dell'interrogatorio di garanzia, atto in cui maggiormente si estrinseca il diritto di difesa, momento di immediato contatto col magistrato competente a decidere il tema cautelare<sup>17</sup>. E ancora, esso costituisce occasione di ingresso delle argomentazioni difensive nella fase delle indagini, caratterizzata, normalmente, da una certa preminenza della figura del pubblico ministero, al fine di verificare la permanenza di presupposti ed esigenze che giustifichino la compressione di libertà costituzionalmente garantite<sup>18</sup>.

L'ordinanza non preceduta da interrogatorio sarebbe, coerentemente alla tesi minoritaria, inficiata da una nullità di ordine generale ex art. 178, lett. c), c.p.p., legittimamente deducibile con la richiesta di riesame.

Si noti, da ultimo, come questo orientamento risulti perfettamente allineato alla tendenza a riconoscere alla seconda ordinanza carattere non meramente sostitutivo, ma di autonomo<sup>19</sup> e diverso provvedimento<sup>20</sup>, garantendo contro di essa l'agile gravame previsto dall'art. 309 c.p.p.

<sup>17</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. Canzio, Tranchina*, cit., 2501; GIULIANI, *Interrogatorio di garanzia*, in *Enc. Dir., Annali*, III, Milano, 2010, 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>18</sup> Dette argomentazioni sembrano, in linea di principio, esser fatte proprie anche dalle Sezioni unite nella citata sent., 26 settembre 2001, Zaccardi, 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.

<sup>19</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, *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 comminato-

## 2. Il vano auspicio di un *revirement* che riconoscesse lo statuto di regola generale all'art. 302 c.p.p.

Con informazione provvisoria è stato reso noto che, all'esito dell'udienza camerale del 24 aprile 2014, le Sezioni unite hanno fornito soluzione negativa alla questione di diritto loro sottoposta, confermando l'inapplicabilità del contraddittorio anticipato al di fuori del caso espressamente previsto dall'art. 294 c.p.p.

In attesa di conoscere le motivazioni della sentenza, non si può che esprimere un certo rammarico nell'osservare come sembri irrimediabilmente sfumata una preziosa possibilità di sviluppo in senso garantista della disciplina cautelare.

La questione del contraddittorio anticipato non può essere separata dal contesto normativo in cui si iscrive, caratterizzato dalla severità con cui il legislatore<sup>21</sup> ha deciso di censurare il ritardo nella trasmissione degli atti da parte della magistratura inquirente nel procedimento di riesame, temendo una protrazione a tempo indeterminato delle cautele e, tra esse, soprattutto, dello stato custodiale. L'inosservanza del termine di cui all'art. 309, co. 5, c.p.p., comporta, infatti, la caducazione *ope legis* della misura coercitiva, sì da potersi parlare di un'ennesima fattispecie di estinzione della misura cautelare modellata sulle peculiarità del giudizio di riesame e in collocazione eccentrica rispetto alla sistematica codicistica<sup>22</sup>.

Le Sezioni unite sono state chiamate a scegliere se avallare 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, di principio di civiltà giuridica<sup>23</sup>, applicabile, pertanto, anche nelle ipotesi in cui la primigenia

---

ria 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>20</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*, cit., 260.

<sup>21</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 a quello parimenti perentorio previsto per la trasmissione degli atti al Tribunale del Riesame.

<sup>22</sup> Si tratta delle disposizioni di cui al Libro IV, Titolo I, Capo V e, nello specifico, degli artt. 300-308 c.p.p.; in proposito, cfr. CONSO, GREVI, *Compendio di procedura penale*, VI ed., Padova, 2013, 472.

<sup>23</sup> Sul rapporto tra garanzia costituzionale della libertà personale e disciplina degli istituti cautelari non si può non operare un rinvio a GREVI, *Libertà personale dell'imputato e costituzione*, Milano, 1976, 1-69.

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 è quello di 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. discende, poi, come noto, l'immediata liberazione e la subordinazione all'interrogatorio<sup>24</sup> in stato di libertà della legittima imposizione di ulteriori misure<sup>25</sup>. Il rispetto del criterio temporale sancito dall'art. 302 c.p.p. rappresenterebbe una scelta ottimale anche nei casi analoghi in cui comunque manchi l'“effetto sorpresa” tipico della prima applicazione di un provvedimento afflittivo. Non è possibile, infatti, affermare che il destinatario di un'ordinanza perentoria per motivi procedurali non si prefiguri una reiterazione dell'“offensiva” cautelare nei propri confronti. Sebbene 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, antepoendo l'interrogatorio alla restrizione.

Se la Corte avesse accolto le ragioni dell'indirizzo minoritario, il procedimento penale avrebbe potuto arricchirsi di un ulteriore vaglio diretto da parte del giudice in ordine permanenza del *fumus commissi delicti* e dei *pericula libertatis*. Questi avrebbe potuto apprendere direttamente dall'indagato eventuali elementi favorevoli sopraggiunti. Si sarebbe determinata, in concreto, un'interessante possibilità di anticipazione del contraddittorio da non sottovalutare essendo, come già detto, l'architettura della fase delle indagini pensata nella piena signoria della pubblica accusa<sup>26</sup>. Non solo, va anche ricordato co-

---

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>24</sup> Sulla ancor maggiore estensione della garanzia rappresentata dall'interrogatorio ex art. 302 rispetto a quello previsto dall'art. 294, 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>25</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.

<sup>26</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 quan-

me, nella prassi, il secondo provvedimento rappresenti una meccanica ratifica della prima ordinanza<sup>27</sup>, meramente ripropositiva delle motivazioni già esposte nell'atto divenuto inefficace per profili di rito. Una consuetudine difficilmente accostabile all'attività giurisdizionale che 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 e oggetto di mera ratifica.

### 3. Una questione che andrebbe affrontata sul piano dei principi

A un attento lettore non sarà certamente sfuggito come dalla tensione dialettica tra gli orientamenti antagonisti scaturisca il contrasto tra un'interpretazione letterale, di strettissima legalità processuale degli artt. 294, 302 e 309, co. 5 e co. 10, c.p.p. e un anelito all'apertura al criterio analogico in *bonam partem*. Nel labirinto delle disquisizioni ermeneutiche vi è chi sembra aver perso di vista la dimensione assiologica<sup>28</sup> della procedura penale, rappresentata dal rispetto dei principi costituzionali e convenzionali<sup>29</sup>, senza i quali il processo si ridurrebbe a sterile esercizio di stile<sup>30</sup>.

Alla luce di quanto finora affermato, parte della dottrina non esiterebbe ad affermare la sussistenza di uno iato tra legalità e legittimità<sup>31</sup>. Il silenzio del co-

---

to 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». MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 206.

<sup>27</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 una 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>28</sup> «Il processo non persegue esclusivamente l'obiettivo, tipicamente giurisdizionale, di attuare la legge penale nel caso concreto, ma riveste una ben più alta funzione politico-assiologica di tutela di tutti i valori e gli interessi in gioco, a partire dai diritti fondamentali dell'imputato». MAZZA, *I protagonisti del processo*, in DOMINIONI, CORSO, A. GAITO, SPANGHER, DEAN, GARUTI, MAZZA, *Procedura Penale*, II ed., Torino, 2012, 45.

<sup>29</sup> Per una efficace ricostruzione della progressiva affermazione del criterio ermeneutico dell'interpretazione conforme alla C.e.d.u., a partire dalle c.d. "sentenze gemelle" nn. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale, si rinvia a GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.e.d.u. La ricombinazione genica del processo penale*, in *questa Rivista*, 2012, 82 e ss.

<sup>30</sup> «(...) [L]a procedura penale può venire intesa quale "scienza dei limiti del potere nell'amministrazione della giustizia penale". Disciplinando l'attività conoscitiva degli organi giudiziari e quindi i rapporti tra individuo e autorità, le regole processuali determinano gli ambiti e le modalità di esercizio del potere di quest'ultima»: così UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino, 2013, 9.

<sup>31</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». SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2007, 5.



dice 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. È un dato di fatto, prima ancora che di rilievo giuridico, che dopo la riacquisizione dello *status libertatis*, qualsiasi applicazione di cautele personali costituisca una nuova vicenda restrittiva della libertà personale. La misura caducata e il suo percorso applicativo non possono avere alcun rilievo sul nuovo esercizio del potere cautelare, risultando perciò 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 fosse possibile senza ricadute negative sullo stesso procedimento cautelare.

Volgendo lo sguardo alla C.e.d.u. 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>32</sup>. Il testo della Convenzione sancisce, per l'appunto, 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 parrebbe indubbia la necessità che si proceda ad interrogatorio ogniqualvolta la libertà personale subisca limitazioni. Pur in difetto di esplicito riferimento alla anteriorità o meno dell'atto rispetto all'adozione delle cautele, occorre considerare il favore della Corte europea per una tutela di diritti non teorici ed illusori, bensì concreti ed effettivi<sup>33</sup>, tra i quali spiccano, certamente, il diritto alla libertà personale e quello di difesa. Non sembra revocabile in dubbio che, nelle ipotesi di cui si va discutendo, la celebrazione anticipata del contraddittorio rispetto alla decisione sulla applicazione di una cautela personale

<sup>32</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». MAZZA, *La libertà personale nella Costituzione europea*, in *Profili del processo penale nella Costituzione europea*, a cura di Coppetta, Torino, 2005, 48.

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

non ostacolerebbe in alcun modo il procedimento cautelare e, al tempo stesso, integrerebbe il più efficiente presidio a tutela della libertà personale.

#### **4. La motivazione dei giudizi prognostici e la verifica della prognosi cautelare**

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 che si colloca fra l'estinzione della misura applicata con la prima ordinanza e quella disposta con la successiva.

Sia l'art. 292 c.p.p., in cui è scolpito l'*iter* che conduce alla emanazione dell'ordinanza cautelare, sia l'art. 294 c.p.p., disciplinante l'interrogatorio di garanzia, impongono, o meglio esigono, 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>34</sup>.

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 influente da non esser neppure degno di far uscire la motivazione dal solco tracciato dal primo magistrato. La perseveranza in simile atteggiamento indurrebbe a pensare che le misure cautelari siano, nella realtà dei fatti, applicate avendo a mente unicamente la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza.

L'affermazione della sussistenza delle esigenze cautelari costituisce un giudizio allo stato degli atti avente carattere prognostico. Non riguarda, come invece il giudizio sulla colpevolezza, accadimenti del passato tradotti, attraverso la veste giuridica dell'imputazione, in una ipotesi da sottoporre a verifica o falsificazione nel processo e nel contraddittorio, ma riguarda «(...) previsioni su eventi futuri»<sup>35</sup>, per l'esattezza, sulla possibilità che si realizzi uno dei comportamenti che le esigenze cautelari intendono scongiurare. Il giudice è quindi chiamato a pronunciarsi sulla probabilità, o meglio, sulla concreta possibilità che gli eventi temuti dal legislatore si traducano in realtà, al fine preciso di impedirli.

Nella fisiologia del processo non è data occasione di valutare l'esattezza di una prognosi compiuta su eventi futuri, proprio perché, attraverso la tutela

---

<sup>34</sup> Così il dato letterale dell'art. 292, co. 2, lett. d).

<sup>35</sup> La definizione è tratta da TARUFFO, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, 329.

cautelare, questi restano confinati a “mera potenza”, insuscettibili di concretizzarsi. La vicenda caducatoria della misura racchiude, invece, la prova del fallimento della prognosi cautelare. Quest’ultima 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, a questo punto, articolarsi in due diverse tipologie di giudizi. Con un primo giudizio di carattere storico-fattuale, 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: «è vero che tra il 7 e il 13 agosto 2013 non si è verificata alcuna delle condotte previste nelle c.d. esigenze cautelari». Con un secondo giudizio, di tipo prognostico, 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.

È facilmente intuibile che la prognosi a suffragio di un’ulteriore cautela avrebbe dovuto 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. La seconda motivazione<sup>36</sup> avrebbe dovuto avere, pertanto, 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 commissione di reati della medesima natura di quello per cui si procede<sup>37</sup>.

Sarà interessante scoprire se le motivazioni poste a fondamento della pronuncia delle Sezioni unite ricalcheranno pedissequamente quanto già affermato con riferimento al tema dell’ordinanza emessa a seguito di dichiarazione di incompetenza ex art. 27 c.p.p., ovvero se almeno sul delicato tema del dovere di motivazione si potrà registrare una svolta in senso garantista.

VALENTINA MERONI

---

<sup>36</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.

<sup>37</sup> Al riguardo, cfr. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie penali*, Torino, 2004, 35.