

Opera stampata con il contributo di



FONDAZIONE
CASSA DI RISPARMIO
IN BOLOGNA



FONDAZIONE DEL
MONTE
1473

Bononia University Press
Via Farini 37, 40124 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buonline.com
e-mail: info@buonline.com

© 2010 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

ISBN 978-88-7395-509-2

Impaginazione: Lucia Bottegaro
Stampa: Editografica (Rastignano)
Prima edizione: gennaio 2010

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCLI

ELENA VALENTINI

LA DOMANDA
CAUTELARE NEL
SISTEMA DELLE
CAUTELE PERSONALI



Bononia University Press

CAPITOLO I

NE PROCEDAT IUDEX EX OFFICIO: L'INIZIATIVA DEL PUBBLICO MINISTERO NEL PROCEDIMENTO CAUTELARE PERSONALE

1. *Il codice del 1988 e la sottrazione del potere cautelare al pubblico ministero*

Con la locuzione “domanda cautelare”, estranea al lessico del codice, dottrina e giurisprudenza usualmente si riferiscono al principio generale – enunciato dalla direttiva n. 59 della legge delega e fedelmente riproposto dall’art. 291 c.p.p. – che riserva al pubblico ministero l’iniziativa in ordine all’applicazione di misure cautelari personali, contestualmente attribuendo la titolarità del potere cautelare al solo giudice che procede. L’espressione è mutuata dalla terminologia del processo civile, in cui la domanda riveste un ruolo cruciale, quale massima estrinsecazione del principio dispositivo, perentoriamente consacrata dal combinato disposto degli artt. 99 c.p.c. (rubricato appunto «principio della domanda»), 2907 c.c., e 112 c.p.c., in tema di necessaria corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato.

Il canone espresso dall’art. 291 c.p.p., implicante una rigida separazione di ruoli tra organo dell’accusa e giudice, delinea – a prescindere dalla sua concreta, specifica configurazione in ordine ai rapporti tra istanza e provvedimento (profilo decisamente problematico, che si avrà modo di approfondire¹) – una delle novità più

¹ V., segnatamente, il cap. IV.

rilevanti rispetto al sistema delle cautele personali operante prima del 1988².

Il codice abrogato, infatti, sino all'entrata in vigore della legge 5 agosto 1988, n. 330 (di poco precedente quella del nuovo codice di procedura penale), riconosceva al pubblico ministero il potere, ove si procedesse mediante istruzione sommaria, di restringere *in vinculis* l'imputato. Sotto la vigenza del codice del 1930, la custodia preventiva – definita «cautelare» solo con la l. 28 luglio 1984, n. 398 – era infatti disposta dall'autorità procedente: pubblico ministero nel rito sommario; giudice istruttore, sezione istruttoria e giudice del dibattimento nei rispettivi ambiti di competenza, con interventi possibili anche *ex officio*³.

Soltanto poco prima dell'entrata in vigore del codice riformato la legge n. 330 del 1988 aveva ridisegnato completamente il sistema cautelare, anticipando nei punti salienti l'attuale disciplina e gettando le basi del monopolio giurisdizionale sui provvedimenti coercitivi⁴.

² La novità è evidenziata, tra i primi, da V. GREVI, *Verso il nuovo processo penale*, in *Giust. pen.*, 1988, c. 481 e 482. Analoga scelta era già stata operata dalla legge delega del 1974 che attribuiva il potere coercitivo soltanto al giudice, «con specifico riferimento al giudice istruttore (n. 45) ed al giudice del dibattimento (n. 58), escludendone, quindi, il pubblico ministero» (così ID., *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 331).

³ Il sistema previgente si caratterizzava quindi non solo per la mancanza di un divieto di esercitare il potere cautelare d'ufficio da parte del giudice che istruisce il processo – e dunque: pretore, giudice istruttore, consigliere delegato della sezione istruttoria (art. 297 c.p.p. abr.), sezione istruttoria che disponesse il rinvio a giudizio in sede di appello, consigliere delegato della Corte di cassazione nel giudizio di revisione (art. 558 c.p.p. abr.), e, in genere, qualsiasi organo giurisdizionale con funzioni istruttorie – ma anche per la possibilità, qualora si procedesse con il rito sommario, di un esercizio del potere coercitivo direttamente da parte del pubblico ministero (art. 393 c.p.p.), che per gli ordini di cattura emessi dal pubblico ministero faceva espresso rinvio alle norme stabilite per il mandato di cattura). I provvedimenti coercitivi del pubblico ministero erano modellati su quelli corrispondenti del giudice istruttore, dai quali si distinguevano per la denominazione: ordini in luogo di mandati.

⁴ Queste – in estrema sintesi – le principali innovazioni introdotte dall'importante legge-ponte di riassetto della materia cautelare: oltre all'attribuzione della competenza esclusiva del potere di cattura in capo all'autorità giurisdizionale (con contestuale sottrazione della relativa titolarità a pubblico ministero e pretore), la previsione di misure di coercizione non detentive in alternativa alla custodia cautelare in carcere e alle altre misure cautelari sostitutive, cui si accompagnava per la prima volta l'importante affermazione del principio di adeguatezza delle misu-

La soluzione privilegiata dal legislatore delegante è più fedele al modello accusatorio: un sistema in cui l'accusa disponesse direttamente della libertà della persona sottoposta a procedimento penale – così come avveniva nell'abrogata istruzione sommaria – si sarebbe infatti contraddistinto per una forte anomalia in senso inquisitorio, stridente con la logica del processo di parti, nel quale il principio della separazione tra accusatore e giudice costituisce un valore fondante ed ineludibile⁵.

re coercitive alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto; l'eliminazione dell'obbligatorietà della cattura per determinate e gravi figure delittuose (che si fondava sulla presunzione assoluta di pericolosità del soggetto imputato per questi reati, secondo un meccanismo oggi parzialmente riproposto dall'art. 275, comma 3, seconda parte); l'abolizione dell'istituto della libertà provvisoria, inteso come beneficio concesso dal giudice ed assoggettabile a condizioni (e la sua sostituzione con la «rimessione in libertà»). L'attribuzione del potere cautelare esclusivamente in capo al giudice istruttore (senza che ciò determinasse la trasformazione dell'istruttoria da sommaria a formale), pur avendo recepito un'esigenza avvertita da tempo, non aveva comunque mancato di sollevare qualche perplessità, relativamente al fatto che, con questo potenziamento di funzioni, tale organo era uscito fortificato anziché indebolito, come avrebbe viceversa suggerito un approccio coerente con le linee di tendenza per il nuovo codice (in questo senso, G. ASCIONE-D. DE BIASE, *La nuova disciplina dei provvedimenti restrittivi della libertà personale [legge 5 agosto 1988 n. 330]*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 23). Ma a ben vedere, un rafforzamento del giudice istruttore concepito nella prospettiva di una più robusta tutela della libertà personale non poteva che essere guardato con favore. Coerentemente con la sottrazione del potere di cattura in capo al pubblico ministero ed al pretore, la novella aveva altresì introdotto la necessità di una conferma, da parte del giudice istruttore, del decreto motivato con cui pubblico ministero e pretore convalidavano l'arresto operato dalla polizia giudiziaria (art. 246 c.p.p. 1930): anche a tale proposito appare chiara la volontà di introdurre forme di intervento giurisdizionale di un giudice-terzo, coerentemente con la logica accusatoria ispirante la redazione del nuovo codice (benché ciò venisse, ancora una volta, attuato mediante l'impiego di un organo giudicante caratteristico del sistema inquisitorio precedente). Sull'evoluzione legislativa della disciplina della libertà personale, nell'ottica della progressiva "giurisdizionalizzazione" degli interventi coercitivi, cfr. A. GALATI, *La libertà personale dal codice Rocco al codice Vassalli*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, Giuffrè, Milano, 1991, vol. II, p. 233 ss.

⁵ G. PIERRO, *Il giudicato cautelare*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 100. Peraltro, come sottolineato da GIUS. AMATO (in *Art. 291*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di E. AMODIO-O. DOMINIONI, Giuffrè, Milano, 1990, vol. III, tomo II, p. 115), la circostanza che la legislazione previgente attribuisse anche al pubblico ministero poteri di regola spettanti al giudice non era del tutto incomprensibile «alla luce della considerazione che lo stesso giudice istruttore non era il giudice "terzo" del nuovo codice, bensì un organo che, pur essendo depositario del potere di emettere in via ordinaria provvedimenti restrittivi della libertà

Gli interventi coercitivi, che toccano i diritti delle persone variamente esposte al processo, diventano quindi appannaggio esclusivo del giudice⁶: le uniche limitazioni alla libertà personale che non postulano un previo atto di tale organo sono quelle insite nei provvedimenti di natura precautelare – arresto e fermo – giustificati dal requisito dell’urgenza. Ma anche tali istituti, costituzionalmente ammessi dall’art. 13 comma 3 Cost., esigono comunque l’intervento del giudice, chiamato dall’art. 391 c.p.p. alla relativa convalida *ex post*, e hanno una durata sottoposta a limiti rigorosi, dovendo l’eventuale protrarsi della restrizione *in vinculis* necessariamente assumere natura cautelare, con l’applicazione degli artt. 291 ss. c.p.p. in sede di convalida.

La sottrazione del potere coercitivo al pubblico ministero segue la soppressione dei poteri istruttori precedentemente riconosciutigli, attraverso una scelta che, fra l’altro, rispecchia una concezione ormai diversa dell’imputato, titolare di garanzie prima ancora che depositario di una verità da raggiungere anche mediante la restrizione *in vinculis*. L’abrogazione di tali prerogative in capo all’accusa, concernente tanto il profilo istruttorio quanto quello cautelare, spezza l’inespresso – ma pur sempre tangibile – collegamento funzionale prima esistente fra restrizione della libertà e perseguimento di condotte collaborative da parte dell’indiziato⁷.

personale, conduceva direttamente le indagini, nell’istruzione formale, non diversamente da quanto faceva il pubblico ministero nell’istruzione sommaria».

⁶ F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 515. Più in particolare, gli interventi coercitivi diventano appannaggio del solo giudice penale. L’art. 214 disp. coord. c.p.p. (con una disposizione che in qualche modo evoca l’art. 272 c.p.p.) abroga infatti le «disposizioni di leggi o decreti che prevedono l’arresto o la cattura da parte di organi giudiziari che non esercitano funzioni penali». Ne consegue che l’esercizio del potere di disporre una misura cautelare personale è stato attribuito all’esclusiva competenza del giudice penale. Nella nota illustrativa della commissione ministeriale si legge che con tale norma si è inteso abrogare: sia l’art. 256 ultima parte del c.p.c. (che in precedenza consentiva al giudice istruttore nel corso del processo civile di ordinare l’arresto del teste falso o reticente), sia il comma 3 dell’art. 16 della legge fallimentare, che prevedeva l’ordine di cattura del fallito da parte del tribunale fallimentare.

⁷ Un nesso che, per quanto lontano dalla mentalità dei codificatori, stenta comunque ad abbandonare la prassi giudiziaria, se il legislatore del 1995, a più di sei anni dall’entrata in vigore del codice di procedura penale, ha avvertito l’esigenza di chiarire l’ovvio, inserendo nell’art. 274 comma 1 lett. a la precisazione che «[...] le

Benché la nozione di «autorità giudiziaria» impiegata nel testo costituzionale debba ritenersi comprensiva anche della figura del pubblico ministero, il mutato assetto porta con sé una lettura più garantistica e rigorosa della riserva di giurisdizione imposta dall'art. 13 Cost. per tutte le forme di restrizione della libertà personale⁸. La

situazioni di concreto e attuale pericolo [per l'acquisizione e la genuinità della prova] non possono essere individuate nel rifiuto della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato di rendere dichiarazioni né nella mancata ammissione degli addebiti». Che si trattasse di un divieto già implicito nel sistema è del resto attestato da un chiaro passo della Relazione al codice, che spiega come si fosse inteso «escludere nel modo più assoluto un'utilizzazione delle cautele a scopi, più o meno direttamente, estorsivi di confessioni» (*Relazione al progetto preliminare c.p.p.*, in *G.U.* 24 ottobre 1988, suppl. ord. n. 2, p. 72). Più in generale, sulla modifica apportata dall'art. 3 della l. 332 del 1995 all'art. 274 c.p.p., si rinvia a G. ILLUMINATI, *Commento all'art. 3*, in *AA.VV.*, *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Cedam, Padova, 1995, p. 64. In tema, tra i numerosi, v. anche G. GIOSTRA, *Il giudice per le indagini preliminari e le garanzie della libertà personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1251 ss.

⁸ Peraltro, nel sistema precedente, che appunto attribuiva al pubblico ministero ampi poteri coercitivi (si considerino, in particolare, gli artt. 238 comma 4, 246 comma 3, 251 commi 2 e 3, e 393 c.p.p. 1930), una parte della dottrina aveva messo in dubbio il fondamento costituzionale di tale disciplina (cfr. S. GALEOTTI, *La libertà personale: studio di diritto costituzionale italiano e comparato*, Giuffrè, Milano, 1953, p. 14 ss.; G. GUARINO, *Lezioni di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 14 ss.; C. TAORMINA, *Tutela costituzionale della libertà personale*, in *Giust. pen.*, 1974, III, c. 27 ss.). In particolare, l'argomento più volte evocato era il testo dell'art. 111 comma 2 Cost. (oggi comma 7), che garantisce la ricorribilità per cassazione per violazione di legge di tutti i «provvedimenti sulla libertà personale pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali». Per come formulato, il disposto costituzionale sembrerebbe infatti circoscrivere la possibilità di incidere sulla libertà personale dell'imputato esclusivamente in capo a «organi giurisdizionali» (a meno di non accedere ad una ricostruzione alternativa, foriera di risultati paradossali, stando alla quale i costituenti avrebbero attribuito al pubblico ministero il privilegio di incidere sulla libertà personale dell'imputato a mezzo di provvedimenti non ricorribili per cassazione: cfr. E. AMODIO, *Il ricorso contro l'ordine di cattura dell'extradando alla luce della Costituzione e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 320 ss.). A ben vedere, però, benché la lettura restrittiva del concetto di «autorità giudiziaria» consentisse di raggiungere approdi di maggior garanzia (tra l'altro enfatizzando l'inclinazione del sistema costituzionale per l'affidamento del potere coercitivo al giudice, e dunque «ad un organo assolutamente *super partes*, piuttosto che a una "parte imparziale" quale è il pubblico ministero»: così V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 74, v. anche P. BARILE, *La libertà nella Costituzione: lezioni*, Cedam, Padova, 1966, p. 119 ss.), era piuttosto evidente la volontà dei costituenti di accordare legittimità alla disciplina processuale del 1930. Ciò è attestato da numerosi indici testuali, di segno opposto rispetto all'art. 111 comma 2 Cost.,

differenza concettuale tra ordini e mandati di cattura, propria del codice del 1930⁹ – che con i due diversi termini individuava i provvedimenti riferibili rispettivamente al pubblico ministero ed al giudice istruttore – si reggeva infatti proprio grazie al tenore della formula contenuta nell'art. 13 Cost. La precedente (e comunque legittima) attuazione del dato costituzionale dev'essere però parsa al legislatore del 1987 eccessivamente estesa; di qui la direttiva n. 59 della legge delega, secondo cui ogni restrizione della libertà personale non può che scaturire dalla valutazione giudiziale di una richiesta formulata dalla pubblica accusa¹⁰.

2. *Richieste necessarie e non necessarie nel processo penale. La richiesta ex art. 291 c.p.p.*

Se si eccettua la possibilità di disporre il fermo di indiziati di delitto, l'attuale codice disconosce quindi la titolarità di poteri coercitivi in capo al pubblico ministero.

quali l'art. 68 Cost., che menziona l'«ordine di cattura» (provvedimento coercitivo emesso dal pubblico ministero), o l'art. 109 Cost., che, nell'impiegare l'espressione «autorità giudiziaria», non può che riferirsi *in primis* all'organo inquirente (il quale «dispone direttamente della polizia giudiziaria»). Con ogni probabilità, il tenore letterale dell'art. 111 comma 2 Cost. costituiva quindi una svista di tecnica normativa, rivelandosi troppo fragile per fondare l'illegittimità costituzionale dei poteri coercitivi riconosciuti al pubblico ministero. Del resto, benché la dottrina successiva fosse compatta nell'auspicare l'attribuzione del potere cautelare esclusivamente in capo all'autorità giurisdizionale, è realistico pensare che la volontà del legislatore costituente fosse quella di “accontentarsi” della garanzia dell'intervento di un magistrato, senza prendere posizione tra magistratura requirente e magistratura giudicante (cfr. V. GREVI, *op. cit.*, p. 75, nonché L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, Milano, 1962, p. 95, v. anche G. VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Cedam, Padova, 1958, vol. V, p. 363).

⁹ Cfr. *supra*, nota 3.

¹⁰ Questo il tenore della direttiva 59: «potere-dovere del pubblico ministero di chiedere, presentando al giudice gli elementi su cui si fonda la sua richiesta, e del giudice di disporre, con provvedimento motivato, le misure di coercizione personale [...]». In proposito; così si esprime, conseguentemente, la Relazione al Progetto preliminare, *sub* art. 291 c.p.p., p. 74: «Il pubblico ministero è [...] soggetto necessariamente “richiedente” senza legittimazione a disporre, mentre, per converso, il giudice è soggetto decidente, ma non *ex officio*». La regola codificata all'art. 291 comma 1 c.p.p. riprende, modificandolo, il contenuto dell'art. 282 del Progetto del 1978.

Non solo. Inserendo l'art. 291 c.p.p. quale *incipit* del capo IV del titolo I, dedicato al procedimento applicativo della misura cautelare, il legislatore delegato del 1988 ha stabilito che il provvedimento restrittivo, di competenza del solo giudice, può scaturire soltanto da una corrispondente richiesta del titolare dell'accusa: altro, essenziale profilo di diversità rispetto a quanto riscontrabile nell'ordinamento processuale previgente, in cui i provvedimenti di coercizione personale, anche qualora emessi dal giudice e non dal pubblico ministero, configuravano un atto di esercizio della giurisdizione senza azione¹¹.

Ecco dunque la prima importante conseguenza di quanto stabilito dall'art. 59 della legge delega: il divieto di iniziative officiose nella materia cautelare, usualmente evocato, da dottrina e giurisprudenza, come «principio della domanda cautelare»¹².

¹¹ V. T. DELOGU, *Contributo alla teoria della inammissibilità nel diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1938, p. 49.

Non così la legge n. 330 del 1988, che, pur declassando il pubblico ministero al ruolo di organo richiedente (cfr. art. 393 comma 1 c.p.p. 1930, così come modificato dall'art. 57 della legge n. 330 del 1988), esautorandolo del potere di emettere ordini di cattura (gli era infatti conservata la sola possibilità di disporre ordini di comparizione, di accompagnamento e di arresto), non giungeva a configurarlo *expressis verbis* come organo "necessariamente richiedente". Si veda, poiché particolarmente significativo, il testo dell'art. 254 c.p.p. abr. successivo alla modifica operata con l'art. 14 della l. n. 330 del 1988, che attribuisce al giudice un «potere-dovere di agire, per certi versi addirittura indipendente dalla richiesta del pubblico ministero» (cfr. G. RICCIO, *Principio di giurisdizionalità e vincoli alla discrezionalità nell'odierna disciplina della libertà personale*, in AA.VV., *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, a cura di V. Grevi, Cedam, Padova, 1989, p. 44).

Peraltro, pur non contemplando la necessità di una sua richiesta, il codice (anche prima della legge n. 330 del 1988, con riferimento al solo mandato di cattura e non anche all'ordine di cattura, di cui il pubblico ministero era appunto titolare) prevedeva comunque che il pubblico ministero presentasse in proposito "conclusioni obbligatorie", e a tal fine prescriveva il rispetto di un termine dilatorio di cinque giorni prima della deliberazione del giudice istruttore (cfr. artt. 262, 303 e 76 c.p.p. abr.). Il mancato rispetto di questo termine veniva ritenuto foriero di nullità, ma, una volta che lo stesso fosse decorso, il giudice istruttore poteva provvedere, senza che al silenzio del titolare dell'accusa potesse essere attribuito alcun significato presuntivo (cfr. A. NAPPI, *Sub art. 262*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi, Cedam, Padova, 1987, cui si rinvia anche per i riferimenti giurisprudenziali).

¹² Cfr., tra i tanti, G. CANZIO, *I poteri di cognizione e di decisione del giudice "preliminare"*, in *tema di libertà personale: una rilettura del quadro normativo*, in *Leg. pen.*, 1999, p. 567, G. BETOCCHI, *L'evoluzione normativa dell'art. 291 c.p.p.*

Tutte le attività variamente indicate come domande, istanze o richieste hanno in comune il dato funzionale, che è quello di provocare l'attività del giudice. In un processo di parti tale meccanismo riveste un'importanza cruciale, attorno al quale ruota costantemente il rapporto fra parti e giudice. Ciò tanto nell'ambito del procedimento principale quanto in quello dei procedimenti incidentali: la domanda, come tale, determina il sorgere in capo al giudice del dovere di pronunciarsi¹³.

Se questa è la funzione comune ad ogni specie di domanda, ai fini che qui interessano risulta particolarmente rilevante la differenza tra domande necessarie e domande non necessarie: si tratta di una bipartizione fondamentale per comprendere il tasso di dispositività che caratterizza ogni singolo sistema processuale, che delinea i rapporti fra attività delle parti ed il corrispondente provvedimento del giudice e sembra ricalcare la classificazione tra onere completo ed onere «incompleto»¹⁴. Questo il significato della distinzione: nei casi

tra esigenze delle indagini preliminari, ruolo del giudice e diritto di difesa, in Arch. n. proc. pen., 1997, p. 267, M. CHIAVARIO, *Una sentenza rispettosa dei ruoli "naturali" del pubblico ministero e del giudice*, in Giur. cost., 1992, p. 38 ss., T. DELLA MARRA, *Il ruolo del pubblico ministero nell'emissione dei provvedimenti cautelari*, in Giur. it., 1995, II, p. 110, G. DI CHIARA, *Le nullità*, in Atti del procedimento penale: struttura e forma, in Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale, a cura di M. CHIAVARIO-E. MARZADURI, Utet, Torino, 1996, p. 212, M. MONACO, *Il pubblico ministero attore necessario del procedimento cautelare*, in Giur. it., 1996, II, p. 7, il quale ritiene forse preferibile la locuzione «azione cautelare», che meglio sottolineerebbe il potere esclusivo di promuovere, attraverso la richiesta, il procedimento applicativo delle misure, D. POTETTI, *Il principio della domanda cautelare dinanzi alla Corte costituzionale*, in Cass. pen., 1998, p. 2575; C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, Giappichelli, Torino, 1995, I, p. 420 ss.

¹³ Al di là della disciplina specifica di ogni singola istanza, si richiama in via generale il tenore dell'art. 121 comma 2 c.p.p., a norma del quale «sulle richieste ritualmente formulate il giudice provvede senza ritardo e comunque, salve specifiche disposizioni di legge, entro quindici giorni».

¹⁴ Su questa distinzione, che peraltro sostanzialmente evoca quella tra concezione formale e concezione materiale dell'onere, si veda R. BOLAFFI, *Le eccezioni nel diritto sostanziale*, Società editrice libraria, Milano, 1936, p. 112 ss. e P. SARACENO, *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Cedam, Padova, 1940, p. 60 ss. Sull'argomento v. F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 85 ss.; G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979, p. 96 ss.; A. MELCHIONDA, *Studio sull'onere della prova nel processo penale*, in Crit. pen., 1969, p. 189 ss., G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Cedam, Padova, 1966, p. 147 ss.

di domanda necessaria l'organo giurisdizionale è impossibilitato ad emettere un provvedimento corrispondente a quello che deve prima essere oggetto della sollecitazione della parte, la cui attività diviene dunque inderogabile; nei casi di domanda non necessaria, l'impulso di parte, se pure fa sorgere l'obbligo del giudice di provvedere, non è di per sé imprescindibile, posto che il giudice potrebbe emettere la relativa pronuncia indipendentemente dalla previa istanza.

Il codice del 1988, ispirato al modello del processo di parti, è connotato da numerose ipotesi di domande necessarie, accanto a quelle, paradigmatiche, insite nelle varie forme di esercizio dell'azione penale o di impugnazione.

Interamente contrassegnato da domande necessarie è il rapporto tra accusa, difesa e giudice per le indagini preliminari; esemplare in tal senso, oltre al tenore generale dell'art. 328 c.p.p., la disciplina dell'incidente probatorio, in cui anche l'espletamento di una perizia (mezzo di prova l'assunzione del quale è per definizione rimessa alla piena discrezionalità del giudice) è subordinato ad una previa iniziativa del pubblico ministero o della persona sottoposta alle indagini.

Nell'ambito dei rapporti tra parti e giudice per le indagini preliminari l'unica eccezione in questo panorama caratterizzato da sole domande necessarie è costituita dai provvedimenti a favore della persona nei cui confronti sia stata applicata una misura cautelare, quali le ordinanze *ex art.* 306 c.p.p. o quelle concernenti la revoca

La bipartizione qui adottata tra domande necessarie e non necessarie non deve essere confusa con quella tra domande che siano o meno oggetto di un obbligo giuridico. Si tratta di una distinzione spesso enfatizzata nell'ambito degli studi dedicati alla sanzione dell'inammissibilità; stando ad una tra le possibili ricostruzioni, infatti, l'inammissibilità non potrebbe mai essere configurata rispetto alle domande necessarie od obbligatorie, quale la domanda sottesa all'azione penale; le domande obbligatorie vengono quindi contrapposte a quelle eventuali, in quanto non oggetto di un dovere: in questo senso, cfr. O. CAMPO, *Inammissibilità e improcedibilità, II, Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, Treccani, 1989, XVI, p. 2, F. DE PRIAMO, *Inammissibilità*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Utet, Torino, 1992, p. 299; G. GALLI, *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 62-63 e 113 ss.; nonché, sotto la vigenza del nuovo codice, G. RICCIO, *Contributo allo studio dell'inammissibilità*, in *Id.*, *Studi sul processo penale*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 1988, pp. 148 e 170. Per una compiuta ricognizione delle varie posizioni espresse al riguardo, si veda M. PANZAVOLTA, *Inammissibilità*, in *Studi Urbinati*, 2005, p. 230 ss. (in particolare, alle note nn. 46 e 47).

della misura, la sua sostituzione con altra meno grave o l'applicazione di modalità esecutive meno onerose alla misura originariamente disposta (art. 299 comma 3 c.p.p.); anche in quest'ultimo caso il legislatore ha comunque specificato le occasioni in cui tale potere officioso può attivarsi, menzionando unicamente le ipotesi nelle quali l'organo stesso può ritenersi investito di competenza funzionale (oltre che dotato di un fascicolo – più o meno corposo – concernente le indagini espletate)¹⁵.

La richiesta delineata *ex art.* 291 c.p.p. rientra nella categoria delle domande necessarie, poiché descrive una vera e propria prerogativa del pubblico ministero. Se non bastasse la già di per sé chiara lettera della disposizione codicistica, esplicito in tal senso sarebbe comunque il tenore della direttiva n. 59 della legge delega, che – come già si è evidenziato – qualifica espressamente l'iniziativa del pubblico ministero in termini di potere-dovere, a fronte di una simmetrica situazione di potere-dovere del giudice in ordine all'emissione del provvedimento cautelare.

3. *Ambito applicativo del principio ne procedat iudex ex officio*

All'implicito divieto di iniziative officiose l'art. 291 c.p.p. aggiunge poco altro, limitandosi ad imporre al pubblico ministero di presentare al giudice competente, oltre agli elementi su cui la richiesta si fonda, anche quelli a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate. Tale concisione lascia insoluti numerosi quesiti, concernenti – ad esempio – la possibilità per il giudice di disporre una misura più afflittiva rispetto a quella sollecitata, o di fondare il provvedimento applicativo su esigenze cautelari distinte da quelle prospettate nella richiesta¹⁶. Sotto questo aspetto è di scarso

¹⁵ Il riconoscimento della possibilità di emettere provvedimenti *in melius* concernenti misure cautelari personali a prescindere da una richiesta di parte s'impone alla luce del generale canone del *favor libertatis*. Tale disciplina, ispirandosi ad un valore di rango costituzionale, non inficia la cogenza del divieto di iniziative *ex officio*, che si riferisce ai provvedimenti applicativi dello *status* cautelare o di esso peggiorativi.

¹⁶ Questi aspetti saranno oggetto di specifica trattazione nell'ambito del cap. IV.

ausilio il confronto con la direttiva n. 59 della legge delega, anch'essa piuttosto laconica, benché decisiva nel chiarire che tanto l'iniziativa del pubblico ministero quanto la competenza funzionale del giudice procedente a disporre la misura coercitiva costituiscono due distinte situazioni giuridiche di potere-dovere.

A fronte di un dato positivo tanto succinto, sembra utile cercare di comprendere innanzitutto quale possa essere la *ratio* e l'ambito applicativo del principio, tenendo nella dovuta considerazione le peculiarità che differenziano la fase prodromica e quella successiva all'esercizio dell'azione penale.

Relativamente alle indagini preliminari, l'irrinunciabilità di una richiesta del pubblico ministero è imposta *in primis* dalle caratteristiche del giudice per tale fase, e non necessita neppure di particolari spiegazioni: egli, in quanto tale, non è un soggetto presso il quale si registri la pendenza un procedimento¹⁷. Non a caso l'art. 279 c.p.p., dopo aver individuato nel giudice procedente l'organo legittimato all'esercizio del potere cautelare, aggiunge una disposizione specifica, attributiva della competenza funzionale in materia anche al giudice per le indagini preliminari: una precisazione significativa del fatto che l'autorità procedente nel corso di tale fase non possa essere identificata nell'organo giurisdizionale, quanto piuttosto nel pubblico ministero. Prova ne è che il giudice non risulta neppure depositario di un fascicolo: una scelta, questa, consona alla logica del processo di parti, ma non priva di inconvenienti, che riguardano soprattutto l'impossibilità, da parte di tale organo, di monitorare costantemente, e senza una previa domanda di parte (afferisca questa alla fattispecie cautelare o ad una delle ipotesi menzionate dall'art. 299 comma 3 c.p.p.), la legittimità, la proporzionalità e l'adeguatezza del regime restrittivo cui è sottoposto l'indiziato.

¹⁷ In proposito la dottrina ha parlato di giurisdizione «senza azione» (cfr. V. GREVI, *Funzioni di garanzia e funzioni di controllo del giudice nel corso delle indagini preliminari*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale. Dalle indagini preliminari al dibattimento*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 16). Tale organo, pur non definibile «autorità procedente», viene chiamato ad operare «secondo criteri di accentuata giurisdizionalizzazione, attraverso la attribuzione di compiti tipici dell'organo giurisdizionale», nell'ambito di una fase gestita dal magistrato del pubblico ministero che, a sua volta, «ha un ruolo di organo di accusa, titolare dei poteri di investigazione e di accertamento funzionali all'esercizio dell'azione penale» (p. 18).

La natura di organo *ad acta* propria del giudice per le indagini preliminari fa dunque sì che questi, qualora non interpellato nei casi in cui sia previsto un suo intervento di garanzia, addirittura non abbia neppure effettiva cognizione della pendenza del procedimento: circostanza che determina l'impossibilità, materiale prima ancora che giuridica, di un suo intervento *ex officio*.

Durante le indagini preliminari la necessità dell'azione cautelare individua quindi un istituto quasi ovvio, poiché imposto dalle caratteristiche del giudice di tale fase. Proprio per questo si potrebbe ravvisare nell'art. 291 c.p.p. niente più che l'ennesima disposizione che contempla una richiesta funzionalmente imprescindibile affinché possa essere attivato l'intervento del giudice per le indagini preliminari.

Questa constatazione, unita alla disciplina del *dossier* cautelare, evidentemente ispirata ad esigenze di riserbo investigativo, potrebbe allora indurre a leggere l'art. 291 c.p.p. come una disposizione implicitamente riferibile alla sola fase preliminare, ma non al processo in senso stretto. In altri termini: si potrebbe ipotizzare che l'impulso del pubblico ministero, necessario prima dell'esercizio dell'azione penale, cessi di essere tale una volta formulata l'imputazione.

A ben vedere, però, che l'intento legislativo sotteso al divieto di attivarsi *ex officio* non possa essere rinvenuto soltanto nella inidoneità del giudice per le indagini preliminari in quanto organo privo di fascicolo emerge da una constatazione piuttosto semplice: tale soggetto non può assumere iniziative cautelari neppure nelle ipotesi in cui abbia accesso al fascicolo medesimo (magari per ragioni estranee all'incidente cautelare). Di più: il giudice per le indagini preliminari non può adottare provvedimenti restrittivi (o peggiorativi del regime cautelare già in corso di esecuzione) neppure nelle limitate ipotesi in cui disponga del fascicolo investigativo nella sua completezza. Ciò attesta a maggior ragione la difficoltà di spiegare il principio della domanda cautelare alla sola luce dei limiti cognitivi del giudice preliminare, cui è precluso l'esercizio del potere coercitivo anche là dove disponga di una conoscenza piena degli atti¹⁸, come tale non subordinata alle scelte del pubblico ministero (organo che invece, nel

¹⁸ È il caso, ad esempio, della richiesta di proroga delle indagini preliminari.

proporre la domanda cautelare, può decidere di sottrarre al giudice la conoscenza di parte degli elementi a carico).

Soprattutto – e sempre limitandosi a ragionare sul tenore espresso del codice – è l’argomento sistematico a deporre nel senso della cogenza universale della necessaria richiesta del pubblico ministero: la disciplina del libro IV, infatti, contempla un solo schema di procedimento applicativo. Non a caso l’art. 291 c.p.p., oltre ad imporre la richiesta al pubblico ministero, nel descrivere il contenuto del cosiddetto *dossier* cautelare menziona l’imputato (riferimento estensibile alla persona sottoposta alle indagini in virtù dell’art. 61 c.p.p.): se davvero il legislatore avesse inteso confinare l’art. 291 c.p.p. alla sola fase delle indagini preliminari, è presumibile che non si sarebbe riferito all’imputato quanto alla persona sottoposta alle indagini.

Tale conclusione è ulteriormente corroborata dal comma 4 dell’art. 299 c.p.p., che ribadisce la necessità di un impulso del pubblico ministero ove si prospetti un aggravamento della misura cautelare già in essere. Più in generale, il libro IV è costellato di istituti che replicano il divieto di iniziative *ex officio* per tutti gli interventi che possano determinare un peggioramento del regime cautelare già in atto. Fra i tanti, che riguardando le vicende dell’incidente cautelare personale successive alla sua originaria instaurazione indubbiamente si applicano lungo tutto il corso del procedimento, sembra sufficiente segnalare quelli di cui agli artt. 304 o 305 c.p.p.: le due disposizioni, che disciplinano rispettivamente la sospensione dei termini di durata massima e la proroga della custodia cautelare, si riferiscono espressamente anche alla fase processuale in senso stretto, e dunque indirettamente attestano (ove mai ce ne fosse bisogno) la cogenza del divieto di iniziative peggiorative *ex officio* anche dopo l’esercizio dell’azione penale.

Tutti questi elementi, complessivamente intesi, testimoniano che il legislatore del 1988, nel disciplinare il divieto di iniziative cautelari *ex officio*, non guardava soltanto alla fase delle indagini preliminari (ove pure è statisticamente più imponente il ricorso alla cautela personale), ma poneva un principio generale, caratterizzante i rapporti tra pubblico ministero e giudice lungo tutto l’arco del procedimento.

Si tratta di un principio fortemente innovativo, uno dei tratti qualificanti dell'intero sistema. In un ordinamento connotato in senso accusatorio come quello introdotto nel 1989, le deroghe alla logica del processo di parti devono trovare un fermo appiglio normativo¹⁹: essendo l'art. 291 c.p.p. l'unica disposizione espressamente dedicata al procedimento applicativo delle misure cautelari personali, nulla autorizza ad offrirne un'interpretazione riduttiva.

4. *Le modifiche all'originario impianto del libro IV: dubbi sull'inderogabilità dell'iniziativa ex art. 291 c.p.p.*

In base a quanto sin qui rilevato, l'impianto sistematico del libro IV sembra delineare l'universalità del necessario impulso del pubblico ministero ove si intenda instaurare (o aggravare) il regime coercitivo e interdittivo: l'art. 291 c.p.p., unica norma dedicata all'avvio dell'incidente *de libertate*, dovrebbe per ciò stesso applicarsi lungo tutto l'arco del procedimento; una lettura dell'istituto conforme alle scelte di fondo operate nel 1988 depone nel senso della coerenza generalizzata del principio.

Tale conclusione, indiscutibile (ed indiscussa) all'indomani dell'entrata in vigore del codice, potrebbe però oggi non essere più così scontata.

Infatti, se inizialmente, in linea con la formulazione in termini generali dell'art. 291 c.p.p., non sussistevano particolari dubbi esegetici, le numerose modifiche legislative accavallatesi lungo la vigenza del codice hanno finito per appannare l'originaria armonia sistematica del libro IV: in particolare, il divieto di iniziative officiose

¹⁹ Si pensi alla disciplina dell'ingresso della prova nel processo, tracciata in via generale dall'art. 190 c.p.p. La disposizione non pone un esplicito divieto di iniziativa da parte del giudice, ma il legislatore ha nondimeno avvertito l'esigenza di specificare la necessità di espresse disposizioni codicistiche volte ad attribuire il potere di assumere prove *ex officio* da parte del giudice. Ciò indirettamente attesta che in assenza di un riconoscimento espresso della deroga al principio dispositivo, debba intendersi precluso l'esercizio di iniziative probatorie in capo al giudice. Applicando la medesima logica all'incidente cautelare, l'assenza di disposizioni che espressamente derogano all'art. 291 c.p.p. non può che intendersi in senso ostativo.

in peius, sulla cui portata generale in principio non venivano avanzate riserve, secondo alcuni oggi subirebbe importanti eccezioni nell'art. 275 comma 2 *ter*, nell'art. 276 comma 1 *ter*, nonché, forse, nel comma 3 seconda parte del già citato art. 275 c.p.p.

Questi singoli istituti saranno oggetto di un'analisi più approfondita²⁰. Sin d'ora sembra però necessario soffermarsi quantomeno sulla prima fra le tre disposizioni appena menzionate, relativa all'applicazione delle cautele personali contestualmente all'emissione di una condanna in secondo grado, istituto particolarmente significativo proprio ai fini che qui interessano.

Come si vedrà più dettagliatamente nel corso del lavoro, la legge 26 marzo 2001, n. 128, pare infatti avere inserito, ancorché in maniera ambigua e comunque diversificata, larvate forme di automatismo nella valutazione dei presupposti cautelari, tanto in occasione della sentenza di condanna (comma 1 *bis*), quanto, in modo ancor più stringente, contestualmente alla condanna pronunciata in grado di appello (comma 2 *ter*)²¹. In particolare, la seconda disposizione esordisce stabilendo che «nei casi di condanna in appello le misure cautelari personali sono sempre disposte», salvo poi specificare che l'obbligo sorge quando «all'esito dell'esame condotto a norma del comma 1 *bis* risultano sussistere esigenze cautelari previste dall'art. 274 c.p.p. e la condanna riguarda uno dei delitti previsti dall'art. 380 comma 1, e questo risulta commesso da soggetto condannato nei cinque anni precedenti per delitti della stessa indole»: una serie di condizioni che in qualche modo circoscrive la portata applicativa della disposizione.

²⁰ V. *infra*, cap. VI.

²¹ La prima delle due disposizioni stabilisce che «contestualmente ad una sentenza di condanna, l'esame delle esigenze cautelari è condotto tenendo conto anche dell'esito del procedimento, delle modalità del fatto e degli elementi sopravvenuti, dai quali possa emergere che, a seguito della sentenza, risulta taluna delle esigenze indicate nell'art. 274 lett. *b* e *c*».

Per essere precisi, a differenza del comma 2 *ter*, effettivamente introdotto dal cosiddetto "Pacchetto sicurezza", il primo dei due innesti, la cui attuale formulazione si deve all'art. 14 comma 1 della legge 26 marzo 2001 n. 128, risale ad un primo intervento novellatore, attuato con dall'art. 16 comma 2 del d.l. 24 novembre 2000, n. 341 (convertito nella l. 19 gennaio 2001, n. 4), che aveva imposto al giudice uno specifico (ulteriore) onere di valutazione in merito all'adeguatezza delle misure diverse dalla custodia cautelare in carcere.

Si tratta di un paradigmatico caso di “norma bandiera”: imponendo che, in presenza di determinate condizioni, le misure cautelari personali siano «sempre disposte», il comma 2 *ter* delinea un automatismo che sembra assorbire la discrezionalità decisoria del giudice; ma ad un attento esame, tale discrezionalità rimane comunque intatta, quantomeno con riferimento al vaglio delle esigenze cautelari e alla scelta della misura cautelare da applicare in concreto.

Con ogni probabilità, è proprio l’esigenza di attribuire significato precettivo ad un automatismo solo apparente che spinge larga parte della dottrina²² a ravvisare in questa disposizione un vero e proprio superamento del principio della domanda *ex art.* 291 c.p.p.

Ulteriori, ipotetici dubbi sull’universalità del *ne procedat iudex ex officio* sarebbero poi suscettibili di provenire da altre disposizioni, anch’esse inserite nel codice in un momento successivo alla sua entrata in vigore, e che effettivamente si prestano ad essere interpretate in maniera eversiva dell’art. 291 c.p.p. Particolarmente significativo, tra gli altri, l’art. 275, comma 3, seconda parte, c.p.p., che (più volte oggetto di ripensamenti legislativi²³) contempla un sindacabile automatismo nella valutazione delle esigenze cautelari e una presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia in carcere²⁴.

Di fronte a queste più o meno recenti modifiche normative – e all’esegesi che di talune di esse è stata proposta – sembra allora opportuno (se non indispensabile) andare più a fondo, cercando di appurare la *ratio* e la portata del principio della domanda cautelare. Il fatto che l’art. 291 c.p.p. sia formulato in termini generali e non circoscriva l’operatività della necessaria richiesta del pubblico ministero alla sola fase preliminare potrebbe infatti rivelarsi inidoneo ad attestare il carattere assoluto ed inderogabile

²² In proposito si rinvia al cap. VI, par. 2.

²³ Cfr. *infra*, cap. VI, par. 3.

²⁴ E ancora: riserve sulla cogenza del principio della domanda potrebbero sorgere anche in rapporto all’art. 276 c.p.p. (specie dopo l’inserimento del comma 1 *ter* della disposizione, inserito dall’art. 16 comma 3 del d.l. 24 novembre 2000, n. 341), che disciplina le possibili “contromisure” per il caso di trasgressione alle prescrizioni imposte dal regime cautelare. Tutte le disposizioni qui velocemente richiamate nel testo saranno oggetto di specifica trattazione nel corso del capitolo VI.

della regola. Certo: la necessità di un impulso del pubblico ministero è l'unica soluzione in linea con la logica del processo di parti. Cionondimeno, l'ambiguità delle disposizioni da ultimo citate è comunque evidente. Ne consegue che l'innesto del comma 2 *ter* nel corpo dell'art. 275 c.p.p. – norma che per buona parte della dottrina²⁵ implicherebbe un'applicabilità *ex officio* della misura cautelare – potrebbe anche ispirare interpretazioni volte a negare valenza al divieto di iniziative d'ufficio ove il giudice investito del procedimento possa ritenersi in possesso di materiale su cui fondare un eventuale provvedimento cautelare. Tale innesto normativo, in sostanza, potrebbe indurre ad escludere la necessità dell'impulso del pubblico ministero non soltanto nelle limitate ipotesi direttamente disciplinate dall'art. 275 comma 2 *ter* c.p.p., potendo costituire il sintomo di un più generalizzato potere di attivare l'incidente *de libertate* prescindendo dall'iniziativa del pubblico ministero; un potere di attivazione *ex officio* magari da riconoscersi in tutte le ipotesi di condanna in appello, o in tutte le ipotesi di condanna (anche in primo grado²⁶), o addirittura – aderendo ad un'interpretazione ancor più riduttiva del principio *ex art. 291 c.p.p.*, confinato alla sola fase preliminare – in ogni momento successivo all'esercizio dell'azione penale, quando il giudice, investito della piena cognizione di merito, possa ritenersi in possesso del materiale probatorio idoneo a fondare l'esercizio del potere coercitivo²⁷.

Si tratterebbe – va detto subito – di interpretazioni scarsamente plausibili, e già per le ragioni esposte in precedenza. Del resto, non è un caso se questo genere di lettura non è mai stato finora

²⁵ E non solo: si veda, da ultimo, Sez. III, 14 ottobre 2008, p.m. in proc. Colantoni, in *C.E.D. Cass.*, n. 241532, che definisce eccezionale questa ipotesi di applicazione *ex officio* della cautela personale.

²⁶ Cfr. *infra*, nel testo.

²⁷ Una volta ammessa la possibilità di un intervento *ex officio* del giudice, in presenza di esigenze cautelari, all'esito del giudizio di appello, «cosa osterebbe ad estendere il principio così introdotto anche ad altre fasi processuali in cui il giudice abbia cognizione dell'intero materiale probatorio che possa comunque condurre all'emissione di un provvedimento sulla libertà?» (F. ALONZI, *L'adozione di misure cautelari all'esito di un provvedimento di condanna: una discutibile novella*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla tutela della sicurezza dei cittadini [c.d. "Pacchetto sicurezza"]*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 247).

consapevolmente avanzato, né in dottrina né in giurisprudenza: pur essendo stata sostenuta l'applicabilità *ex officio* delle misure cautelari limitatamente alle ipotesi considerate dall'art. 275 comma 2 *ter* e 276 c.p.p. (con particolare riferimento all'ipotesi di cui al comma 1 *ter*) – disposizioni che, per come formulate, in effetti potrebbero legittimare questo genere di esegesi²⁸ – nessuno ha messo in dubbio la necessità della richiesta del pubblico ministero negli altri casi.

Ma benché sul punto appaia di per sé decisivo il tenore generale dell'art. 291 c.p.p. (ripreso dal quarto comma dell'art. 299 c.p.p.), sembra comunque opportuno approfondire l'indagine, anche per sgombrare il campo dalle eventuali incertezze che potrebbero alimentarsi in conseguenza di ulteriori (futuribili) interventi normativi.

È infatti doveroso segnalare la presentazione, nel corso della passata legislatura, di un disegno di legge²⁹ in cui si prospettava la sostituzione dell'art. 275 comma 1 *bis* (dedicato all'applicazione delle misure cautelari contestualmente alla pronuncia della condanna in primo grado), con una disposizione del tutto analoga all'attuale comma 2 *ter* del medesimo articolo (che contestualmente si sarebbe dovuto abrogare)³⁰. L'idea di riforma, sostanzialmente anticipando al momento della condanna in primo grado l'operatività dell'attuale art. 275 comma 2 *ter* c.p.p., avrebbe implicato, nelle intenzioni dei proponenti, l'ampliamento della possibilità, per il giudice, di esercitare il proprio potere cautelare a prescindere da una sollecitazione del pubblico ministero. Particolarmente significativa

²⁸ V. *infra*, cap. VI, paragrafi rispettivamente 1.2 e 2.

²⁹ Il disegno di legge in questione faceva parte di un più cospicuo gruppo di proposte di riforma, gergalmente designato con l'appellativo (ormai molto poco connotativo) di "pacchetto sicurezza", approvato dal Consiglio dei ministri il 24 ottobre 2007.

³⁰ Il comma 1 *bis* dell'art. 275 c.p.p. sarebbe quindi stato sostituito con la seguente disposizione: «1-*bis*. Contestualmente ad una sentenza di condanna, anche in grado di appello, ovvero di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p., le misure cautelari personali sono sempre disposte quando, anche tenendo conto degli elementi sopravvenuti, risultano sussistere le esigenze cautelari previste dall'articolo 274, la condanna riguarda uno dei delitti previsti dall'articolo 380, e questo risulta commesso da soggetto condannato nei cinque anni precedenti per delitti della stessa indole».

la relazione al disegno di legge, dove la *ratio* dell'ipotizzata modifica viene spiegata proprio con la volontà di anticipare all'esito del dibattimento di primo grado l'attribuzione di un potere officioso già riconosciuto al giudice dell'appello.

Da un lato, il progetto di legge e la relativa relazione di accompagnamento sono significativi perché sembrano confermare l'interpretazione del vigente art. 275 comma 2 *ter* c.p.p. secondo cui il giudice sarebbe svincolato dal necessario impulso del pubblico ministero; dall'altro, essi attestano la tendenza legislativa ad introdurre automatismi applicativi atti ad offuscare (mettendola in discussione) l'inderogabilità della necessaria richiesta cautelare.

In sostanza, l'impressione è quella di trovarsi di fronte ad un principio che non sembra in realtà essere così indiscutibile, quantomeno non nell'ottica del legislatore dell'emergenza. Necessario, quindi, sondarne in modo più specifico la ragion d'essere, anche per comprenderne l'eventuale, effettiva derogabilità, sia allo stato della legislazione, sia in un'ottica *de iure condendo*.

5. *Un possibile argomento per escludere l'applicazione dell'art. 291 c.p.p. in dibattimento: disciplina del dossier cautelare e imparzialità del giudice*

Per cogliere l'essenza più specifica del principio – nonché, soprattutto, per sondarne la tenuta sistematica – è opportuno, ancora una volta, prendere le mosse dall'ipotesi (statisticamente secondaria, ma pur sempre rilevante) in cui la prima applicazione della cautela abbia luogo dopo l'esercizio dell'azione penale. Come si è visto, la cogenza della disciplina *ex* art. 291 c.p.p. in fase d'indagine non pone particolari dubbi sulla tenuta dell'istituto. Ma una volta esercitata l'azione penale, viene meno la più pragmatica tra le giustificazioni dell'art. 291 c.p.p. (conseguente alla natura del g.i.p. quale organo *ad acta*). Soprattutto: una volta approdati alla fase processuale – segnatamente a quella dibattimentale – emergono tutte le incongruenze cui può dar luogo questa disciplina.

L'art. 291 c.p.p. include infatti in un unico contesto normativo l'implicito divieto di applicare la misura cautelare *ex officio* ed il

regime delle allegazioni probatorie alla richiesta cautelare³¹. Sotto questo secondo profilo, se applicata nella fase del giudizio, la disposizione, consentendo al pubblico ministero di riversare sul giudice tutti gli atti che, confezionati fuori dal dibattimento, siano idonei a sostenere la pretesa cautelare³², individua la più imponente tra le “falle” al sistema del doppio fascicolo³³. Il cortocircuito, frutto delle interferenze tra la procedura incidentale *de libertate* e la procedura principale, nasce dalla combinazione tra la disciplina del *dossier* cautelare e l’attribuzione in capo al giudice procedente della competenza funzionale a decidere anche in materia cautelare³⁴.

³¹ Tale regime rispecchia la tangibile preoccupazione legislativa di tutelare il segreto d’indagine, là dove consente al pubblico ministero di scegliere – tra gli elementi a carico – quali atti sottoporre al giudice. «È l’organo dell’accusa a ritagliare il campo dei dati di riferimento: rimanendo dunque scontata l’eventualità che esso si veda respinta la sua richiesta per un’insufficienza delle ragioni e delle documentazioni addotte; ma, al tempo stesso, ammettendosi che sia tale soggetto ad escludere le altre parti dalla conoscenza di dati che egli ritiene, per il momento, da tenere ancora coperti» (M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice*, Utet, Torino, 1990², p. 162). Scettico verso questa soluzione G. GIOSTRA, *Commento all’art. 8*, in AA.Vv., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e custodia cautelare*, Cedam, Padova, 1995, che, già all’indomani della riforma, giudicava insufficiente il compromesso operato dal legislatore del 1995.

³² In questo senso, in giurisprudenza, Cfr. Cass., Sez. II, 14 febbraio 2001, Martinelli, in *Cass. pen.*, 2002, p. 287. V. anche Sez. II, 22 giugno 2001, p.m. in c. Bonaffini, *ivi*, 2003, p. 971; sul tema si tornerà anche *infra*, nel testo.

³³ L’attribuzione della competenza funzionale cautelare in capo al giudice procedente non costituisce l’unica occasione di contatto diretto con il fascicolo del pubblico ministero: benché «l’ipotesi macroscopica per l’incisività dell’intrusione» sia rappresentata proprio dalla competenza funzionale in materia cautelare (cfr. S. ALLEGREZZA, *Le forme atipiche del giudizio direttissimo*, ed. provvisoria, Giappichelli, Torino, 2006, p. 192, nota n. 110), le occasioni di questo contatto sono infatti svariate, e vanno dalla verifica della competenza al controllo di legalità delle attività compiute nella fase preliminare (per approfondimenti ed esempi si veda A. ANGELINI, *Controlli dibattimentali sulla legalità delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2004, pp. 2082 e 2091).

³⁴ La contraddizione si riscontra anche ove l’azione cautelare sia stata esercitata in una fase precedente a quella dibattimentale (caso statisticamente ben più rilevante). A norma dell’art. 432 c.p.p., infatti, l’ordinanza restrittiva rimane allegata al fascicolo; trattandosi di un provvedimento motivato (ed in modo estremamente dovizioso, quantomeno secondo i rigidi dettami dell’art. 292 c.p.p.), il suo apparato argomentativo finisce per frustrare la scelta legislativa di un decreto che dispone il giudizio deliberatamente sguarnito di motivazione, proprio per non influenziare il giudice della fase successiva. Sarà poi sufficiente un’istanza di revoca

In astratto, negare che l'art. 291 c.p.p. debba trovare applicazione una volta approdati al giudizio potrebbe comportare un significativo vantaggio, ossia quello di precludere l'impiego a fini cautelari degli atti provenienti dalle indagini preliminari. In tale prospettiva, il ragionamento potrebbe articolarsi più o meno in questi termini: scartata la riferibilità dell'art. 291 c.p.p. a tale fase, anche la disciplina del cosiddetto *dossier* cautelare, racchiusa

o di sostituzione ex art. 299 c.p.p. affinché, oltre all'ordinanza, anche il materiale acquisito durante le indagini preliminari finisca sotto agli occhi del giudice dibattimentale per le sue valutazioni *de libertate*. In questo senso, si vedano Cass., Sez. I, 30 giugno 1993, Delli Gatti, in *Giust. pen.*, 1994, III, c. 624, nonché, Sez. II, 3 dicembre 2002, D'Alonzo, in *C.E.D. Cass.*, n. 225091; sebbene in mancanza di una posizione espressa sul problema dell'utilizzabilità, a fini cautelari, degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero una volta che si sia approdati al dibattimento, la medesima soluzione è indirettamente postulata anche da Corte cost. n. 51 del 12 febbraio 1997. Con tale pronuncia, pur non prendendo espressamente posizione sul problema dell'utilizzabilità, a fini cautelari, degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero una volta che si sia approdati al dibattimento, il giudice delle leggi ha sostanzialmente riconosciuto di trovarsi nell'impossibilità di dichiarare l'incompatibilità endoprocedimentale del giudice del dibattimento chiamato ad esprimersi in materia cautelare, poiché una tale soluzione determinerebbe una situazione di assoluta irragionevolezza della disciplina, non tanto – e non solo – rispetto all'art. 291 c.p.p., quanto soprattutto rispetto all'art. 299, in tema di revoca delle misure cautelari personali. L'introduzione di tale nuova ipotesi di incompatibilità genererebbe infatti questo perverso meccanismo: la permanenza della titolarità del giudizio in capo al giudice che ne è investito verrebbe a dipendere esclusivamente dall'atteggiamento della difesa, cui basterebbe presentare una richiesta di revoca in fase dibattimentale per determinare l'incompatibilità del giudice, con ciò determinando una violazione non solo dell'art. 3 (difetto di ragionevolezza della disciplina), ma anche dell'art. 25 comma 1 Cost. (in commento alla sent. n. 51 del 1997 si veda P.P. RIVELLO, *L'intervento de libertate da parte del giudice del dibattimento non determina un'incompatibilità al successivo giudizio di merito*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 467, che sembra aderire alla tesi prospettata dalla Corte). In termini problematici, v. però Corte cost. n. 440 del 1997, ove il giudice delle leggi sembra viceversa propendere per l'impossibilità, per il giudice sollecitato dalla difesa ai sensi dell'art. 299 c.p.p., di prendere cognizione degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero (l'impossibilità di accedere agli atti d'indagine sarebbe peraltro dovuta ad un'interpretazione restrittiva dell'art. 299 c.p.p. e non alla volontà di preservare la logica del doppio fascicolo, posto che «anche per la fase delle indagini preliminari, prima che sia introdotta l'udienza preliminare, manca una esplicita norma che abiliti il giudice investito di una richiesta di revoca o sostituzione di una misura ad accedere agli atti di indagine»). Sul tema si veda, diffusamente, G. TODARO, *Nodi irrisolti e aporie di sistema nella disciplina degli atti utilizzabili dal giudice del dibattimento in funzione cautelare*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1743 ss., cui si rinvia anche per i numerosi riferimenti bibliografici.

nella medesima disposizione, diventerebbe inapplicabile; il giudice potrebbe attivarsi d'ufficio e dovrebbe decidere sulla sola base degli atti contenuti nel fascicolo già a sua disposizione³⁵. Una tesi come questa costituirebbe un presidio alla separazione delle fasi, idoneo a garantire l'imparzialità del giudice rispetto agli atti formati fuori dal dibattimento.

Sia chiaro: una lettura di questo genere non è mai stata finora prospettata, né in dottrina né in giurisprudenza. Pur essendo stata sostenuta l'inutilizzabilità, a fini cautelari, degli atti compiuti durante la fase preliminare³⁶, il dogma della necessaria domanda del pubblico ministero non è mai stato finora messo in dubbio. Ciononostante, la segnalata tendenza legislativa ad erodere l'ambito applicativo del *ne procedat iudex ex officio* induce comunque ad affrontare anche questo profilo, conseguente alla possibile interferenza tra procedura *de libertate* e procedimento principale.

L'unico strumento davvero idoneo a sciogliere questa «irrisol-

³⁵ Il riconoscimento di un potere di decidere *ex officio* implicherebbe infatti l'indiretto riconoscimento di una (quantomeno tendenziale) autosufficienza decisoria, come se il giudice del dibattimento, in quanto tale, disponesse *ex se* degli elementi necessari a decidere non solo sulla regudicanda principale ma anche sulla questione cautelare.

³⁶ Sul tema è utile ricordare il dibattito parlamentare registratosi in occasione della conversione in legge dell'art. 2 d. l. 22 febbraio 1999, n. 29, operato con l. 21 aprile 1999, n. 109. Con il testo definitivamente approvato, in base al quale l'adempimento *ex art. 294 c.p.p.* deve essere svolto dal «giudice che ha deciso in ordine all'espletamento della misura cautelare», il legislatore ha sostanzialmente «prolungato» la competenza funzionale del giudice per le indagini preliminari che abbia disposto la misura cautelare in ordine allo svolgimento dell'interrogatorio di garanzia anche per l'ipotesi in cui l'interrogatorio debba essere compiuto durante l'udienza preliminare o la fase degli atti preliminari al dibattimento. Rispetto alla modifica originariamente apportata dal decreto legge, è importante segnalare il ritocco operato in sede di conversione, quando il legislatore ha stabilito la *perpetuatio* della competenza del giudice che ha disposto la misura (mentre in origine la modifica all'art. 294 comma 1 riconosceva la competenza in capo al «giudice competente a provvedere sulle misure cautelari»). Così come rilevato da D. NEGRI (in *Modifiche all'articolo 294 del codice di procedura penale*, in *Leg. pen.*, 1999, p. 479 ss.), alla attribuzione della competenza funzionale del giudice per le indagini preliminari anche nel caso di passaggio ad una fase successiva (udienza preliminare o, ipotesi più rilevante, giudice del dibattimento), «il Parlamento è giunto muovendo dal presupposto che il giudice del dibattimento non possa conoscere gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, neppure quando agisce in funzione di giudice *de libertate*».

vibile aporia sistematica»³⁷ è costituito dall'istituzione di un giudice *ad hoc* per la cautela³⁸. Si tratta di una soluzione più volte caldeggiata, non solo in dottrina, ma anche dalla Corte costituzionale³⁹, che a tutt'oggi non ha però ancora trovato accoglimento.

Allo stato della legislazione vigente sono state proposte diverse soluzioni, alternative all'eventuale esclusione del dibattimento dall'ambito applicativo dell'art. 291 c.p.p.

Da un lato, si è prospettata una preclusione alla rivalutazione della gravità indiziaria successivamente all'emissione di determinati provvedimenti decisori nell'ambito del procedimento principale.

Dall'altro lato, si è proposto di escludere, dal materiale probatorio utilizzabile a fini cautelari (ove l'incidente *de libertate* intersechi il procedimento principale), gli atti provenienti dalla fase preliminare⁴⁰. Ora: da qui a negare il divieto di iniziative *ex*

³⁷ L'espressione è tratta da D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 165.

³⁸ L'innesto di un giudice *ad hoc* consentirebbe di ovviare agli inconvenienti del cumulo di funzioni: da un lato, si preserverebbe la purezza cognitiva del giudice dibattimentale; dall'altro, si garantirebbe la possibilità di una verifica costante sul regime restrittivo, anche durante le indagini preliminari (cosa oggi non possibile, posto che il giudice di tale fase è legittimato ad intervenire d'ufficio *in bonam partem* solo in ipotesi specifiche, menzionate dall'art. 299 comma 3 c.p.p.). Per questa soluzione, in dottrina, si vedano: H. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex officio*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 142; O. MAZZA, *Il progressivo ampliamento delle incompatibilità del giudice*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 1408; E. MARZADURI, *Misure cautelari personali. Dig. disc. pen.*, Utet, Torino, 1994, VIII, p. 69, nota n. 51; ID., *Tutela dell'imparzialità del giudice ed emissione di provvedimenti sulle misure cautelari personali*, in AA.VV., *I nuovi binari del processo penale. Tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 223, nonché, ID., *Giusto processo e misure cautelari*, in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R.E. Kostoris, Giappichelli, Torino, 2002, p. 256; D. NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 165 ss. In proposito, si veda anche G. GARUTI, *Incompatibilità del giudice e udienza preliminare*, in *Giur. Cost.*, 1997, p. 596, e G. TODARO, *op. cit.*, p. 1743 ss.

³⁹ Si allude alla già citata (cfr. *retro*, nota 34) pronuncia n. 51 del 1997, con cui il giudice delle leggi, tenendo ben fermo il presupposto della diversità tra le fasi, escludeva che l'emissione di un provvedimento cautelare all'interno della medesima fase possa dirsi foriera di incompatibilità del giudicante.

⁴⁰ La prima opinione è espressa da A. NAPPI, *Ancora un discutibile intervento della Corte costituzionale sul nuovo processo penale*, *Gazz. Giur.*, 1996, f. 15, p. 4. Per la seconda, v. F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2006, p. 888, secondo cui «quando [...] la richiesta cautelare segua al rinvio a giudizio, il sistema vuole che l'orizzonte sia circoscritto al fascicolo del dibattimento», M. DANIELE, *Fumus delicti*

officio il passo potrebbe essere breve. Infatti, malgrado il contenuto precettivo dell'art. 291 comma 1 c.p.p. sia duplice – l'imposizione della necessaria richiesta e l'individuazione delle relative allegazioni – la volontà di escludere che la richiesta cautelare promossa in dibattimento possa accompagnarsi all'allegazione di atti provenienti dalla fase preliminare potrebbe indurre a confinare l'ambito applicativo dell'intero art. 291 c.p.p. alla sola fase preliminare.

Del resto, è proprio la circostanza che molti rinvergono

ex art. 275 c.p.p. e decisione di rinvio a giudizio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1034, G. FRIGO, *Commento all'art. 432 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, Utet, Torino, 1990, IV, p. 738, nonché G. SPANGHER, *Le nuove disposizioni sulla competenza per materia e l'interrogatorio di garanzia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 275; v. anche R. BRICHETTI, *Fino all'apertura del dibattimento spetta al g.i.p. svolgere l'esame di garanzia*, in *Guida dir.*, 1999, f. 18, p. 24; in giurisprudenza, in questa ultima direzione, si veda Cass., Sez. 1, 10 gennaio 1994, Guidotto, in *Giust. pen.*, 1995, III, c. 218, che afferma l'utilizzabilità ai fini cautelari degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero e non solo di quelli che andranno a comporre il fascicolo dibattimentale, finché «non sia ancora chiusa, nonostante il rinvio a giudizio [...] la fase che si svolge dinanzi al g.i.p.», e cioè fino alla trasmissione degli atti al giudice dibattimentale. La prima tesi, oltre a non risolvere il problema con riferimento alle esigenze cautelari (la cui valutazione di non può ritenersi "assorbita" da provvedimenti che al massimo possono coprire la sola gravità indiziaria), finirebbe oggi per risultare non troppo utile anche rispetto al *fumus commissi delicti*: nonostante il contrario avviso espresso in passato dalla giurisprudenza, così come affermato anche dalla Corte costituzionale (con la pronuncia n. 71 del 1996) e dalle Sezioni Unite (con la sent. 30 ottobre 2002, Vottari), il decreto che dispone il giudizio, che determina il passaggio dalla fase preliminare a quella dibattimentale, non può infatti dirsi comprensivo anche della valutazione ex art. 275 c.p.p.; di conseguenza, il cosiddetto assorbimento potrebbe operare solo a fronte di una condanna, ma non già nell'ambito del dibattimento di primo grado. La seconda tesi, oltre a non considerare l'estraneità dei *pericula libertatis* dalla regiudicanda processuale, trascura anche l'assenza di materiale probatorio su cui fondare un'eventuale richiesta cautelare promossa quando ancora l'istruzione probatoria non è giunta alla sua conclusione. Si pensi – per limitarsi ad un esempio particolarmente nitido – al caso in cui l'azione cautelare venga promossa durante gli atti preliminari al dibattimento, quando ancora il fascicolo dibattimentale è tendenzialmente sguarnito di atti a contenuto probatorio: negare l'impiego a fini cautelari di atti d'indagine implicherebbe la sostanziale impossibilità, per il pubblico ministero, di porre il tema cautelare in questa fase. Secondo E. MARZADURI, voce *Misure cautelari personali*, cit., p. 65 ss., «ciò potrebbe comportare una ingiustificata e pericolosa "immunità" cautelare per l'imputato» Più in generale, la dottrina ha rilevato che è soltanto occasionale «l'ipotesi che la pronuncia *de libertate* intervenga contestualmente alla decisione sul merito, così da permettere, ai fini cautelari, una cognizione piena e sempre coincidente con tutte le prove acquisite in dibattimento, senza necessità di integrazioni dal fascicolo del pubblico ministero» (D. NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 168 ss.).

nell'art. 275 comma 2 *ter* c.p.p. un caso di esercizio officioso del potere cautelare ad indurre questo genere di preoccupazione. Sostenere l'applicabilità della misura cautelare d'ufficio (sia pure nelle sole ipotesi di cui all'art. 275 comma 2 *ter* c.p.p.) implica giocoforza sostenere che il giudice, in questo caso, debba ritenersi in possesso di tutti gli elementi necessari alla sua decisione: è questa (evidentemente) la ragione per cui dovrebbe ritenersi superflua la richiesta dell'inquirente⁴¹. Facile a questo punto rovesciare il ragionamento: una volta che si affermi l'inutilizzabilità, ai fini cautelari, di atti provenienti dalla fase preliminare, si potrebbe anche concludere per la superfluità della richiesta del pubblico ministero, il cui impulso non sarebbe più reso necessario dall'esigenza di portare al giudice elementi probatori sulla base dei quali decidere⁴².

⁴¹ Cfr., in proposito, la pronuncia Cass. Sez. VI, 21 agosto 1997, Comito, in *Riv. pen.*, 1998, p. 820, secondo cui «qualora il pubblico ministero abbia investito della richiesta il giudice del dibattimento all'esito dell'istruttoria dibattimentale, non è applicabile il disposto dell'art. 291, comma primo, c.p.p., in base al quale il pubblico ministero deve presentare gli elementi su cui la richiesta si fonda, in quanto all'esito del dibattimento il giudice è ormai venuto a conoscenza di tutti gli elementi utili per la decisione» (fattispecie in cui la misura era stata applicata dal giudice del dibattimento con ordinanza emessa dopo la sentenza di condanna). Conformi: Sez. VI, 21 agosto 1997, Metastasio (non massimata), e Sez. II, 3 ottobre 1996, Rivolli (non massimata).

⁴³ In proposito, si consideri che la Corte costituzionale, con una sentenza (la n. 238 del 1997) concernente i rapporti tra richiesta e ordinanza di sospensione dei termini di durata della custodia cautelare per l'ipotesi disciplinata dal comma 2 dell'art. 304 c.p.p. (ipotesi fondata sulla particolare complessità del dibattimento ed il rientrare i reati contestati nella previsione dell'art. 407 c.p.p.), ha avuto modo di affermare, testualmente, che «può senz'altro dubitarsi della effettiva coerenza della scelta legislativa di trasferire l'apprezzamento di simili presupposti in capo al pubblico ministero al punto da averlo configurato alla stregua di titolare esclusivo del potere di iniziativa in ordine al provvedimento di sospensione, considerata, da un lato, la specifica e già segnalata natura "oggettiva" di quei parametri di valutazione e, dall'altro, la circostanza che gli stessi ruotano attorno alle esigenze connesse alla gestione di una fase ormai riservata all'organo del dibattimento». L'affermazione della Corte, per quanto strettamente connessa alle peculiarità dell'istituto *ex art. 304 comma 2 c.p.p.* (e segnatamente ai presupposti per disporre tale tipo di sospensione dei termini), è comunque sintomatica di un approccio che sembra considerare non indiscutibile il principio della domanda cautelare una volta che il processo sia approdato al giudizio. Sui rapporti tra principio della domanda e art. 304 c.p.p. v. *infra*, cap. VI, par. 1.3.

⁴² Cfr., in proposito, la pronuncia Cass. Sez. VI, 21 agosto 1997, Comito, in *Riv. pen.*, 1998, p. 820, secondo cui «qualora il pubblico ministero abbia investi-

5.1. *L'esigenza di affermare l'intangibilità del principio, anche in una prospettiva de iure condendo*

Una soluzione come quella appena descritta, oltre a tradire la logica del processo di parti, svaluterebbe anche la peculiarità della regiudicanda *de libertate*, che si compone di due profili irriducibili: i gravi indizi di colpevolezza e una o più tra le esigenze cautelari tipizzate dal legislatore.

I *pericula libertatis* implicano infatti un riferimento al mondo esterno al processo, nella sua attualità (potenzialmente) in trasformazione, e determinano l'impossibilità di sovrapporre la regiudicanda dell'incidente cautelare a quella del procedimento principale: sebbene l'oggetto dei due giudizi tendenzialmente coincida quanto alla gravità indiziaria, lo stesso non può dirsi per le esigenze cautelari⁴⁵. Sostenere che il giudice del dibattimento debba

to della richiesta il giudice del dibattimento all'esito dell'istruttoria dibattimentale, non è applicabile il disposto dell'art. 291, comma primo, c.p.p., in base al quale il pubblico ministero deve presentare gli elementi su cui la richiesta si fonda, in quanto all'esito del dibattimento il giudice è ormai venuto a conoscenza di tutti gli elementi utili per la decisione» (fattispecie in cui la misura era stata applicata dal giudice del dibattimento con ordinanza emessa dopo la sentenza di condanna). Conformi: Sez. VI, 21 agosto 1997, Metastasio (non massimata), e Sez. II, 3 ottobre 1996, Rivolli (non massimata). In proposito, si consideri che la Corte costituzionale, con una sentenza (la n. 238 del 1997) concernente i rapporti tra richiesta e ordinanza di sospensione dei termini di durata della custodia cautelare per l'ipotesi disciplinata dal comma 2 dell'art. 304 c.p.p. (ipotesi fondata sulla particolare complessità del dibattimento ed il rientrare i reati contestati nella previsione dell'art. 407 c.p.p.), ha avuto modo di affermare, testualmente, che «può senz'altro dubitarsi della effettiva coerenza della scelta legislativa di trasferire l'apprezzamento di simili presupposti in capo al pubblico ministero al punto da averlo configurato alla stregua di titolare esclusivo del potere di iniziativa in ordine al provvedimento di sospensione, considerata, da un lato, la specifica e già segnalata natura "oggettiva" di quei parametri di valutazione e, dall'altro, la circostanza che gli stessi ruotano attorno alle esigenze connesse alla gestione di una fase ormai riservata all'organo del dibattimento». L'affermazione della Corte, per quanto strettamente connessa alle peculiarità dell'istituto *ex art. 304 comma 2 c.p.p.* (e segnatamente ai presupposti per disporre tale tipo di sospensione dei termini), è comunque sintomatica di un approccio che sembra considerare non indiscutibile il principio della domanda cautelare una volta che il processo sia approdato al giudizio. Sui rapporti tra principio della domanda e art. 304 c.p.p. v. *infra*, cap. VI, par. 1.3.

⁴⁵ Mentre i gravi indizi di colpevolezza individuano un fatto processuale che presenta un'importante attinenza con l'oggetto dell'imputazione e con le norme di diritto sostanziale (tanto da configurare una sostanziale anticipazione del giudizio

(o comunque possa) ricostruirne la sussistenza sulla mera base degli atti acquisiti al processo finirebbe infatti per trascurare questa fondamentale differenza⁴⁴. Se la valutazione della gravità indiziaria insiste sull'oggetto dell'imputazione, relativo ad un evento passato, le esigenze cautelari, per quanto spesso desumibili dai medesimi atti a contenuto probatorio che dimostrano il *fumus commissi delicti*, si proiettano interamente nel futuro, postulando un aggiornamento costante ad evenienze che, essendo (almeno in linea di principio) estranee all'oggetto del dibattimento, potrebbero non emergere nell'ambito dello stesso, o comunque non emergere in termini di attualità⁴⁵.

Escluso che la prova dei fatti processuali di cui all'art. 274 c.p.p. (quantomeno di quelli di cui alle lettere *a* e *b*) possa essere raggiunta mediante le rigide scansioni, ed i tempi dilatati, del procedimento probatorio dibattimentale (che frustrerebbe altresì l'imprevedibilità caratteristica degli interventi cautelari), è evidente che la valutazione

di condanna), i pericoli tipizzati dall'art. 274 c.p.p. sembrerebbero identificare «situazioni giuridiche riconducibili a norme processuali in senso stretto» (D. NEGRI, *op. ult. cit.*, p. 134).

⁴⁴ Ciò suggerisce l'utilizzabilità a fini cautelari anche degli atti formati fuori dal dibattimento, in conformità con la concezione relativistica della prova accolta dal codice, ed in base alla quale uno stesso elemento probatorio potrebbe essere impiegato a determinati fini (ad esempio: a scopi cautelari) e non ad altri, anche all'interno della medesima fase processuale: E. MARZADURI, *Misure cautelari*, cit., p. 66, nonché D. NEGRI, *Modifiche all'articolo 294 del codice di procedura penale*, cit., p. 479.

⁴⁵ Né, del resto, potrà dirsi che il principio del contraddittorio nella formazione della prova debba necessariamente operare rispetto alla prova delle esigenze cautelari: se non bastasse rilevare l'assenza di contraddittorio anticipato per le limitazioni della libertà personale imposte a norma degli artt. 291 e ss. c.p.p. (e si tratta di un argomento decisamente robusto, posto che sarebbe difficile comprendere in base a quali ragioni all'assenza di contraddittorio anticipato, caratteristica del procedimento applicativo vigente nella fase preliminare, dopo l'esercizio dell'azione penale dovrebbe poi sostituirsi una così rigorosa tutela del diritto al contraddittorio), pare oltremodo significativo che l'art. 526 c.p.p., baluardo codicistico del principio della separazione delle fasi, imponga al giudice il divieto di utilizzare «prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento» soltanto «ai fini della deliberazione della sentenza», con una delimitazione implicitamente confermata dal comma 1 *bis*, nella parte in cui si riferisce alla «prova della colpevolezza» (per queste considerazioni cfr. D. NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 172; in senso contrario, si veda M. Busetto, *La provata condotta illecita fra Costituzione e codice*, ed. prov., Bologna, 2002, p. 107).

in termini di necessaria “attualità” delle esigenze cautelari (attualità dal codice esplicitata soltanto con riferimento alla lett. *a* dell’art. 274 c.p.p., ma che deve ritenersi sottesa a tutti e tre i *pericula libertatis* tipizzati dal legislatore) non potrà che essere garantita attraverso la possibilità, per le parti (e dunque non soltanto il pubblico ministero richiedente, ma anche, nell’opposta prospettiva, la difesa) di produrre elementi che rispecchino la realtà presente del mondo esterno al processo.

Ciò rende ineluttabile il procedimento applicativo stabilito (non a caso) in termini generali dagli artt. 291 ss. c.p.p., e dunque la richiesta del pubblico ministero, l’unico organo deputato a monitorare l’effettiva sussistenza dei rischi tipizzati dall’art. 274 c.p.p.

La domanda del pubblico ministero si impone dunque, oltre che per la sua rispondenza alla logica di un processo di parti (logica che risulterebbe tradita dall’attribuzione di un così incisivo potere d’intervento *ex officio*), anche per preservare l’eterogeneità della fattispecie cautelare rispetto alla regiudicanda di merito: è il pubblico ministero a dover dimostrare l’attualità delle esigenze cautelari, visto che queste implicano un giudizio prognostico fondato su circostanze presenti e non necessariamente rappresentate nel processo.

Con questo non s’intende negare che i *pericula libertatis* possano essere desunti da elementi intranei al dibattimento: di regola, anzi, questa corrispondenza si verifica; né potrebbe essere altrimenti. Nel caso di cui all’art. 274 lett. *c* c.p.p. il nesso è addirittura contemplato dalla legge⁴⁶; e anche i pericoli di inquinamento probatorio e di fuga, idealmente più lontani dalla regiudicanda, possono emergere da prove assunte in rapporto all’imputazione principale. Ciò detto, un conto è prendere atto di questa probabile e naturale sovrapposizione probatoria, altro affermare come giuridicamente necessaria l’autosufficienza dell’istruzione dibattimentale anche ai fini cautelari⁴⁷. Così facendo, si rischierebbe oltretutto di avallare fenomeni

⁴⁶ L’art. 274 lett. *c* c.p.p., nell’elencare gli elementi da cui il giudice deve desumere l’eventuale pericolo di commissione di determinati reati, menziona infatti anche le «specifiche modalità e circostanze del fatto».

⁴⁷ Ciò induce quindi una certa perplessità rispetto all’*obiter dictum* espresso nella decisione con cui le Sezioni Unite hanno di recente escluso la necessità di procedere ad interrogatorio di garanzia nel caso in cui la custodia cautelare venga

induttivi azzardati, stereotipi e pericolose scorciatoie argomentative in sede di motivazione dei provvedimenti coercitivi⁴⁸.

Queste constatazioni, lungi dall'individuare un semplice parametro per interpretare la disciplina vigente (che, a parte le incertezze alimentate da interventi riformatori propagandistici e settoriali, è improntata ad un generale divieto di iniziative *ex officio*), dovrebbero costituire anche una direttiva per il legislatore futuro: pur nella eterogeneità che caratterizza i tre *pericula libertatis* codificati dal legislatore, le esigenze cautelari presuppongono infatti l'autonomia e l'irrinunciabilità dell'iniziativa del pubblico ministero, sensore sul mondo esterno, mentre il giudice si interroga su un fatto passato (il fatto oggetto dell'imputazione). L'idea di negare la necessità della richiesta cautelare in seno al dibattimento (o al termine dello stesso, o al termine del giudizio di appello, come secondo alcuni già oggi farebbe l'art. 275 comma 2 *ter* c.p.p.), pur consentendo di

disposta per la prima volta dopo la pronuncia della sentenza di condanna, e stando al quale (peraltro coerentemente con quanto già in precedenza espresso dalla Corte costituzionale nelle pronunce nn. 267 e 359 del 2008) «le esigenze cautelari poste a fondamento dell'ordinanza impositiva emessa dopo la condanna non possono essere che quelle emerse dai fatti e dalle circostanze accertati nel corso del dibattimento, cosicché il successivo interrogatorio di garanzia costituirebbe una duplicazione della medesima garanzia rappresentata dal pieno e previo contraddittorio della istruttoria dibattimentale» (Sez. Un., 22 gennaio 2009, La Mari, in *C.E.D. Cass.*, n. 243028).

⁴⁸ E la prassi non può certi dirsi immune da sbandamenti, così come è indirettamente attestato dalle modifiche operate nel 1995 – tra l'altro, ma non solo – sull'art. 274 c.p.p., volte appunto a contrastare un preoccupante lassismo nel motivare i provvedimenti cautelari. Limitandosi agli esempi più eclatanti, rispetto al pericolo di inquinamento probatorio risulta addirittura paradigmatico il già citato innesto operato dall'art. 3 della l. n. 332 del 1995, che ha avvertito l'esigenza di chiarire il divieto di ravvisare i sintomi di tale pericolo nel semplice esercizio del diritto al silenzio da parte dell'imputato. E quanto al pericolo di fuga, basti menzionare quella giurisprudenza (fortunatamente esigua, poi smentita dalle Sezioni Unite: cfr. Sez. Un., 11 luglio 2001, Litteri e altri, in *Cass. pen.* 2002, p. 36, con nota di M.L. Di BRUNTO) che – addirittura esplicitamente – è giunta a ritenere la condanna ad una pena di rilevante entità quale sintomo di per sé solo idoneo a fondare il pericolo di cui all'art. 274 lett. *b* c.p.p. (cfr. Cass., Sez. II, 27 marzo 1998, Ciresi, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, p. 564, Sez. I, 18 gennaio 1998, Esposito, *ivi*, 1996, p. 640, Sez. I, 14 luglio 1994, Corona, *ivi*, 1995, p. 499; v. peraltro, pur dopo la pronuncia delle Sezioni Unite, Sez. I, 4 dicembre 2001, in *C.E.D. Cass.*, n. 221338). Entrambi gli esempi menzionati, a ben vedere, configurano ipotesi in cui le esigenze cautelari possono essere facilmente dimostrate sulla base di elementi probatori emersi dall'istruzione dibattimentale.

salvaguardare la verginità cognitiva del giudice dibattimentale, finirebbe per smentire l'autonomia della fattispecie cautelare rispetto all'oggetto del procedimento di merito. Ma l'autonomia strutturale, caratteristica della procedura applicativa delineata dagli artt. 291 ss. c.p.p., riflette la diversità tra le due fattispecie; per questo non sembra doversi mettere in dubbio discutibile la cogenza universale della necessaria richiesta.

CAPITOLO II

CARATTERI GENERALI DELLA RICHIESTA CAUTELARE

1. *Obbligatorietà della richiesta cautelare?*

La conclusione appena raggiunta – circa l'impossibilità, per il giudice, di attivarsi *ex officio* in ordine all'applicazione delle misure cautelari – induce ad interrogarsi sulla configurabilità dell'iniziativa del pubblico ministero in termini di dovere.

Il quesito trae origine dagli scopi del sistema cautelare, «diretto ad assicurare il risultato del processo»¹, e si alimenta anche in forza del tenore della legge delega, che alla direttiva n. 59 descrive la posizione soggettiva del pubblico ministero e del giudice in termini di «potere-dovere»².

¹ G. DE LUCA, *Lineamenti della tutelare cautelare penale: la carcerazione preventiva*, Cedam, Padova, 1953, p. 16, P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Cedam, Padova, 1936, G. FOSCHINI, *Le cautele penali*, in *Scuola pos.*, 1956, p. 127. Stante la disciplina codicistica la definizione (come specificheremo subito) è incompleta, in quanto non comprensiva dell'esigenza cautelare rubricata *sub art. 274 lett. c c.p.p.*

² L'impiego di tale locuzione, già di per sé significativo, lo diventa ancor di più ove confrontato con la delega legislativa del 1974, che, diversamente da quella del 1987, si esprimeva in termini di «possibilità». La scelta lessicale della delega del 1974 era evidenziata da D. SIRACUSANO, *Problemi attuali della discrezionalità in diritto penale (spunti processuali)*, in *Ind. pen.*, 1976, p. 445 (ove l'autore richiama altresì il tenore della risoluzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 9 aprile 1965, per cui «la détention préventive ne doit jamais être obligatoire»). In proposito, si segnala la presenza, nell'ambito della legge delega, di un ampio ventaglio di sfumature lessicali, impiegate in relazione a varie iniziative del pubblico ministero: accanto all'espressione potere-dovere, figura anche l'«obbligo» (ad esempio, quello di iscrivere la notizia di reato: cfr. direttiva n. 35, come pure quello di liberare immediatamente l'arrestato ove non sussistano i presupposti dell'arresto: direttiva n. 34), il «potere» (ad esempio, quello di interrogare l'imputato: diret-

Per i pericoli di inquinamento probatorio e di fuga, connotati da uno stretto legame tra iniziativa cautelare ed azione penale³, è poi evidente la connessione con l'art. 112 Cost.: la *ratio* dell'obbligatorietà dell'azione penale dovrebbe estendersi all'incidente cautelare, tanto da configurare, anche rispetto alla domanda di cui all'art. 291 c.p.p., un vero e proprio potere vincolato⁴. Tale soluzione pare conseguente alla *ratio* del principio costituzionale, tesa a garantire l'affermazione dell'ordinamento nel pieno rispetto dei principi di legalità e di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge (oltre che l'indipendenza del pubblico ministero nell'esercizio della sua funzione⁵: valore,

tiva n. 37), o la «possibilità» (ad esempio, la possibilità, per il pubblico ministero, di disporre direttamente l'intercettazione nei casi d'urgenza).

³ Il legame riguarda peraltro profili distinti: quanto al pericolo di fuga, l'applicazione della misura è chiaramente strumentale a garantire l'esecuzione della pena per l'ipotesi di un'eventuale condanna definitiva (opportuno sottolineare come la legge delega del 1974 non contemplasse questa finalità cautelare, ma che, ciononostante, il Progetto preliminare del 1978 l'avesse espressamente prevista). La previsione di cui all'art. 274 lett. a c.p.p., viceversa, mira a proteggere la possibilità stessa dell'accertamento, ed individua la finalità cautelare tradizionalmente ritenuta più ortodossa rispetto ai principi costituzionali (V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 68).

La forza del nesso che lega l'iniziativa cautelare all'azione penale risulta indirettamente attestata dalla giurisprudenza che ritiene l'ordinanza cautelare emessa in assenza di richiesta ex art. 291 c.p.p. affetta da nullità assoluta (si tratta di un orientamento pacifico: v., tra le numerose pronunce, Cass., Sez. III, 14 ottobre 2008, P.M. in proc. Collantoni, in *C.E.D. Cass.*, n. 241532, Sez. VI, 10 luglio 2008, Maazouzi, *ivi*, n. 240799, Sez. III, 8 ottobre 1998, Corigliano, in *Cass. pen.* 2000, p. 427, che si riferisce all'applicazione di una misura più grave di quella sollecitata dal pubblico ministero; Sez. fer., 6 settembre 1990, Palma, *ivi*, 1991, II, p. 356; Sez. fer., 14 settembre 1991, Ahmetovic, in *Foro it.*, 1992, II, p. 134), ora confermato anche dalle Sezioni Unite: Sez. Un., 22 gennaio 2009, Novi, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4157.

⁴ Non così per l'esigenza di tutela della collettività, che postulando istanze di pura difesa sociale, non implica alcun rapporto con l'obbligatorietà dell'azione penale, essendo ben più vicina ad una misura di prevenzione, tra l'altro difficilmente conciliabile con l'art. 27 comma 2 Cost. (continua ad esprimere dubbi sulla compatibilità costituzionale dell'esigenza di tutela della collettività, tra gli altri, G. ILLUMINATI, da ultimo in *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari*, in AA.VV., *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di G. Conso, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 395; v. anche, recentemente e diffusamente, P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 131 ss.).

⁵ V. Corte cost., sent. 26 luglio 1979, n. 84, che così testualmente afferma: «l'obbligatorietà dell'azione penale ad opera del pubblico ministero, già reintrodotta nell'ordinamento con il d.l.l. 14 novembre 1944 n. 288 (art. 6), è stata costitu-

quest'ultimo, a sua volta strumentale all'attuazione del principio di uguaglianza).

Seguendo questa prospettiva, si dovrebbe affermare che, una volta compiuto il vaglio sotteso ad ogni istanza *ex art.* 291 c.p.p. – riguardante la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, di (almeno) una tra le esigenze cautelari codificate dall'art. 274 c.p.p., oltre che del *nomen iuris* del reato oggetto di accertamento – il pubblico ministero debba ritenersi obbligato ad aprire l'incidente *de libertate* (come pure, coerentemente, ad investire il giudice della necessità di aggravare il regime cautelare precedentemente disposto).

Pur con queste premesse, analizzando il codice si deve però constatare che il sistema non impone *expressis verbis* al pubblico ministero di attivare l'incidente cautelare. Evidente è l'assenza di meccanismi di controllo in ordine all'omessa instaurazione della relativa procedura; di istituti, per intendersi, che siano in qualche modo equiparabili all'archiviazione e ai suoi possibili sbocchi, quali le indagini coatte, l'imputazione coatta e la possibilità di disporre l'avocazione riconosciuta al Procuratore generale presso la Corte d'appello⁶. Ne consegue la difficoltà di assicurare una effettiva possibilità di controllo sulle scelte del pubblico ministero in ordine all'insacco dell'incidente cautelare⁷.

zionalmente affermata come elemento che concorre a garantire, da un lato, l'indipendenza del pubblico ministero nell'esercizio della propria funzione, e, dall'altro, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale».

⁶ Il codice contempla infatti tre sole ipotesi di avocazione, agli artt. 372, 409 e 412 c.p.p.

⁷ In proposito sembra però opportuno ricordare quanto sostenuto dalla dottrina in ordine alla presenza di meccanismi sanzionatori: per quanto la presenza della sanzione sia «rilevatrice sicura dell'esistenza di un vero e proprio dovere giuridico», non si può tuttavia escludere l'esistenza di «doveri sforniti di sanzione» (S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1956, p. 23). «Il fatto di ravvisare una situazione soggettiva di dovere in presenza di ogni norma statale ipotizzante lo schema di una condotta ovvero di confinare il fenomeno nei più angusti limiti delle sole norme che alla previsione di un contegno in chiave di dover essere fanno seguire la minaccia di una sanzione per il caso che la condotta in concreto realizzata diverga dalla fattispecie legale non dipende tanto da una posizione di pensiero rispetto a cui sia possibile una dimostrazione in termini di logica formale, quanto da una scelta preliminare nella quale giocano fattori in larga misura dipendenti dal particolare orientamento culturale del singolo giurista (F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale: studi sulle dottrine generali del processo penale*, Giappichelli, Torino, 1956, p. 110).

Dunque, salve ipotesi peculiari (quale potrebbe essere quella di cui all'art. 275 comma 3 seconda parte, o quella di cui all'art. 276 comma 1 *ter*, o quella, su cui più lungamente ci si è soffermati, di cui all'art. 275 comma 2 *ter* c.p.p.⁸), il codice non si esprime mai in termini perentori. Il combinato disposto degli artt. 291 e 292 c.p.p., ponendo l'accento precettivo sulla scansione del procedimento come fattispecie "a formazione progressiva" (che dunque implica l'intervento di due diversi soggetti) non chiarisce, infatti, la posizione soggettiva dell'inquirente, limitandosi a stabilire che il giudice si attiva «su richiesta del pubblico ministero».

Prima di procedere, sembra utile prendere le mosse dall'importante salto qualitativo operato con la soppressione del mandato e dell'ordine di cattura obbligatori, per chiarire subito un possibile equivoco.

Nel sistema abrogato la cattura obbligatoria era normativamente costruita su una presunzione (assoluta) di pericolosità dell'imputato nei cui confronti sussistessero «sufficienti indizi» di colpevolezza rispetto a determinate fattispecie delittuose: da qui il conflitto con l'art. 27 comma 2 Cost., inevitabile ove si limitino i presupposti della coercizione alla sola verifica della gravità indiziaria per un certo titolo di reato⁹. La presa d'atto dell'inconciliabilità tra questo istituto e la presunzione di non colpevolezza ha conseguentemente indotto il legislatore del 1988 ad evitarne la riedizione, e più in generale sembra avere suggerito il ripudio di rigide predeterminazioni legislative in ordine alla limitazione della libertà personale.

⁸ Le disposizioni appena richiamate saranno oggetto di trattazione rispettivamente ai paragrafi 3, 1.2 e 2 del cap. VI.

⁹ Infatti, sebbene una rigida definizione normativa del dovere di cattura possa astrattamente assicurare un più rigoroso rispetto della riserva di legge *ex art.* 13 Cost. (evitando altresì possibili sperequazioni nel trattamento di situazioni analoghe), il dovere di cattura così come disciplinato nel sistema previgente era di fatto inconciliabile la presunzione di non colpevolezza. V., per tutti, V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., p. 131 ss., G. ILLUMINATI, *Presunzione d'innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 969 ss. Sotto la vigenza dell'odierno codice, simili censure sono state proposte (e respinte in modo non convincente dalla Corte costituzionale: ord. n. 450 del 1995) rispetto al particolare regime previsto dall'art. 275 comma 3 II parte, che, facendo ricorso a presunzioni legali, di fatto evocano la cattura obbligatoria. Su quest'ultimo istituto v. *infra*, cap. VI, par. 3.

Ciononostante, l'esercizio del potere coercitivo deve comunque essere coniugato in termini di doverosità¹⁰, in ossequio alla prospettiva della riserva di legge *ex art. 13 comma 2 Cost.* che vuole «ridotti al minimo i margini di discrezionalità lasciati alla medesima autorità giudiziaria in una materia tanto delicata»¹¹; l'essenziale è che il dovere di catturare non sia legato al solo riscontro del *fumus commissi delicti*.

Descrivere l'iniziativa cautelare in termini di dovere, infatti, potrebbe innescare, quale riflesso istintivo ed immediato, una forma di diffidenza ideologica, dovuta al retaggio della cattura obbligatoria. Ma in realtà, ciò che va rifiutato è l'automatismo legato al mero riscontro dei gravi indizi di colpevolezza (che infatti rende difficilmente giustificabili sul piano costituzionale disposizioni come l'art. 275 comma 3, II parte, c.p.p.), e non l'affermazione di doverosità dell'iniziativa cautelare, che, al pari di quella che caratterizza l'azione penale, costituisce diretta espressione del principio di legalità.

Necessario, dunque, mantenere ben distinto il concetto di doverosità dell'iniziativa *ex art. 291 c.p.p.* dall'automatismo fondato sul mero riscontro del *fumus commissi delicti*.

Entrando nel merito della questione, il confronto con la perentorietà della disciplina dell'arresto obbligatorio conferma l'esistenza di una maggior flessibilità circa la scelta di fare ricorso alla tutela cautelare¹². Segnatamente, due sembrano gli ordini di

¹⁰ Così come del resto potrebbe ritenersi indirettamente attestato dall'art. 68 Cost. nel suo testo precedente alla riforma operata con l. cost. del 29 ottobre 1993, n. 3, posto l'esplicito riferimento ivi contenuto all'istituto della cattura obbligatoria (cfr. V. GREVI, *op. ult. cit.*, p. 137).

¹¹ *Ibidem*, p. 137. In proposito, v. anche quanto rilevava P. NUVOLONE (*Legalità penale, legalità processuale e recenti riforme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 12 ss.), secondo cui «sotto un certo aspetto, la discrezionalità appare più razionale e conforme al principio costituzionale di non colpevolezza fino alla sentenza definitiva, sì che la detenzione preventiva appaia giustificata solo da finalità processuali e non dalla gravità del reato; sotto altri aspetti (certezza del diritto e difesa della società dalla delinquenza più pericolosa) appare più congruo il sistema della stretta legalità (corretto, evidentemente, dai termini di custodia preventiva e dalla possibilità di concedere la libertà provvisoria)».

¹² È significativo, al riguardo, che il nostro sistema tuttora conosca fattispecie in cui la restrizione della libertà personale è espressamente definita come obbligatoria: ma – diversamente da quanto può riscontrarsi rispetto ai presupposti applicativi delle misure cautelari – le ipotesi di arresto *ex art. 380 c.p.p.* postulano evi-

fattori che incidono sulle valutazioni a monte dell'adozione (e, ancor prima, della richiesta) di provvedimenti cautelari personali: il primo discende dall'impossibilità di prestabilire nel dettaglio le circostanze e le condizioni che impongono e giustificano l'esercizio del potere coercitivo; il secondo attiene all'alto grado di discrezionalità che connota le scelte del pubblico ministero in ordine all'impostazione della strategia accusatoria, anche e soprattutto rispetto alle scansioni cronologiche da imprimere alle indagini (e che, di conseguenza, potrebbe caratterizzare anche l'inesco della procedura *de libertate*).

Quanto al primo ordine di fattori, oltre alla difficoltà di una rigida definizione legislativa delle esigenze cautelari (più faticose da scolpire rispetto ai presupposti dell'arresto, così come è indirettamente dimostrato dalla novella del 1995¹³), va sottolineato come con la cautela si guardi in avanti, si preveda il futuro: le valutazioni del pubblico ministero (come pure, in seconda battuta, quelle del giudice chiamato a pronunciarsi sulla richiesta), hanno un oggetto scivoloso, e individuano un giudizio probabilistico-prognostico che necessariamente si affida ad un'attenta valutazione del singolo caso concreto¹⁴. La verifica si complica poi anche alla luce della sinergia

denze fattuali tassative, per loro natura più semplici da accertare. Oltretutto, l'arresto è probabilmente configurato in termini obbligatori per sottrarre alla polizia quella discrezionalità valutativa che il legislatore ha opportunamente riservato alla sola autorità giudiziaria chiamata ad intervenire in tempi rigorosamente predeterminati e concisi. Non a caso pare difficile da giustificare la disciplina dell'arresto facoltativo *ex art. 381 c.p.p.*, che, benché congegnata in modo tale da rappresentare – almeno apparentemente – il difetto di tassatività della fattispecie (legato alla valutazione sulla «gravità del fatto» o della «pericolosità del soggetto») in termini favorevoli all'indiziato, suscita perplessità in ordine al difetto di tassatività riscontrabile in rapporto ai relativi presupposti. In proposito si veda, ancorché rispetto alla disciplina del codice abrogato, V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. dir.*, 1974, XXIV, p. 352.

¹³ Scettico verso la moltiplicazione di definizioni ed aggettivi operata dall'art. 3 della l. 332 del 1995, che ha riformulato l'art. 274 c.p.p., è G. ILLUMINATI, *Commento all'art. 3*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Cedam, Padova, 1995, p. 70.

¹⁴ In proposito si evidenzia, tra l'altro, una sostanziale peculiarità del rischio di inquinamento probatorio, di fronte al quale si configura un duplice grado di discrezionalità: da un lato quella concernente la valutazione del pericolo di inquinamento delle fonti di prova; dall'altro quella sull'effettivo espletamento delle indagini suscettibili di essere inquinate. È indubbio, infatti, che il rischio di inquinamento

tra gravi indizi ed elementi da cui desumere le esigenze cautelari. È infatti chiaro che un quadro indiziario estremamente pesante si presta ad attribuire maggior consistenza anche alle esigenze cautelari: per quanto debba essere respinta qualsiasi presunzione di sussistenza dei *pericula libertatis* ricavata sulla base del mero quadro indiziario, è comunque inevitabile che quest'ultimo costituisca un fattore di cui tener conto nell'apprezzare le esigenze *ex art. 274 c.p.p.*

Ciò premesso, questo genere di valutazione configura un'ipotesi di discrezionalità vincolata, che, sebbene non connotata in termini di rigido automatismo (che difficilmente si concilierebbe con la presunzione di non colpevolezza), può effettivamente configurarsi in termini di potere-dovere. Si tratta di una tipica ipotesi di «apprezzamento giuridico della fattispecie»¹⁵, riscontrabile ogniquale volta la norma giuridica di riferimento, pur descrivendo gli estremi della fattispecie, «lascia una certa latitudine d'indagine»¹⁶ all'operatore giuridico. Un margine di apprezzamento è infatti ineliminabile: e dunque, se – in ossequio alla strumentalità della cautela rispetto ai valori sottesi all'art. 112 Cost. – è corretto parlare di obbligatorietà, essa non può essere intesa quale rigida definizione legale del comportamento del soggetto processuale¹⁷, ma come

probatorio non può essere apprezzato in via astratta (sul punto si veda A. CRISTIANI, *Manuale del nuovo processo penale*, Giappichelli, Torino, 1989, p. 235, che in proposito sottolinea la differenza nella configurazione di questo *periculum libertatis* rispetto a quanto previsto dal codice abrogato): se non bastasse la già di per sé chiara lettera dell'art. 274, ciò è suggellato dall'art. 292 lett. *d* c.p.p., che prescrive che l'ordinanza cautelare debba indicare la «data di scadenza della misura, in relazione alle indagini da compiere, allorché questa è disposta al fine di garantire l'esigenza cautelare di cui alla lettera *a* del comma 1 dell'art. 274». E dunque: il pubblico ministero non solo deve ponderare se sussiste pericolo per l'acquisizione di determinate fonti di prova, ma deve anche valutare se ed in quale momento effettuare le relative indagini: un apprezzamento, quest'ultimo, insindacabilmente rimesso alle scelte tattiche dell'accusa, e che in quanto tale proprio non si presta ad essere rappresentato in termini di obbligatorietà.

¹⁵ P. CALAMANDREI, *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, p. 775.

¹⁶ *Ibidem*, ove l'A. rilevava che in questi casi si parla impropriamente di potere discrezionale, dovendo essere più correttamente impiegata la definizione di «discrezionalità tecnica».

¹⁷ Del resto, così come a suo tempo rilevato in dottrina, «nessuno ha mai pensato che il diritto processuale penale dovesse essere costituito, per intero, da una rete di norme dirette a predeterminare rigidamente, nei presupposti e nei contenuti,

fattispecie comunque connotata in termini di discrezionalità (sia pure tecnica).

Più complesso il discorso rispetto al secondo dei due fattori prima evocati, concernente l'impostazione della strategia accusatoria del pubblico ministero, e riguardante, in particolare, la scelta dei tempi di attivazione dell'incidente *de libertate*.

Per cogliere i termini della questione può essere utile un esempio: si pensi al caso di indagini collegate, aventi ad oggetto più *notitiae criminis*, magari riguardanti posizioni soggettive diverse (caso piuttosto frequente – la regola – ove si proceda per reati di criminalità organizzata). In ipotesi di questo genere, la scelta del pubblico ministero in ordine all'eventualità (ed al momento) di esercizio dell'iniziativa cautelare potrebbe dipendere da una serie di valutazioni che possono indurlo a prescindere dal momento in cui effettivamente si verifica, in modo stringente ed ineludibile, uno dei pericoli tipizzati all'art. 274 c.p.p.: l'esigenza di proteggere il segreto investigativo potrebbe suggerire al pubblico ministero di ritardare – se non addirittura di omettere – il ricorso all'incidente cautelare¹⁸; configurando la richiesta cautelare in termini di dovere una volta verificati i presupposti di cui agli artt. 273, 274, 280 o 287 c.p.p., si priverebbe il pubblico ministero della possibilità di dilazionare il momento in cui ricorrere all'incidente *de libertate*, sottraendogli un essenziale strumento tramite cui modulare la propria tattica investigativa.

i comportamenti degli operatori giudiziari»: M. CHIAVARIO, *Norma (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1978, vol. XXVIII, p. 461.

¹⁸ Ancora: un margine di scelta potrebbe forse essere riscontrato anche rispetto all'opzione tra differenti strumenti processuali che possano garantire il medesimo risultato; si pensi all'ipotesi in cui il pericolo di inquinamento probatorio si identifichi nel pericolo di subornazione del testimone. Stando al codice (e sempre che siano riscontrabili i gravi indizi di colpevolezza) effettivamente il pubblico ministero pare disporre di due opzioni: la richiesta di incidente probatorio *ex art.* 392 [...] c.p.p. e la richiesta cautelare, volta ad ottenere un'ordinanza restrittiva a tutela del pericolo *ex art.* 274 lett. *a* c.p.p. (in proposito, cfr. M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, Cedam, Padova, 2006⁵, p. 148 ss., secondo cui deve ritenersi non sindacabile, da parte del giudice chiamato a disporre la cautela personale, la scelta con cui il pubblico ministero decida di formulare la richiesta *ex art.* 291 c.p.p. anziché sollecitare l'espletamento di un incidente probatorio).

Da qui l'interrogativo: il pubblico ministero è svincolato rispetto alla scelta del momento (nonché, ancor prima, dell'*an*) circa la proposizione della richiesta *ex art.* 291 c.p.p.?

Per rispondere al quesito potrebbe essere utile tener conto della presenza, in numerose leggi speciali, di istituti che garantiscono la possibilità, in capo al pubblico ministero, di disporre (con la forma del decreto motivato) l'esecuzione differita dei provvedimenti cautelari¹⁹.

A prima vista, la possibilità di decretare il differimento dell'esecuzione della cautela già disposta dal giudice sembrerebbe deporre nel senso dell'obbligatorietà dell'iniziativa cautelare. Questo congegno potrebbe infatti postulare la doverosità della richiesta *ex art.* 291 c.p.p., non appena se ne verificano i presupposti, salvo poi consentire al pubblico ministero di tutelare la riuscita di altre investigazioni ove ritenga che l'esecuzione immediata della cattura possa pregiudicarle: la necessità di salvaguardare ulteriori indagini – necessità che l'inquirente non potrebbe invocare per procrastinare la presentazione della domanda cautelare – potrebbe assumere rilevanza in un momento successivo, all'atto dell'esecuzione dell'ordinanza restrittiva, che può evidentemente essere ritardata a tale fine.

Questa lettura, benché suggestiva, rischia però di provare troppo, ben potendo l'esecuzione differita rispondere a logiche anche diverse. Ad esempio, potrebbe più semplicemente trattarsi di uno strumento

¹⁹ A titolo di esempio, e senza pretesa di esaustività, si possono citare le disposizioni contenute nell'art. 98 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, nell'art. 10 d. l. 31 dicembre 1991, n. 419 («istituzione del fondo di sostegno per le vittime di richieste estorsive, convertito con l. 18 febbraio 1992, n. 172»), nell'art. 7 d. l. 15 gennaio 1991, n. 8 («nuove misure in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione dei testimoni di giustizia, nonché per la protezione e il trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia», convertito con l. 82 del 1991), nell'art. 10 l. 6 febbraio 2006, n. 38 («disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo di internet»), o nell'art. 7 l. 16 marzo 2006, n. 146 («Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001»): tutte queste disposizioni, formulate in termini grosso modo corrispondenti, ancorché non coincidenti, consentono al pubblico ministero di stabilire, mediante decreto motivato, il differimento dell'esecuzione dei provvedimenti applicativi delle misure cautelari personali (come pure dei provvedimenti che applicano misure precautelari o misure cautelari reali).

idoneo a far fronte ad una necessità di segretezza investigativa dovuta a circostanze (o scoperte) successive all'instaurazione dell'incidente *de libertate*: le stesse esigenze che potrebbero indurre il pubblico ministero a posticipare la formulazione della richiesta cautelare (se non, addirittura, ad ometterla) potrebbero nascere successivamente all'inesco del procedimento applicativo, determinando la necessità di rimandare l'esecuzione dell'ordinanza restrittiva già emessa dal giudice²⁰. Ne consegue che questo genere di disposizione, lungi dal dimostrare l'obbligo, per il pubblico ministero, di esercitare l'azione cautelare non appena ne ravvisi le condizioni prescritte dagli artt. 273 ss. c.p.p., può piuttosto costituire il sintomo di una discrezionalità circa la scelta dei tempi che, già presente prima dell'inesco dell'incidente *de libertate*, viene riconosciuta anche in un momento successivo, una volta emesso il provvedimento limitativo della libertà personale.

A ben vedere, più che da disposizioni come quelle appena richiamate, la discrezionalità del pubblico ministero circa la scelta del *quando* presentare la richiesta *ex art. 291 c.p.p.* risulta implicitamente attestata dalla disciplina del *dossier* cautelare, che legittima l'inquirente ad allegare alla richiesta cautelare solo parte delle indagini sino a quel momento compiute. La libertà riconosciuta al pubblico ministero nella composizione di tale fascicolo – cui corrisponde il rischio di un rigetto dell'istanza non adeguatamente supportata sul piano probatorio, rischio evidentemente ritenuto giustificabile dal legislatore nella prospettiva di non vanificare il segreto investigativo – costituisce infatti il riflesso di una discrezionalità più ampia, che sta a monte, e che riguarda *in primis* la decisione stessa di proporre la richiesta cautelare.

Né stringenti indicazioni in senso contrario si desumono dalla disciplina in tema di retrodatazione del *dies a quo* di decorrenza

²⁰ Ancora: la possibilità di ritardare l'esecuzione del provvedimento coercitivo potrebbe altresì costituire uno strumento idoneo a garantire la preconstituzione di un titolo cautelare in casi in cui la complessità delle indagini possa richiedere, da parte del giudice per le indagini preliminari, uno studio particolarmente laborioso del fascicolo, tale da indurre l'inquirente a formulare la richiesta cautelare "in anticipo" rispetto ai tempi più idonei alla relativa esecuzione, in previsione del fatto che il giudice possa necessitare di un cospicuo lasso di tempo per decidere (e motivare) ai sensi dell'art. 292 c.p.p.

del termine di durata della misura cautelare²¹. Anzi: senza voler qui affrontare le spinose questioni che la relativa disciplina tuttora pone²², non sembra fuori luogo ricordare che, nell'affrontare questo tema, la giurisprudenza indirettamente riconosce la possibilità, per il pubblico ministero (e anzi, più in generale, per gli «organi titolari del potere cautelare»²³) di decidere i tempi della contestazione cautelare e dell'impulso all'esercizio del potere coercitivo.

Particolarmente significativi, ai nostri fini, alcuni passaggi della sentenza costituzionale n. 408 del 2005 (in relazione alle ipotesi di retrodatazione "non automatica"). Come noto, con tale pronuncia il giudice delle leggi ha esteso la necessaria operatività della retrodatazione anche in relazione a fatti diversi, non qualificatamente connessi rispetto a quelli oggetto del precedente titolo cautelare, «quando risulti che gli elementi per emettere la nuova ordinanza erano già desumibili dagli atti al momento della emissione della precedente ordinanza». Ebbene: per quanto interessa ai nostri fini, è significativo constatare (e rimarcare) l'assenza, nel testo della pronuncia, di giudizi di disvalore rispetto alla condotta con cui eventualmente il pubblico ministero «diluisc[a] nel tempo le contestazioni dei singoli reati, anche allorché risulti che gli elementi per emettere la nuova misura fossero già desumibili dagli atti al momento della emissione della precedente ordinanza»²⁴. La Corte costituzionale afferma la

²¹ La travagliata disciplina, oggetto di una «lambiccatissima previsione» (F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2006⁸, p. 533), contempla, accanto a casi di retrodatazione, per così dire, automatica (si tratta delle ipotesi espressamente individuate dalla prima parte del comma 3 dell'art. 297 c.p.p., e che, stando alla lettura offerta dalle Sezioni unite del 23 febbraio 2005, Rahulia, poi ripresa dal successivo intervento, sempre delle Sezioni Unite, del 19 dicembre 2006, Libra-to, devono però riguardare fatti oggetto di accertamento nell'ambito del medesimo procedimento), anche ipotesi in cui la retrodatazione ha una funzione sanzionatoria di eventuali comportamenti dilatori posti in essere dal pubblico ministero (con l'*escamotage* delle cosiddette "contestazioni a catena").

²² Rispetto alle quali si rinvia alla minuziosa rassegna di A. ALBIANI, *L'impervia esegesi dell'art. 297, co. 3, del codice di rito penale*, in A. ALBIANI-S. MARINELLI, *Misure cautelari in materia di libertà personale e sequestro penale. Casi, questioni, orientamenti giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 331 ss., di cui si condividono le lucide soluzioni interpretative.

²³ Cfr. sent. n. 408 del 2005 Corte cost.

²⁴ Espressione tratta da Corte cost. 408 del 2008, secondo cui «l'identico regime di garanzia dovrà operare in tutti i casi in cui, pur potendo i diversi provvedi-

necessità di garantire «l'identico regime di garanzia [...] in tutti i casi in cui, pur potendo i diversi provvedimenti coercitivi essere adottati in un unico contesto temporale, per qualsiasi causa l'autorità giudiziaria abbia invece prescelto momenti diversi per l'adozione delle singole ordinanze»: nel prendere in esame la possibilità di un ritardo nella nuova contestazione cautelare da parte dell'organo inquirente, la pronuncia non considera però tale eventualità come necessariamente patologica, con ciò indirettamente avallando la praticabilità, da parte del pubblico ministero, di un esercizio della iniziativa *ex art.* 291 c.p.p. successivo rispetto al momento in cui sorgono i presupposti legittimanti l'adozione del secondo provvedimento restrittivo²⁵.

Le considerazioni sin qui espresse inducono ad escludere che il pubblico ministero debba ritenersi vincolato ad innescare la procedura *de libertate* non appena se ne riscontrino i presupposti²⁶.

menti coercitivi essere adottati in un unico contesto temporale, per qualsiasi causa l'autorità giudiziaria abbia invece prescelto momenti diversi per l'adozione delle singole ordinanze. La durata della custodia viene così a dipendere non da un fatto obiettivo (rispettoso, dunque, del canone dell'uguaglianza e della ragionevolezza), quale quello dell'acquisizione di elementi idonei e sufficienti per adottare i diversi provvedimenti cautelari, ma da una imponderabile valutazione soggettiva degli organi titolari del "potere cautelare"».

²⁵ Ciò che conta è che questa scelta non si traduca in un allungamento dei termini di durata della restrizione: da qui, dunque, la retrodatazione, che opera sulla base della desumibilità dagli atti del quadro giustificativo del secondo provvedimento cautelare, a prescindere dalla verifica delle concrete ragioni che hanno indotto l'organo inquirente a non dar corso alla nuova contestazione. Ancora più esplicita Cass., Sez. VI, 15 maggio 2006, 16540, Bontempo, che, prendendo in esame l'eventualità che il pubblico ministero, pur in presenza di uno "stato degli atti" che legittimerebbe (imponendolo) un secondo provvedimento cautelare, richieda le due misure in momenti diversi, riconosce indirettamente di trovarsi dinanzi ad una condotta che «può evidentemente trovare giustificazione in esigenze legate alle indagini» (la pronuncia è riportata in A. ALBIANI, *L'impervia esegesi*, cit., p. 359 ss.).

²⁶ In proposito, ove si aderisse alla tesi che ammette la cosiddetta "discrezionalità bifasica" (ossia una forma di discrezionalità «che all'apprezzamento necessario a colmare la zona indeterminata della fattispecie, aggiunga un ulteriore margine di scelta, per motivi ricavabili "*aliunde*", rispetto all'economia della norma direttamente applicata»: definizione tratta da A. CRISTIANI, *La discrezionalità dell'atto nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 66, critico circa la sua ammissibilità nel processo penale), si potrebbe ipotizzare che la discrezionalità in questo caso andrebbe riferita al momento «volitivo» e non soltanto a quello «intellettivo»: secondo questa impostazione, la libertà del soggetto (in questo caso il pubblico ministero richiedente) sarebbe non solo «preordinata a determinare se sia applicabile oppure

Non è dunque un caso se l'art. 291 c.p.p. non si esprime in termini perentori (e in tal senso il confronto con altre disposizioni, anch'esse collocate all'interno del libro IV del codice²⁷, che viceversa impiegano espressioni lessicali inequivoche, non fa che marcare tale scelta lessicale). Così come non è un caso se il sistema non contempla meccanismi di controllo volti a sopperire ad un'eventuale inerzia del pubblico ministero: la decisione di non azionare la richiesta cautelare, oltre ad essere priva di conseguenze sul piano processuale, non è oggetto di alcuna verifica giudiziale, né dà luogo ad un'espressa ipotesi di avocazione del procedimento.

Da qui la significativa differenza rispetto all'azione penale (la cui configurazione in termini di obbligo, pur imposta sul piano dei principi, è comunque, anch'essa, decisamente problematica²⁸).

Quanto appena rilevato porta a concludere nel senso di una discrezionalità tecnica vincolata sull'*an*, decisamente più ampia rispetto al *quando* presentare la domanda cautelare.

Un profilo di discrezionalità, il secondo, che discende direttamente dalla inevitabile impossibilità di predeterminare astratta-

no una data norma» ma anche «conseguenza della applicazione di una norma già determinata»: P. CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, p. 776. Critico verso questa impostazione F. BRICOLA (*La discrezionalità nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 117-156): «la concezione della discrezionalità penale in chiave di rinvio del giudice al caso concreto, come maggiormente idoneo ad esprimere una gamma di significati di valore che il legislatore si trova nell'impossibilità di tipicizzare, esige necessariamente l'attribuzione di un carattere doveroso a tale tipo di accertamento» (I.D., p. 150, ove l'A. rinvia a F. CORDERO, *Custodia preventiva e criteri di valutazione in tema di libertà provvisoria*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, p. 937 ss., secondo il quale la "facoltà" sarebbe espressione di indifferenza normativa).

²⁷ Quali l'art. 275 comma 3 II parte c.p.p., in relazione a reati di matrice mafiosa, o l'art. 276 comma 1 *ter* c.p.p., disciplinante le conseguenze "automatiche" della trasgressione alle prescrizioni degli arresti domiciliari.

²⁸ Sempre attuali le considerazioni espresse, tra gli altri, da O. DOMINIONI, voce *Azione penale*, *Dig. disc. pen.*, 1987, I, p. 409, secondo cui «nelle attività investigative della preistruzione, condotte al fine di stabilire se la *notitia criminis* offra materia per un'imputazione, la connotazione che prevale è quella dell'opportunità: imprimere alle indagini un orientamento piuttosto che un altro, farle procedere secondo determinati ritmi, stabilire, tra più atti, quale sia più utile compiere ovvero quale prima e quale dopo, assecondare certe emergenze piuttosto che altre quando siano tra loro incompatibili o di fatto non praticabili congiuntamente, determinarsi ad abbandonare una certa indagine o insistervi, adibirvi una maggiore o minore dovezia di risorse, sono tutte scelte per nulla predeterminabili in modelli legali idonei a fondare situazioni di dovere sia pure del tipo discrezionale.

mente il modo di gestire ed organizzare le indagini, e che viene però meno una volta caduto il segreto investigativo. In assenza della necessità di tutelare la prosecuzione delle indagini (o lo svolgimento di ulteriori indagini), la richiesta del pubblico ministero in ordine all'esercizio del potere cautelare appena se ne realizzino i presupposti deve infatti ritenersi doverosa, in ossequio al principio di legalità.

Superfluo ribadire che questa doverosità dell'iniziativa *ex art. 291 c.p.p.*, ove non ottemperata, non potrebbe comunque giustificare una supplenza del giudice per far fronte all'inerzia del pubblico ministero: ciò equivarrebbe ad affermare la possibilità, per il giudice, di cogliere in modo autosufficiente le esigenze cautelari; già si è cercato di dimostrare le ragioni per cui una tale conclusione debba essere scartata²⁹.

²⁹ Se questa è la conclusione imposta per la richiesta di cui all'art. 291 c.p.p. (come pure, analogamente, per la richiesta *ex art. 299* comma 4 c.p.p., concernente la sostituzione *in malam partem* della misura cautelare già in corso di esecuzione), a maggior ragione dovrà affermarsi la doverosità, per il pubblico ministero, di formulare l'istanza cautelare *in bonam partem*, volta alla revoca o alla sostituzione *in melius* della misura in corso di esecuzione. In questo caso, ferma restando l'analogia rispetto alla valutazione della sussistenza delle condizioni legittimanti la richiesta cautelare (si tratta del medesimo vaglio, condotto però con esiti opposti), diverse sono le conclusioni rispetto alla scelta del momento in cui presentare il relativo atto di impulso al giudice cautelare.

Come abbiamo visto, in questo caso non ci troviamo di fronte ad un'ipotesi di "domanda necessaria", come sopra l'abbiamo definita (cfr. *retro*, cap. I, par. 2: necessaria in tal senso è la sola domanda *ex art. 291 c.p.p.*, non quella *in bonam partem*). Ciononostante, può accadere che il pubblico ministero, organo deputato all'espletamento delle indagini, sia l'unico (o il primo) a raccogliere elementi favorevoli all'imputato (così come del resto gli impone l'art. 358 c.p.p.). Il suo atto d'impulso diventa allora necessario in concreto, il che automaticamente ne corrobora la doverosità. In questo caso, infatti, una lettura conforme all'art. 13 Cost. impone di ritenere il pubblico ministero tenuto ad investire immediatamente il giudice dei nuovi elementi probatori favorevoli all'imputato, così da far cessare nel più breve tempo possibile un regime cautelare del quale non sussistono più i presupposti legittimanti. In generale, nel senso della doverosità della richiesta *in bonam partem*, D. POTETTI, *Il principio della domanda cautelare dinanzi alla Corte Costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2580, P.P. RIVELLO, *Osservazioni in tema di revoca e sostituzione delle misure cautelari personali*, in *Ind. pen.*, 1992, p. 108, C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, Giappichelli, Torino, 1995, vol. II, p. 449.

2. La richiesta cautelare è ritrattabile?

L'analisi svolta nelle pagine precedenti induce a porsi un ulteriore quesito, e dunque ad analizzare l'atto d'impulso dell'incidente *de libertate* anche alla luce di un'altra categoria classicamente riferibile all'azione penale, domandandosi se esistano spazi per sostenerne l'irretrattabilità.

In tema è necessaria una premessa, concernente l'esigenza di distinguere il problema rispetto a due fattispecie diverse tra loro: altro è infatti ipotizzare la possibilità, in capo al pubblico ministero, di revocare la domanda cautelare una volta che già il giudice si sia espresso *ex art. 292 c.p.p.*; altro ipotizzare analoga possibilità prima della pronuncia del giudice.

2.1. L'irrevocabilità dopo la pronuncia del giudice

La prima fattispecie è di più agevole soluzione: nel silenzio del codice, è difficile immaginare che il pubblico ministero possa revocare un provvedimento del giudice. In tal senso è dirimente il confronto con la disciplina del sequestro preventivo, in relazione al quale il codice attribuisce direttamente al pubblico ministero il potere di revoca dell'ordinanza impositiva del vincolo reale (ancorché limitatamente alla fase delle indagini preliminari)⁵⁰. Altrettanto decisivo, in una prospettiva di comparazione diacronica, il confronto con le novità introdotte dalla legge n. 330 del 1988 nel corpo del codice abrogato: pur esautorando il titolare dell'accusa del potere di cattura precedentemente riconosciutogli, la legge conservava a pubblico ministero e pretore la possibilità di apportare miglioramenti allo *status libertatis* dell'imputato ove si

⁵⁰ La circostanza che il codice limiti il potere del pubblico ministero di revocare il sequestro preventivo alla sola fase delle indagini preliminari sembra però significativa. Una scelta di questo genere, con la sua incongruenza sistematica – anche il sequestro preventivo, al pari delle cautele personali, è disposto dal giudice su richiesta del pubblico ministero – più che da ragioni di carattere generale (che evidentemente dovrebbero operare nello stesso modo prima come dopo l'esercizio dell'azione penale), sembrerebbe dovuta a ragioni pragmatiche, di economia processuale, legate alla circostanza che, prima dell'esercizio dell'azione penale, è il pubblico ministero e non il giudice l'autorità procedente.

procedesse mediante istruzione sommaria (e anche ove questa si fosse trasformata in istruzione formale nei procedimenti di competenza del tribunale o della corte d'Assise³¹).

Il problema potrebbe peraltro essere posto in termini differenti, chiedendosi se il giudice possa ritenersi vincolato ad accogliere la richiesta *in bonam partem* eventualmente formulata dal pubblico ministero. Questa domanda non è così eccentrica come potrebbe sembrare, visto che in almeno un'occasione la giurisprudenza di legittimità sembra aver affermato che il giudice, posto dinanzi ad un tale tipo di richiesta, sia tenuto ad emettere il provvedimento domandato³².

La ragione su cui fondare tale tipo di conclusione potrebbe ricavarsi proprio dalla necessità della richiesta *ex art. 291 c.p.p.*, secondo questo tipo di ragionamento: visto che senza l'istanza del pubblico ministero l'imputato non può esser sottoposto a cautela, l'espressione di una volontà contraria rispetto a quella manifestata con l'originario impulso potrebbe ritenersi vincolante per il giudice, tenuto ad accogliere la richiesta di revoca del pubblico ministero, primo ed imprescindibile attore dell'incidente cautelare.

³¹ Cfr. l'art. 260 comma 3, 270 e 280 c.p.p. abr., così come modificati, rispettivamente, dagli artt. 19, 31, 41 della legge 5 agosto 1988, n. 330.

La scelta non era andata esente da critiche: «pur essendo la normativa che attribuisce poteri al p.m. in tema di libertà personale prevalentemente ispirata ad un principio di *favor libertatis*, non pare coerente l'attribuzione di poteri siffatti al p.m. con la scelta effettuata dalla legge in esame di riservare all'organo giurisdizionale i provvedimenti in tema di libertà personale» (cfr. G. LOZZI, *Sulle principali innovazioni apportate al codice di procedura del 1930 dalla legge 5 agosto 1988, n. 330*, in *Giust. pen.*, 1988, III, c. 629).

³² Cfr. Cass., Sez. fer., 14 settembre 1991, Ahmetovic, in *Foro it.*, 1992, II, c. 138, che (opinabilmente) sembra accomunare come decisioni entrambe *ultra petita* quella del giudice che applica una misura cautelare più grave rispetto a quella richiesta dal pubblico ministero e la decisione di rigetto di un'istanza di revoca (o comunque di un'istanza *in bonam partem*) formulata dal pubblico ministero. In senso opposto: A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2007¹⁰, p. 782, D. MANZIONE, *Commento all'art. 14 d. lgs. 14 gennaio 1991, n. 12*, in *Leg. pen.*, 1991, p. 73, D. POTETTI, *Il principio della domanda cautelare dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2576; in giurisprudenza, Cass., Sez. I, 7 giugno 1991, Moloria, in *Cass. pen.*, 1992, p. 3102, che ha ritenuto non vincolante per il giudice il parere (evidentemente favorevole all'istanza difensiva) espresso dal pubblico ministero a norma dell'art. 299 comma 3 *bis* c.p.p., nonché Sez. VI, 6 dicembre 2002, Piazzola, in *C.E.D. Cass.*, n. 224221.

Contro questa soluzione milita più di un argomento. Innanzitutto, il già menzionato confronto con la differente disciplina del sequestro preventivo: a chi ritenesse il giudice vincolato ad accogliere l'istanza migliorativa del pubblico ministero si potrebbe infatti obiettare l'incoerenza con la mancata concessione di un potere decisorio direttamente in capo a quest'ultimo (potere espressamente riconosciuto nel distinto ambito delle cautele reali⁵³). Tanto più che la scelta di differenziare sotto questo profilo il sistema cautelare personale rispetto a quello reale sembra non dovuta al caso ma ponderata, così come dimostra l'*iter* parlamentare che ha condotto alla stesura di questa normativa⁵⁴.

Sebbene un provvedimento immediato del pubblico ministero risulti astrattamente preferibile nell'ottica del *favor libertatis* (in quanto "saltando un passaggio" consentirebbe la riacquisizione della libertà personale in tempi più celeri), la soluzione adottata dal legislatore presenta l'indubbio pregio della coerenza sistematica,

⁵³ «Evidentemente, se il legislatore ha ritenuto di non dover attribuire al p.m. poteri "migliorativi" dello *status libertatis* dell'indagato, v'è da supporre che il giudice possa ben "opporsi" ad una richiesta avanzata in tal senso dalla parte pubblica o dallo stesso indagato e dal p.m. avallata» (D. MANZIONE, *op. cit.*, p. 74).

⁵⁴ Ci si riferisce appunto al fatto che una soluzione analoga a quella oggi vigente per il sequestro preventivo era stata introdotta nel sistema abrogato ad opera dell'art. 14 l. 5 agosto 1988, n. 330, il quale, modificando l'art. 280 c.p.p. 1930, aveva attribuito al pubblico ministero l'intervento volto a rimettere in libertà l'imputato. In proposito si consideri inoltre che, già poco dopo l'emanazione del codice, era stato proposto (in virtù dell'art. 15 dello schema di decreto legislativo elaborato dall'ufficio legislativo del Ministero di grazia e giustizia, finalizzato ad apportare integrazioni e correzioni al c.p.p. del 1988) di attribuire al pubblico ministero la possibilità di operare direttamente la revoca e la sostituzione *in melius* delle misure cautelari nell'ambito delle indagini preliminari (cfr. Rel. min. d.lgs. 14 gennaio 1991, n. 12, in *Doc. giust.*, 1991, n. 3, c. 279); l'opzione venne poi evidentemente scartata. Peraltro, una diversa soluzione, a prezzo di un sacrificio della coesione di sistema, avrebbe forse consentito un recupero di consequenzialità su un altro fronte, visto che senza istanza della pubblica accusa non si potrebbe dar luogo ad alcuna restrizione cautelare: già poco dopo l'emanazione del codice era stato proposto (in virtù dell'art. 15 dello schema di decreto legislativo elaborato dall'ufficio legislativo del Ministero di grazia e giustizia, finalizzato ad apportare integrazioni e correzioni al c.p.p. del 1988) di attribuire al pubblico ministero la possibilità di operare direttamente la revoca e la sostituzione *in melius* delle misure cautelari nell'ambito delle indagini preliminari (cfr. Cfr. Rel. min. d.lgs. 14 gennaio 1991, n. 12, in *Doc. giust.*, 1991, n. 3, c. 279).

costituendo il «costo inevitabile di una scelta di estremo rigore»³⁵. Né in proposito potrà riscontrarsi una disarmonia rispetto a quanto previsto dagli artt. 389 e 121 disp. att. c.p.p., ossia dalle disposizioni che affidano al pubblico ministero l'immediata rimessione in libertà del fermato o dell'arrestato, rispettivamente nei casi di arresto divenuto inefficace o effettuato in assenza dei presupposti di legge (art. 389 c.p.p.) oppure nell'ipotesi in cui l'accusa non ritenga di chiedere l'applicazione di misure coercitive contestualmente alla convalida (art. 121 disp. att. c.p.p.). In questi casi, infatti, ci si trova di fronte a provvedimenti precautelari, disposti non dal giudice ma dalla polizia giudiziaria (arresto) e dal pubblico ministero (fermo). Le due disposizioni appena citate contribuiscono a delineare un pubblico ministero "controllore della polizia giudiziaria" (quantomeno con specifico riferimento all'arresto), con poteri che operano *omisso medio* sulla libertà personale della persona sottoposta alle indagini e dunque attengono a situazioni eterogenee rispetto al caso di un pubblico ministero titolare del potere di incidere – attraverso una revoca o una sostituzione *in melius* – sulla misura cautelare disposta dal giudice.

L'opzione privilegiata dal legislatore del 1988 presenta anche una non trascurabile conseguenza di ordine pratico: la previsione di un potere diretto di incidere sullo *status* personale dell'indiziato si sarebbe infatti potuta tradurre in un indebito strumento di pressione, «suscettibile di usi distorti, consistenti, ad esempio, nella prospettiva di un immediato vantaggio in termini di libertà personale quale contropartita rispetto a determinate dichiarazioni»³⁶; meglio, allora, aver optato per il necessario intervento giurisdizionale, che, pur non ponendo totalmente al riparo da certe prassi, individua comunque un valido ostacolo contro di esse.

Secondo quanto rilevato in dottrina³⁷, l'impossibilità di revocare, ad opera del pubblico ministero, il provvedimento restrittivo già

³⁵ Cfr. A. BAUDI, *Il potere cautelare nel nuovo processo penale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 96.

³⁶ Così P. P. RIVELLO, *Osservazioni in tema di revoca e sostituzione delle misure cautelari personali*, in *Ind. pen.*, 1992, p. 107.

³⁷ Si vedano le considerazioni svolte da F. VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, Cedam, Padova, 2004, p. 182 ss.

emesso dal giudice potrebbe implicare una serie di corollari che incidono sui rapporti tra imputazione “principale” e “imputazione cautelare”. Si allude, in particolare, alla ritenuta irrilevanza, sulla fattispecie *de libertate*, dei mutamenti dell’addebito (provvisorio o addirittura cristallizzato nell’imputazione) che vengano prospettati unilateralmente dal pubblico ministero nel corso del procedimento principale.

Si pensi all’atto di esercizio dell’azione penale (o alle ipotesi di modifica dell’imputazione, sia nell’udienza preliminare che nel dibattimento): contemplare un influsso diretto dell’eventuale mutamento del fatto descritto nella richiesta di rinvio a giudizio rispetto a quello oggetto dell’ordinanza cautelare, così da farne conseguire un automatico adeguamento anche della fattispecie cautelare, equivale ad attribuire al pubblico ministero poteri che il codice non gli riconosce. Infatti, se alla modifica del fatto (come pure alla modifica del *nomen iuris*) dovesse corrispondere quella del trattamento normativo (ad esempio ove il fatto reato descritto nell’imputazione non soddisfi più i requisiti edittali prescritti dagli artt. 280 e 287 c.p.p., oppure integri un delitto per il quale è diverso il termine di durata massima della misura cautelare), far discendere il mutamento di disciplina applicabile alla fattispecie cautelare da un atto unilaterale del pubblico ministero implicherebbe l’indiretto riconoscimento, in capo a quest’ultimo, della possibilità di una surrettizia sostituzione al giudice nella determinazione del regime cautelare: nel caso di mutamento peggiorativo (e dunque ove il fatto descritto nell’imputazione risultasse più grave rispetto all’addebito cautelare), ciò equivarrebbe all’attribuzione del potere coercitivo ad un organo che, «a livello sistematico, ne è privo³⁸»; nell’ipotesi contraria, ci troveremmo dinanzi ad una indiretta legittimazione alla

³⁸ F. VIGGIANO, *op. cit.*, p. 184. Nella prospettiva in cui l’imputazione “principale” (conseguente ad una modifica ai sensi dell’art. 517 c.p.p.) sia più grave dell’imputazione cautelare, si veda Sez. Un., 5 luglio 2000, n. 24, Monforte, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1158. In tale occasione la Suprema Corte ha affermato che la modifica dell’imputazione nel corso del dibattimento non riverbera i propri effetti sul regime cautelare (e dunque sull’individuazione dei termini di fase); una soluzione difforme determinerebbe una disarmonia (v. A. BASSI, *La determinazione dei termini di durata della custodia cautelare per la fase del giudizio: un capitolo ancora aperto*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1175).

revoca dell'ordinanza cautelare, che deve però ritenersi esclusa alla luce del dato normativo³⁹. Aderendo a questa impostazione (niente affatto pacifica⁴⁰, e che deve comunque essere conciliata con il ruolo accessorio del procedimento cautelare rispetto a quello principale) e alla relativa conclusione, coerente con la riconosciuta impossibilità, per il pubblico ministero, di incidere, anche *in melius*, sulla fattispecie cautelare, attraverso una modifica dell'imputazione nell'ambito della

³⁹ In proposito, si vedano le considerazioni di F. VIGGIANO, (*op. cit.*, p. 185), il quale segnala l'importanza di un significativo indicatore racchiuso nel primo comma dell'art. 300 c.p.p., che fa dipendere l'estinzione della misura cautelare dall'emissione del provvedimento di archiviazione, con ciò sottintendendo l'insufficienza, a tal fine, della relativa richiesta avanzata dal pubblico ministero al giudice per le indagini preliminari. In senso contrario a quello appena prospettato F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 529 (che però rispetto all'ipotesi inversa esclude una reviviscenza della custodia ove, ad esempio, il giudice dell'udienza preliminare acceda ad una ricostruzione giuridica più grave rispetto a quella ipotizzata nella richiesta di rinvio a giudizio, a sua volta lieviore rispetto a quella contestata con l'ordinanza *ex art.* 292 c.p.p.). Dal canto suo, la fissazione dell'imputazione nel decreto *ex art.* 429 c.p.p. (provvedimento sì del giudice, ma avente natura processuale) deve ritenersi idonea ad incidere sul regime cautelare soltanto *in bonam partem*, dato che la motivazione del decreto che dispone il giudizio non soddisfa i requisiti motivazionali imposti dall'art. 292 c.p.p. (cfr. M. ORLANDO, *Contestazione di una nuova aggravante nel corso dell'udienza preliminare e termini di durata massima della custodia cautelare*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 953; in giurisprudenza v. Cass., Sez., III, 24 agosto 1999, Vandì, in *C.E.D. Cass.*, n. 214327; utile altresì tener presente anche l'importante pronuncia Sez. Un., 30 ottobre 2002, Vottari). A tale proposito, stando ad alcuni autori, è necessario operare una distinzione, a seconda che la diversa imputazione rappresentata nel decreto che dispone il giudizio sia più sfavorevole oppure più favorevole all'imputato. Nel primo caso, non soddisfacendo il decreto che dispone il giudizio i requisiti motivazionali prescritti dall'art. 292 c.p.p., esso non potrà automaticamente sostituirsi all'originario titolo cautelare (a ciò si aggiunga peraltro che, nell'ipotesi di "accrescimento", si riscontrerebbe anche un difetto di domanda cautelare); viceversa, nella seconda ipotesi, e dunque ove la differente imputazione descritta nel decreto *ex art.* 429 c.p.p. sia più favorevole all'imputato, dovrà ritenersi operativa la logica che ispira l'art. 300 comma 1 c.p.p., l'accessorietà caratteristica della fattispecie cautelare imponendo un adeguamento automatico della fattispecie cautelare a quella di merito (F. VIGGIANO, *op. cit.*, p. 196 ss.; diversamente A. BASSI, *op. cit.*, p. 1163 ss., che ritiene il decreto che dispone il giudizio determinante ai fini della determinazione del regime cautelare nelle ipotesi di variazione tanto *in bonam* quanto *in malam partem*).

⁴⁰ V. F. CORDERO, *op. cit.*, p. 529. In tema vedi anche G. BELLELLI-G. DE AMICIS, voce *Scarcerazione per decorrenza dei termini*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, Torino, 1997, XIII, pp. 15-16. Sui rapporti tra reg Giudicanda cautelare e reg Giudicanda di merito, v. anche *infra*, cap. VI, ove il problema è analizzato nell'ottica di individuare eventuali ostacoli alla presentazione della domanda *ex art.* 291 c.p.p.

procedura di merito, si dovrebbe giocoforza riscontrare un ulteriore argomento per affermare l'obbligo, per il pubblico ministero, di presentare l'istanza cautelare *in bonam partem*. In questo caso, l'istanza favorevole alla difesa sarebbe imposta, oltre che dall'art. 13 Cost.⁴¹, anche dall'ulteriore necessità di evitare discrasie tra la fattispecie cautelare e la fattispecie di merito.

2.2. La rinunciabilità prima della pronuncia del giudice

Se l'assetto del codice è chiaro nel delineare l'irretrattabilità dell'azione cautelare sulla quale il giudice già si sia espresso ai sensi dell'art. 292 c.p.p., non altrettanto univoca è la soluzione per l'altra ipotesi prospettata, concernente l'eventualità in cui il giudice debba ancora pronunciarsi sulla domanda cautelare. In questo caso, può il pubblico ministero revocare la richiesta rivolta al giudice (privandolo conseguentemente del proprio potere decisorio, che può esplicarsi solo su impulso dell'organo requirente)?

Il codice non prevede alcuna disciplina specifica, ragion per cui la risposta non può essere raggiunta se non ricorrendo all'interpretazione sistematica⁴².

Ciò induce a prospettare forme di parallelismo tra la richiesta cautelare e altre domande, nel tentativo di comprendere l'atteggiamento del codice dinanzi alla revocabilità delle istanze di parte.

L'idea della rinuncia è forse quella più vicina al fenomeno ora in esame. Si tratta di un istituto che trova espresso riconoscimento nella disciplina generale delle impugnazioni (589 c.p.p.)⁴³, ma cui può probabilmente riconoscersi portata più ampia (riferibile peraltro

⁴¹ V. *retro*, par. 1, nota. 29.

⁴² F. RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 235, ricava la rinunciabilità della domanda cautelare (sempre che il giudice non abbia ancora provveduto) dal carattere incidentale della procedura che instaura.

⁴³ Peraltro, più che un riconoscimento dell'istituto l'art. 589 c.p.p. fornisce una compiuta disciplina del medesimo, preoccupandosi di stabilire i limiti temporali entro i quali la stessa deve ritenersi ammissibile, nonché l'individuazione del soggetto legittimato a proporla.

alle sole domande non obbligatorie); del resto, che la rinuncia sia concetto diffuso nel sistema emerge anche dagli istituti di natura negoziale, caratterizzati dalla rinuncia al contraddittorio⁴⁴. Alla luce di ciò, si potrebbe ammettere la possibilità di rinuncia anche ove non espressamente prevista⁴⁵, e dunque anche in assenza di un esplicito riconoscimento normativo: molte delle disposizioni che menzionano la rinuncia, infatti, sembrano farlo non tanto per sancirne la configurabilità rispetto al singolo istituto, quanto per disciplinarne particolari profili. Tanto più che nel nostro caso la rinunciabilità della richiesta cautelare individua anche la soluzione più in sintonia con il principio del *favor libertatis*.

Il tema è stato dibattuto a proposito della richiesta di archiviazione (rispetto alla quale si parla generalmente di revoca e non di rinuncia): pur con qualche oscillazione, la giurisprudenza tende ad ammettere la revocabilità di tale atto, anche a prescindere dalla circostanza che sia nel frattempo intervenuta l'avocazione delle indagini *ex art. 412 comma 2 c.p.p.*⁴⁶.

⁴⁴ Il termine «rinuncia» compare del resto anche nella disciplina delle nullità, che all'art. 183 c.p.p. definisce la rinuncia espressa all'eccezione quale causa generale di sanatoria.

In tema, e benché si tratti di un istituto estremamente particolare, può forse essere utile ricordare l'introduzione, con la legge n. 479 del 1999, di una disposizione quale il comma 4 dell'art. 495 c.p.p., che consente la rinuncia alla prova già ammessa solo con il consenso di tutte le parti. Evidentemente, il forte tasso di disponibilità che (almeno sulla carta) dovrebbe connotare l'ingresso delle prove nel processo, ha indotto il legislatore a chiarire la non rinunciabilità unilaterale di richieste di prova addirittura già ammesse dal giudice (anche alla luce degli orientamenti giurisprudenziali emersi sul punto).

⁴⁵ Ciò è ad esempio attestato dal riconoscimento giurisprudenziale della rinuncia all'opposizione al decreto penale di condanna (anche se ciò potrebbe discendere dal fatto che l'opposizione al decreto penale di condanna viene tradizionalmente inclusa nella categoria degli atti d'impugnazione). Ritiengono inesistente un divieto generalizzato di revoca degli atti processuali della parte Cass., Sez. II, 18 aprile 2007, Meloni, in *Arch. n. proc. pen.* 2007, p. 743, nonché, Sez. IV, 13 giugno 2006, Pica, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3396.

⁴⁶ In questo senso si vedano Cass., Sez. V, 26 settembre 1994, Lana, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, p. 686, Sez. VI, 8 luglio 1996, Di Cicco, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3044, Sez. II, 18 aprile 2007, Battisti e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 236405. In senso parzialmente difforme Sez. II, 28 gennaio 2003, Scuto, *ivi*, 2003, p. 3850, che, a fronte della revoca della richiesta di archiviazione da parte del procuratore generale avocante, ha ritenuto che il giudice per le indagini preliminari conservi il potere di disporre l'espletamento di ulteriori indagini (nello stesso senso: Sez. VI, 1 febbraio

Ciò premesso, nulla sembrerebbe ostare, quantomeno in linea di principio, alla rinunciabilità della richiesta *ex art. 291 c.p.p.* La conclusione oltretutto prescinde dalla definizione della necessaria iniziativa del pubblico ministero in termini di obbligo: in tale direzione pesano in modo decisivo le caratteristiche della fattispecie cautelare, su cui già si è avuto modo di soffermarsi. L'estrema fluidità dello stato degli atti è tale per cui, quantomeno in linea di principio, il solo pubblico ministero dispone di un quadro aggiornato – o comunque più aggiornato – rispetto a quello presentato al giudice chiamato a pronunciarsi sull'azione cautelare. E se ciò è particolarmente evidente per la fase delle indagini preliminari, lo stesso vale anche nei casi in cui la richiesta *ex art. 291 c.p.p.* venisse presentata nelle fasi successive del procedimento, così come già si è avuto modo di osservare.

Questa constatazione è poi tanto più forte ove si pensi alla mancata previsione di un termine perentorio entro il quale il giudice debba decidere sulla richiesta *ex art. 291 c.p.p.* In assenza di una indicazione specifica su tale aspetto, la norma generale (come tale applicabile anche al procedimento applicativo della cautela personale) è infatti l'art. 121 c.p.p.⁴⁷, che però, nel prescrivere al giudice di decidere entro quindici giorni dalla presentazione della richiesta, non sanziona in alcun modo il mancato rispetto di tale termine, puramente ordinatorio.

Ciò fa sì che il giudice possa decidere anche successivamente allo scadere dei quindici giorni, senza per ciò stesso che la richiesta cautelare avanzata dal pubblico ministero possa ritenersi caducata. Ma se questo è vero, il decorso del tempo dal momento

1999, Ceramico, in *C.E.D. Cass.*, n. 213580). In questo caso, peraltro, la rinuncia investe un atto mediante il quale il pubblico ministero chiede al giudice l'autorizzazione a non esercitare l'azione penale (esercizio dell'azione penale che gli è costituzionalmente imposto dall'art. 112 Cost.): in presenza delle condizioni per formulare l'imputazione, la revoca della richiesta di archiviazione dovrà ritenersi imposta, e non soltanto consentita (cfr. D. CULTRERA, *Avocazione delle indagini preliminari e revoca della richiesta di archiviazione*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 87).

⁴⁷ Infatti, per quanto la disposizione si riferisca alle parti, il contestuale riferimento al procedimento induce a ritenere che la disposizione sia applicabile durante tutto l'arco di quest'ultimo (cfr., in tal senso, A. JAZZETTI-M. PACINI, *La disciplina degli atti nel nuovo processo penale*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 37).

di presentazione della richiesta cautelare rende a maggior ragione necessario prospettare la possibilità, per il pubblico ministero, di rinunciare all'originaria domanda, onde precludere al giudice di decidere su un'istanza non più attuale⁴⁸.

Più in generale, la revocabilità della domanda cautelare è la soluzione che meglio risponde anche a quelle peculiari esigenze di strategia investigativa che già si sono richiamate in precedenza. Per limitarsi ad un esempio: la necessità di percorrere un nuovo filone investigativo potrebbe sorgere dopo la proposizione della richiesta cautelare; in un tale caso, la *discovery* conseguente all'apertura dell'incidente *de libertate* potrebbe dissuadere il pubblico ministero dal perseverare con l'originaria richiesta cautelare, al fine di proteggere quel segreto investigativo che gli consentirebbe di svolgere utilmente altre indagini. Negare che in questo caso il pubblico ministero possa revocare l'azione cautelare si porrebbe in contrasto con le conclusioni già raggiunte in precedenza. Le stesse considerazioni che hanno indotto il legislatore ad introdurre le numerose ipotesi di "esecuzione differita" dell'ordinanza cautelare suggeriscono questa soluzione, che consente ampio margine di manovra all'inquirente, cui deve essere garantita la possibilità di un pronto adeguamento alle mutevoli esigenze investigative⁴⁹.

⁴⁸ Aderisce a questa impostazione Cass., Sez. II, 5 febbraio 1996, Glicora, in *C.E.D. Cass.*, n. 204266; v. altresì Sez. V, 2 luglio 1993, Caldari, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, p. 283. In dottrina, A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 772, p. 725, secondo cui «sulla richiesta il giudice deve pronunciarsi entro quindici giorni, a norma dell'art. 121/2; ma la mancanza di una tempestiva decisione non rende inefficace la richiesta del P.M. che non l'abbia revocata e non abbia reagito al comportamento omissivo del giudice».

⁴⁹ Le ragioni che inducono a scartare l'irrevocabilità della richiesta cautelare portano a prendere le distanze dal diffuso orientamento giurisprudenziale che esclude la necessità di rinnovare la richiesta *ex art.* 291 c.p.p. successivamente all'emissione di un'ordinanza illegittima per carenza di requisiti formali (cfr. Cass., Sez. II, 29 febbraio 2008, Rossano, in *C.E.D. Cass.*, n. 239773, Sez. I, 28 aprile 1992, Tisa, in *C.E.D. Cass.*, n. 190524, Sez. I, 23 aprile 1992, Bonaffini, in *Riv. pen.* 1993, p. 356, Sez. I, 19 ottobre 1993, Messina, in *C.E.D. Cass.*, n. 196488). In questo caso, peraltro, la questione si intreccia a quella concernente la consumazione del potere di emettere il provvedimento giudiziale una volta emesso un atto invalido.

CAPITOLO III

LA TITOLARITÀ DELLA DOMANDA CAUTELARE

1. *Premessa*

Lo studio della domanda non può che muovere da un'analisi volta ad individuare il soggetto titolare del potere di innescare l'incidente *de libertate*.

In proposito, ci troviamo di fronte ad una delle poche certezze dell'art. 291 c.p.p.: unico legittimato all'azione cautelare personale è il pubblico ministero; la disposizione non riconosce infatti a nessun altro soggetto il potere di sollecitare l'esercizio del potere coercitivo. In particolare, il sistema non contempla alcun ruolo d'impulso alla persona offesa dal reato (o al danneggiato dal reato stesso), cui non viene garantito neppure un diritto analogo a quello di cui agli artt. 394 e 572 c.p.p., che impongono al pubblico ministero di motivare con decreto rispettivamente la mancata presentazione della richiesta di incidente probatorio promossa dalla vittima del reato e la decisione di non proporre impugnazione ad effetto penale sollecitata dalla parte civile e dalla persona offesa. È questo un dato comune a misure personali e sequestro preventivo, e che trova conferma anche nell'art. 582 *bis* c.p.p. (disposizione che ribadisce la necessità della richiesta del pubblico ministero per l'ingiunzione al pagamento di un assegno a favore delle persone conviventi qualora venga disposto l'allontanamento dalla casa familiare); l'unica eccezione in materia cautelare è tracciata dall'art. 316 comma 2 c.p.p., che (in analogia con quanto previsto dagli artt. 671 ss. c.p.c. a garanzia del creditore), accorda alla parte civile la legittimazione a presentare al giudice del processo un'autonoma richiesta tesa a tutelare le proprie ragioni di

credito nascenti dal reato. Ma se si esclude questa possibilità, il libro IV non concede alcun ruolo né alla vittima né al danneggiato¹.

Benché l'art. 291 c.p.p. sia chiaro (quantomeno) nell'attribuire al pubblico ministero il monopolio sulla domanda cautelare personale, l'individuazione più specifica dell'ufficio cui viene normativamente attribuita la paternità dell'impulso cautelare può rivelarsi non sempre agevole. Come si avrà modo di constatare, in materia non mancano le incertezze, che conseguono, oltre che ad un recente (e discutibile) intervento normativo (si allude all'assenso scritto imposto dall'art. 3 d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106²), ad alcune incongruenze insite nella disciplina delle impugnazioni *de libertate*, poco chiare nell'individuare il soggetto legittimato a coltivare la domanda cautelare dinanzi al tribunale della libertà e alla Corte di cassazione.

Utile, in proposito, procedere per tappe successive, partendo dall'identificazione dell'organo territorialmente deputato alla presentazione della domanda.

2. *Domanda cautelare e competenza. Possibili elusioni*

A norma dell'art. 51 comma 3 c.p.p., legittimato a proporre la domanda cautelare è il pubblico ministero presso l'autorità giurisdizionale competente; ove si proceda per i reati di cui al comma 3 *bis* e 3 *quater*, la medesima funzione sarà svolta dall'ufficio presso il tribunale del capoluogo del distretto in cui è compreso il giudice competente³. In particolare, stando alla regola della "simmetria", la

¹ Non così, ad esempio, nella procedura penale spagnola. La *Ley organica* 24 ottobre 2003, n. 13, modificando l'art. 505 della *Ley de enjuiciamiento criminal*, ha introdotto la necessità dell'impulso della parte accusatrice affinché possa essere disposta la *prision provisional*. In linea con una delle maggiori peculiarità di quel sistema, che contempla la presenza di più parti accusatrici, la disposizione attribuisce il potere di impulso sia al *ministerio fiscal* che agli altri accusatori: *popular, particular, privado*.

² Cfr. *infra*, par. 4.

³ Le disposizioni appena richiamate individuano le condizioni di legittimazione "territoriale" dell'organo dell'accusa, dovendo quindi considerarsi presidiate dalla nullità di ordine generale (si veda, ancorché rispetto all'esercizio dell'azione

legittimazione dell'accusa allo svolgimento delle relative funzioni (e dunque anche alla proposizione della domanda cautelare) deve essere scartata nel caso in cui il pubblico ministero concretamente si trovi ad operare dinanzi ad un giudice diverso da quello presso cui egli è istituito.

Diversa l'ipotesi in cui il pubblico ministero rivolga la domanda cautelare al giudice presso cui ha sede, ove il giudice stesso disconosca la propria competenza in relazione al reato per il quale si procede. In questo caso, l'iniziativa dell'accusa sfocerà in una declaratoria di incompetenza, e potrà comunque condurre all'emissione di un provvedimento restrittivo, qualora il giudice cui è rivolta riconosca, accanto alle condizioni generali per l'esercizio del potere coercitivo, anche la peculiare urgenza di fronteggiare il *periculum libertatis* pretesa dall'art. 291 comma 2 c.p.p.⁴. Per tale eventualità il legislatore legittima il giudice incompetente ad emettere un provvedimento provvisorio, destinato a divenire inefficace ove l'autorità competente non provveda entro venti giorni a pronunciare una nuova ordinanza cautelare, secondo quanto prescritto dall'art. 27 c.p.p.⁵.

A quest'ultimo proposito si segnala la scarsa perspicuità dell'art. 27 c.p.p., che, nel richiamare testualmente gli artt. 292, 317 e 321, non chiarisce se il secondo provvedimento cautelare presupponga comunque una nuova richiesta (avanzata dal pubblico ministero territorialmente "competente") o possa piuttosto prescindere⁶. Il riferimento al solo art. 292 c.p.p. potrebbe sembrare sintomatico della superfluità di un nuovo atto d'impulso, e dunque della legittimazione, in capo al giudice, ad emettere il provvedimento restrittivo in virtù dell'iniziale domanda cautelare. Ma a ben

penale, O. DOMINIONI, *sub art. 179*, in E. AMODIO-O. DOMINIONI, *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, pp. 277-278).

⁴ In dottrina si è peraltro constatata la difficoltà di immaginare un'esigenza cautelare rispetto alla quale sia possibile disconoscere l'urgenza di provvedere (v. A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, 2007, p. 773).

⁵ Il combinato disposto di cui all'art. 291 comma 2 e 27 c.p.p. vige solo per il giudice che si ritenga in difetto di competenza, e non in difetto di giurisdizione.

⁶ Così recita, infatti, l'art. 27: «Le misure cautelari disposte dal giudice che, contestualmente o successivamente, si dichiara incompetente per qualsiasi causa cessano di avere effetto se, entro venti giorni dalla ordinanza di trasmissione degli atti, il giudice competente non provvede a norma degli artt. 292 c.p.p., 317 e 321».

vedere, ammettere un provvedimento restrittivo senza che l'azione cautelare sia stata promossa dal pubblico ministero presso il giudice competente comporterebbe un sostanziale scavalco dell'art. 51 comma 3 c.p.p., facendo dipendere l'esercizio del potere coercitivo dall'iniziativa di un organo (il pubblico ministero presso il giudice che abbia emesso l'ordinanza urgente, soggetta alla perdita di efficacia) a ciò non legittimato.

Se questo non bastasse, la necessità di una nuova richiesta cautelare da parte del pubblico ministero presso il giudice competente si desume anche dall'intera disciplina degli artt. 22 ss. c.p.p.

Tale disciplina contempla la restituzione degli atti al pubblico ministero per il caso in cui il giudice per le indagini preliminari si ritenga incompetente⁷: in assenza di una nuova richiesta cautelare del pubblico ministero presso il secondo giudice, la caducazione di cui all'art. 27 c.p.p. sarebbe inevitabile, posto che è appunto il pubblico ministero (e non il giudice) il destinatario del provvedimento di restituzione (art. 22 comma 1) o di trasmissione (art. 22 comma 3, nonché artt. 23 e 24)⁸ degli atti *ex* art. 22 comma 1 c.p.p.; il "secondo" giudice potrebbe infatti non essere neppure a conoscenza dell'avvenuta emissione di un provvedimento cautelare provvisorio. Il fatto poi che l'ordinanza di restituzione degli atti al pubblico ministero pronunciata dal giudice durante le indagini preliminari produca effetti «limitatamente al provvedimento richiesto» (così l'art. 22 comma 2 c.p.p.) non fa che confermare questa conclusione, poiché

⁷ Rispettivamente: il pubblico ministero richiedente per l'ipotesi di incompetenza dichiarata durante le indagini preliminari (comma 1); il pubblico ministero presso il giudice competente nel caso di declaratoria di incompetenza successiva alla chiusura delle indagini preliminari (art. 22 comma 3; soluzione, quest'ultima, analoga a quella ora prevista dagli artt. 23 e 24 c.p.p. per l'incompetenza dichiarata in primo e secondo grado). La differenza tra le due soluzioni prescritte dal primo e dal terzo comma dell'art. 22 c.p.p. è dovuta al fatto che soltanto con la conclusione delle indagini preliminari il giudice avrà una cognizione esaustiva di un panorama investigativo ormai completato; prima della chiusura delle indagini preliminari, infatti, egli potrebbe essere forviato, nella valutazione della propria competenza, magari proprio da una cognizione parziale degli atti, che non gli consenta di apprezzare l'eventuale operatività degli effetti della connessione sulla competenza.

⁸ In proposito, la circostanza che l'art. 27 c.p.p. impieghi l'espressione «ordinanza di trasmissione» anziché «restituzione degli atti al pubblico ministero» è dovuta alla coerenza trasversale della disposizione, che opera lungo tutto l'arco del procedimento.

induce a ritenere che il pubblico ministero destinatario dell'ordinanza di restituzione degli atti *ex art. 22* comma 1 c.p.p. sia poi libero di scegliere: o di trasmettere gli atti al pubblico ministero presso il giudice competente affinché (eventualmente) promuova l'emissione dell'ordinanza cautelare ad opera del giudice competente; oppure di non trasmettere il fascicolo, trattenendo presso di sé l'indagine⁹.

La necessità di una nuova domanda cautelare del pubblico ministero dinanzi al giudice ritenuto competente a norma dell'art. 291 comma 2 c.p.p. (o quantomeno di un atto d'impulso mediante cui il secondo pubblico ministero assuma come propria l'iniziativa cautelare già promossa dal primo) riconduce quindi il particolare meccanismo *ex artt. 291* comma 2 e 27 c.p.p. alla regola della "simmetria", codificata dall'art. 51 c.p.p.

Tutto ciò considerato, non sembra fuori luogo concludere che questo particolare istituto indirettamente – e in via del tutto eccezionale – concede al pubblico ministero privo di legittimazione a livello territoriale la possibilità di sollecitare l'intervento cautelare, conseguente alla "competenza del giudice incompetente", subordinata al requisito della particolare urgenza di fronteggiare i *pericula libertatis* e correlata all'esercizio di un potere coercitivo ad efficacia limitata nel tempo.

Nonostante siano meno scontate (come vedremo, per anni la giurisprudenza si è orientata in senso opposto), analoghe conclusioni devono essere riferite anche alla particolare disciplina dell'incidente cautelare che si innesti in seno alla procedura di convalida dell'arresto e del fermo. In questa ipotesi, il legislatore attribuisce la competenza funzionale per la convalida al giudice del luogo dove l'arresto o il fermo è stato eseguito, giudice che può anche non coincidere con quello, naturale, competente a conoscere del procedimento¹⁰.

⁹ I commi 1 e 2 dell'art. 22 sono richiamati dall'art. 20 c.p.p. in relazione al difetto di giurisdizione. Diversa la soluzione scelta dall'art. 67 c.p.p., che, disciplinando l'ipotesi di incertezza sull'età dell'imputato, contempla l'obbligo, per l'autorità giudiziaria, di trasmettere gli atti al procuratore della Repubblica presso il tribunale per i minorenni.

¹⁰ La possibile discrasia tra il giudice competente per la convalida dell'arresto o del fermo e giudice del procedimento emerge – denotando la sua non trascurabile incidenza statistica – sol che si pensi (oltre che alle eventualità in cui operi la connessione) all'ipotesi del fermo, qualora l'indiziato di delitto venga individuato

Sebbene il codice non sia esplicito nel richiamare gli artt. 291 comma 2 e 27 c.p.p., la giurisprudenza (anche a Sezioni Unite¹¹), rovesciando il precedente orientamento maggioritario, ha avuto modo di chiarire che la competenza funzionale attribuita dall'art. 390 comma 1 c.p.p. al giudice del luogo di esecuzione del fermo o dell'arresto deve essere riferita al solo provvedimento di convalida, e non anche all'emissione di un provvedimento cautelare. La tesi è sistematicamente corretta, e fa sì che l'eventuale misura cautelare disposta in seno all'udienza di cui all'art. 391 c.p.p. sia comunque sottoposta al limite temporale di efficacia prescritto in via generale dall'art. 27 c.p.p. (e ciò anche ove manchi una declaratoria espressa di incompetenza, purché la ritenuta incompetenza sia comunque implicitamente desumibile dal testo del provvedimento¹²). Pure in tale ipotesi, dunque, si farà ricorso alla regola generale: ferma restando la legittimazione a chiedere la convalida (e l'emissione dell'ordinanza cautelare provvisoria) in capo al pubblico ministero del luogo in cui l'arresto o il fermo è stato eseguito, il nuovo titolo cautelare, destinato a sostituire quello originario, dovrà poi essere sollecitato dal pubblico ministero presso il giudice competente¹³.

(e dunque fermato) in un luogo diverso da quello di consumazione del reato medesimo. In linea di principio dovrebbe essere meno ricorrente l'ipotesi dell'arresto eseguito a seguito di un inseguimento protrattosi nell'ambito di una differente circoscrizione territoriale; a ben vedere, però, l'ipotesi dell'arresto da parte di giudice diverso da quello del *locus commissi delicti* cessa di essere marginale ove si pensi all'istituto della "flagranza differita".

¹¹ Si tratta della pronuncia Sez. Un., 15 ottobre 1999, n. 17, Salzano (in *Cass. pen.*, 2000, p. 342). In precedenza, l'orientamento maggioritario era viceversa nel senso del riconoscimento, in capo al giudice competente per la convalida, di una competenza funzionale, derogatoria rispetto alle regole generali, ad emettere anche l'ordinanza di cui all'art. 292 c.p.p.: v., tra le altre, Cass., Sez. III, 6 maggio 1999, Ndrimicim, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, p. 255, Sez. II, 18 febbraio 1997, Ciotola, in *Cass. pen.*, 1999, p. 219, con nota adesiva di F. Nuzzo, Sez. V, 11 febbraio 1994, De Masi, in *Giust. pen.*, 1994, III, c. 439.

¹² Così come avviene nell'ipotesi in cui il giudice, pur non dichiarando espressamente la propria incompetenza, dispone comunque la trasmissione degli atti al pubblico ministero presso il giudice competente.

¹³ Un'ipotesi peculiare poteva in passato verificarsi in rapporto ai delitti per i quali l'art. 51 c.p.p. attribuisce le funzioni dell'accusa al pubblico ministero del capoluogo del distretto di corte d'appello nel cui ambito è compreso il giudice competente, quando ancora le funzioni di giudice per le indagini preliminari non erano state distrettualizzate (per effetto di un sostanziale "trascinamento": l'assetto attuale

Infine, sembra doveroso segnalare la singolare ipotesi cui può dar luogo l'applicazione dell'art. 54 comma 1 c.p.p. nell'ambito di un procedimento in cui la persona sottoposta alle indagini già si trovi ristretta *in vinculis*. L'applicazione di tale istituto può infatti interferire con la disciplina di cui al combinato disposto degli artt. 291 comma 2 e 27 c.p.p., giungendo – in casi patologici – a frustrarne la portata garantistica.

L'art. 54 c.p.p. disciplina l'ipotesi in cui il pubblico ministero, durante le indagini preliminari, ritenga che il reato appartenga alla competenza di un giudice diverso da quello presso cui egli esercita le funzioni, imponendogli di trasmettere immediatamente gli atti all'ufficio del pubblico ministero presso il giudice competente. In questo caso, ove la persona sottoposta alle indagini sia stata precedentemente attinta da un'ordinanza cautelare, ci si troverà di fronte ad un caso non riconducibile all'art. 27 c.p.p.

Quantomeno secondo l'interpretazione della giurisprudenza di gran lunga maggioritaria, presupponendo tale ultima disposizione una declaratoria giudiziale di incompetenza¹⁴, l'ordinanza cautelare pronunciata dal giudice sollecitato dal primo pubblico ministero (e dunque prima della trasmissione di atti *ex art.* 54 comma 1 c.p.p.) non deve ritenersi soggetta a necessaria rinnovazione nel termine di venti giorni¹⁵. Quest'ipotesi implica dunque la perdurante efficacia di un provvedimento sollecitato da un pubblico ministero poi spogliatosi del fascicolo. Benché si tratti di una soluzione corretta da un punto

si deve all'ultimo intervento normativo operato in materia ad opera del d.l. n. 92 del 2008, conv. in l. n. 125 del 2008). La relativa disciplina poteva dar luogo a risvolti applicativi singolari; ad esempio, il pubblico ministero distrettuale poteva ritenersi legittimato ad esercitare l'azione cautelare in virtù di una determinata qualificazione giuridica (concernente una fattispecie richiamata dall'art. 51 comma 3 *bis* c.p.p.), successivamente smentita dal giudice chiamato a pronunciarsi *ex art.* 292 c.p.p.

¹⁴ O, secondo alcune pronunce, quantomeno un provvedimento con cui il giudice cautelare, pur senza formalmente dichiararsi incompetente, dispone la trasmissione degli atti al pubblico ministero presso l'autorità competente: cfr. Cass., Sez. VI, 26 giugno 2003, Bouchaib, in *C.E.D. Cass.*, 228392, Sez. I, 20 marzo 2002, Sinanaj, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2362, pronunce concernenti l'ipotesi in cui la convalida del fermo e dell'arresto sia avvenuta da parte di giudice (competente per la convalida) diverso da quello del *locus commissi delicti*.

¹⁵ Tra le numerose, v. Cass., Sez. II, 11 gennaio 2007, Della Corte, in *C.E.D. Cass.*, n. 236125, Sez. II, 9 aprile 2001, Gelmini, in *Cass. pen.*, 2002, p. 725, con nota di F. NUZZO.

di vista strettamente formale, è indubbia la disparità nel trattamento riservato a eventualità non così distanti tra loro: se è il giudice per le indagini preliminari a riconoscersi incompetente, il provvedimento restrittivo sarà soggetto a caducazione nel termine perentorio di cui all'art. 27 c.p.p.; se viceversa è il pubblico ministero a declinare la propria attribuzione trasmettendo gli atti ad altro ufficio, la necessaria rinnovazione dell'ordinanza cautelare non è imposta.

Il giudice delle leggi, chiamato a verificare la legittimità costituzionale dell'art. 27 c.p.p. nella parte in cui non si applica anche nel caso di trasmissione degli atti disposta dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 54 c.p.p., ha dichiarato l'infondatezza della questione, muovendo dalla disomogeneità delle due differenti situazioni processuali, posto che i rapporti fra uffici del pubblico ministero sono regolati secondo criteri diversi da quelli che ripartiscono la competenza tra giudici¹⁶.

È un dato di fatto, però, che la disparità di trattamento, in linea di principio accettabile (essendo in effetti non del tutto equiparabili le due diverse situazioni), diventa viceversa difficile da tollerare nelle ipotesi in cui l'omessa declaratoria di incompetenza sia il frutto di un errore (se non, addirittura, di una scelta), del giudice stesso, che abbia tralasciato (o evitato) di dichiarare il difetto di competenza in modo esplicito. Si tratta di un'evenienza non così scolastica, a giudicare dalla non trascurabile casistica fiorita sulla questione, e che sembra aver trovato una parziale risposta giurisprudenziale in alcune recenti pronunce, che hanno ritenuto di prescindere dall'esistenza di una formale declaratoria di incompetenza, estendendo l'applicabilità dell'art. 27 c.p.p. a casi in cui la mancata declaratoria sia il frutto di un'omissione del giudice¹⁷, o possa comunque ritenersi implicita¹⁸.

¹⁶ Cfr. Corte cost. 12 giugno 1991, n. 262: i parametri richiamati erano i principi di cui agli artt. 3, 24, 25 Cost. Successivamente, la Cassazione ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 54 c.p.p. in relazione all'art. 111 comma 1 Cost. (cfr. Cass., Sez. IV, 4 luglio 2002, N.A., in *Cass. pen.*, 2004, p. 595).

¹⁷ Come nell'ipotesi esaminata da Cass., Sez. I, 7 luglio 2004, Agyeipah, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3291. V. anche Sez. I, 8 marzo 2001, Ascione, in *Riv. pen.*, 2001, p. 940.

¹⁸ Cfr., oltre alle pronunce citate nella nota 17, v. Cass., Sez. VI, 9 gennaio 2002, Mema e altro, in *Giur. it.*, 2002, c. 2357, con nota di I. CAMINITI.

Peraltro, anche qualora la trasmissione degli atti *ex art.* 54 c.p.p. avvenga in assenza di una, seppur implicita, declaratoria di incompetenza, alla difesa dovrà comunque essere garantito il diritto ad una pronuncia ricognitiva della propria incompetenza da parte del giudice già autore del provvedimento di cattura¹⁹. Questa tesi consente di coniugare il diritto di difesa con la logica sottesa all'impossibilità di estendere la caducazione *ex art.* 27 c.p.p. a tutte le ipotesi di trasmissione di atti tra diversi uffici del pubblico ministero: la trasmissione può infatti essere determinata da eventuali, successivi sviluppi investigativi. In questo caso sarebbe improprio invocare l'art. 27 c.p.p., posto che, nel momento in cui si pronunciava sulla cautela, il giudice si considerava competente (magari perché destinatario di una cognizione solo parziale degli atti). Cionondimeno, la difesa, conservando il proprio diritto ad una declaratoria di incompetenza da parte del primo giudice, avrebbe quantomeno la possibilità di ottenere una pronuncia alla quale collegare la decorrenza del termine di venti giorni di cui all'art. 27 c.p.p.²⁰.

L'importante è che il giudice effettivamente dichiari la propria incompetenza, e dunque, ancor prima, venga anche posto nelle condizioni di dichiararla: il che implica che a tale organo debba essere trasmesso il fascicolo delle indagini, benché ormai in mano ad un pubblico ministero presso altro giudice. L'esigenza di garantire

¹⁹ Così Cass., Sez. I, 4 marzo 1999, Belforte, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1726, che ha riconosciuto la persistenza dell'interesse difensivo ad una pronuncia sulla competenza del giudice che l'ha adottata anche quando gli atti siano trasmessi ad altro pubblico ministero *ex art.* 54 c.p.p. (e proprio sul presupposto che da tale trasmissione «non deriva l'attivazione del meccanismo di efficacia differita della misura»). In dottrina, R. RUGGIERO, *Misure cautelari disposte dal giudice incompetente: ancora un intervento della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 3156.

²⁰ In tal modo si risponderebbe anche all'argomento (peraltro di per sé non decisivo), usualmente impiegato da chi nega l'operatività dell'art. 27 c.p.p. al caso della trasmissione degli atti tra diversi uffici del pubblico ministero, insito nella impossibilità di individuare il *dies a quo* per determinare la decorrenza del termine perentorio di venti giorni (ritiene dirimente questo argomento S. MARINELLI, *Udienza di convalida e incompetenza per territorio*, in A. ALBIANI-S. MARINELLI, *Misure cautelari in materia di libertà personale e sequestro penale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 111; critico è invece C. CARINI, *Il procedimento applicativo*, in AA.VV., *Le misure cautelari personali*, a cura di G. Spangher-C. Santoriello, Giappichelli, Torino, 2009, p. 209.

il diritto della difesa ad un provvedimento sulla competenza del giudice cautelare²¹ sbarrando infatti la strada all'*escamotage* del giudice che, non dichiarando apertamente la propria incompetenza, si limiti a prendere atto di un'avvenuta trasmissione *ex art. 54 c.p.p.*: una tale prassi (piuttosto ricorrente) finisce infatti per eludere definitivamente la *ratio* garantistica sottesa all'*art. 27 c.p.p.*

Gli inevitabili appesantimenti di un tale modo di procedere, che obbliga il "secondo" pubblico ministero a trasmettere l'incartamento al "primo" giudice, potrebbero comunque essere evitati dal secondo inquirente, che, una volta ricevuti gli atti, solleciti la conferma dell'originaria ordinanza cautelare al giudice presso il quale è istituito (così in qualche modo anticipando la difesa), in ossequio allo spirito che anima l'*art. 27 c.p.p.* Questo modo di operare, benché non espressamente imposto dal codice, è l'unico davvero ortodosso, e porta con sé anche un aggiornamento della fattispecie cautelare, idoneo a eliminare le discrasie (sempre possibili, come già si è avuto modo di segnalare) tra imputazione preliminare e contestazione cautelare²².

3. *Impugnazioni de libertate e pubblico ministero legittimato a coltivare la domanda cautelare*

La competenza funzionale cautelare, così come tratteggiata dall'*art. 279 c.p.p.*, segue quella relativa al procedimento principale: il pubblico ministero "competente" a presentare la domanda cautelare deve dunque essere identificato nel titolare della funzione d'accusa nell'ambito del procedimento principale.

L'individuazione del soggetto legittimato a coltivare la domanda cautelare nei successivi gradi di impugnazione è viceversa meno agevole.

Sul punto rileva innanzitutto l'ambiguità dell'*art. 51 c.p.p.* se letto nella prospettiva delle impugnazioni *de libertate*. In partico-

²¹ Diritto che si ricava anche dalla lettera dell'*art. 27 c.p.p.*, che parla di incompetenza dichiarata «contestualmente o successivamente» all'emissione del provvedimento cautelare.

²² Si esprime nel senso della piena correttezza di questa soluzione Cass., Sez. IV, 30 ottobre 2001, B., n. 41370, in *Iurisdata*.

lare, si allude al contrasto tra il comma 1 lett. *a* della disposizione, che attribuisce l'esercizio delle funzioni di pubblico ministero nelle indagini preliminari e nei procedimenti di primo grado ai magistrati della procura della Repubblica presso il tribunale, e la lett. *b* del medesimo comma, che per i giudizi di impugnazione affida l'esercizio della funzione accusatoria ai magistrati della procura generale presso la corte d'appello o presso la Corte di cassazione. La disciplina, chiaramente pensata per il procedimento principale, crea una sorta di cortocircuito ove letta nella prospettiva dell'incidente cautelare: infatti, se si considera l'art. 51 comma 1 lett. *a*), l'esercizio delle funzioni di pubblico ministero, anche nell'ambito della procedura incidentale, dovrebbe sempre e comunque essere attribuito alla procura della Repubblica presso il tribunale (sulla scorta di una "attribuzione onnicomprensiva", tale da abbracciare anche la procedura incidentale); se invece si considera specificamente la lett. *b* del medesimo primo comma, riferito alle impugnazioni, l'ufficio del pubblico ministero legittimato a rappresentare l'accusa sembrerebbe dover essere individuato nella procura generale presso la corte d'appello e nella procura generale presso la corte di cassazione.

Le incertezze interpretative alimentate da tale incongruenza risultano in gran parte superate dalla riforma, operata dal legislatore del 1996, che ha investito gli artt. 309 e 311 c.p.p., e che si avrà subito modo di analizzare. Cionondimeno, come vedremo, la natura parziale dell'intervento correttivo, non consente di ritenere del tutto superato il problematico conflitto tra le lett. *a* e *b* dell'art. 51 c.p.p., tanto che l'unico modo per superare l'antinomia normativa è forse quello di limitare l'ambito applicativo dell'art. 51 c.p.p. al solo procedimento principale.

Entrando *in medias res*, le questioni concernenti l'individuazione del pubblico ministero legittimato a coltivare la domanda cautelare nei gradi successivi dell'incidente *de libertate* devono essere considerate distinguendo due profili distinti: da un lato, l'identificazione del soggetto legittimato a presentare l'atto di impugnazione; dall'altro, quella dell'organo legittimato a partecipare all'udienza camerale.

In sede di riesame naturalmente non si pongono questioni in rapporto al primo aspetto: si tratta infatti di un mezzo d'impugnazione precluso al pubblico ministero.

Quanto al secondo aspetto, come espressamente riconosciuto dal comma 8 *bis* dell'art. 309 c.p.p., legittimato a sostenere le ragioni dell'accusa all'udienza camerale sarà non soltanto il pubblico ministero presso il tribunale della libertà, ma anche quello che ha chiesto l'applicazione della misura coercitiva. L'innesto di tale comma è dovuto all'art. 2 decreto legge 23 ottobre 1996, n. 553²³, conv. (con modifiche) in legge 23 dicembre 1996, n. 652. Prima di tale novella, l'orientamento prevalente (anche muovendo dalla natura eccezionale dell'art. 570 comma 3 c.p.p.), tendeva a ravvisare la legittimazione a partecipare all'udienza di riesame esclusivamente in capo al pubblico ministero presso il tribunale competente a decidere sull'impugnazione cautelare²⁴. Una tale situazione normativa determinava però una notevole debolezza per l'accusa²⁵; da qui l'innesto del comma 8 *bis* nel corpo dell'art. 309 c.p.p., nonché, coerentemente, la modifica del comma 8 del medesimo articolo, che ora riconosce il diritto a ricevere l'avviso per l'udienza camerale di riesame al pubblico ministero già richiedente l'applicazione della misura.

Stando alla regola generale, la legittimazione a proporre appello *ex art.* 310 c.p.p. spetta al pubblico ministero presso il giudice che ha emesso l'ordinanza cautelare oggetto dell'impugnazione.

²³ L'attuale formulazione della disciplina consegue all'intervento operato con decreto legge 8 luglio 1996, n. 355, convertito (dopo essere stato reiterato per due volte: un primo decreto è il n. 464 del 6 settembre 1996; il secondo, poi effettivamente convertito in legge, è il d. l. 23 ottobre 1996, n. 553) con legge 23 dicembre 1996, n. 652.

²⁴ In tal senso, ancorché con riferimento ad una questione di legittimità costituzionale sollevata in ordine all'art. 324, comma 6, c.p.p., Corte cost. 10 novembre 1992, n. 432, in *Cass. pen.*, 1993, p. 260. *Contra* M. CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 146 ss.

²⁵ V. i rilievi critici di G. FIDELBO, *Sulla partecipazione all'udienza di riesame del procuratore della Repubblica pretoriale che ha convalidato il sequestro*, in *Cass. pen.*, 1991, II, p. 48, R. CANTONE, *Ma l'accusa è sempre garantita nel procedimento di riesame?*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p. 48, A. GIANNONE, *sub art.* 309-311, in *Commento al codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, III agg., Utet, Torino, 1997, p. 397 ss. Tale debolezza si sarebbe oltretutto manifestata su ben più ampia scala a seguito della concentrazione della competenza funzionale *ex art.* 309 e 310 c.p.p. in capo al tribunale distrettuale (concentrazione contestualmente disposta con l'art. 2 d. l. 23 ottobre 1996, n. 553, conv. [con modifiche] in l. 23 dicembre 1996, n. 652).

Nel caso in cui il provvedimento restrittivo sia stato emesso dalla corte d'appello, legittimato ad interporre il gravame sarà dunque il procuratore generale²⁶.

Quanto alla legittimazione a presenziare all'udienza *ex art.* 310 c.p.p., va segnalata l'incompletezza della riforma del 1996, che ha inciso sul riesame e sul ricorso per cassazione, ma non sull'appello *de libertate*²⁷. La disciplina dell'appello cautelare, infatti, nulla dice in ordine al soggetto legittimato a presenziare alla relativa udienza; stando alla regola della "simmetria", secondo cui il pubblico ministero ripete la propria competenza dal giudice presso il quale accede, questi dovrebbe essere individuato nel solo pubblico ministero dinanzi al tribunale distrettuale della libertà.

Così come suggerito dalla dottrina²⁸, l'*empasse*, generata da una probabile dimenticanza, può essere superata con una lettura sistematica, che muova dalla contestuale modifica apportata all'art. 311 comma 1 c.p.p. (anch'essa attuata dal d.l. n. 553 del 1996, all'art. 3). Come si avrà modo di vedere prendendo in esame il ricorso per cassazione, l'art. 311 comma 1 c.p.p., che prima della novella del 1996 si esprimeva in termini generici, attribuendo la legittimazione al ricorso al «pubblico ministero», oggi menziona espressamente, oltre al pubblico ministero presso il tribunale distrettuale del riesame, anche quello che sia autore della richiesta cautelare. Ebbene, dopo che il legislatore del 1996 ha esplicitamente riconosciuto al pubblico ministero che ha promosso l'azione cautelare la legittimazione a presentare ricorso *ex art.* 311 c.p.p., parrebbe del tutto illogico negargli la facoltà di presenziare all'udienza di cui all'art. 310 c.p.p.²⁹.

²⁶ Cfr. Cass. Sez. I, 13 novembre 1991, Martinelli, in *C.E.D. Cass.* n. 188850.

²⁷ Il problema si ripercuote anche sull'art. 322 *bis* c.p.p., in tema di appello cautelare reale, visto che il comma 2 di questa disposizione rinvia alla disciplina dell'art. 310, in quanto compatibile.

²⁸ N. POLVANI, *Le impugnazioni de libertate. Riesame, appello, ricorso*, Cedam, Padova, 1999², p. 335.

²⁹ Tale ricostruzione (sistematicamente convincente, in quanto volta a correggere gli effetti concreti di una svista normativa) non consta essere stata ancora accolta dalla giurisprudenza di legittimità (in senso negativo, ancorché prima della riforma del 1996, v. Sez. Un. 31 maggio 1991, n. 8, Faraco, in *Giur. it.*, 1992, II, p.

Infine, il ricorso per cassazione. Come anticipato, il legislatore del 1996, sciogliendo l'ambiguità dell'originaria formula codicistica, che si riferiva genericamente al «pubblico ministero», attribuisce la legittimazione al ricorso sia al pubblico ministero «presso il tribunale indicato nel comma 7 dell'art. 309 c.p.p.», sia a quello che abbia presentato la richiesta cautelare.

In sostanza, la novella replica nell'art. 311 c.p.p. le rettifiche già operate sull'art. 309 c.p.p. (inspiegabilmente tralasciando l'art. 310 c.p.p., come pure tutta la disciplina delle impugnazioni cautelari reali³⁰).

Nonostante l'apparente esaustività della modifica della disciplina concernente il ricorso per cassazione, anche a tale proposito rimane comunque un importante vuoto normativo, che investe l'ipotesi in cui il pubblico ministero che abbia richiesto l'applicazione della misura cautelare non coincida con il pubblico ministero che esercita le funzioni d'accusa presso il giudice investito del procedimento. Tale eventualità è molto meno infrequente di quanto possa sembrare; basti pensare alle vicende concernenti la possibile revoca o sostituzione della misura cautelare che sorgano quando il procedimento principale penda in un grado successivo al primo.

Il caso – paradigmatico, e oggetto di un vivace scontro di opinioni, anche in giurisprudenza³¹ – è quello della legittimazione del procuratore generale presso la corte d'appello. Utile un esempio, indicativo della nutrita casistica sorta sul punto: pendente il procedimento principale in grado d'appello, la difesa formula richiesta di revoca (o di sostituzione) della misura cautelare personale; a fronte del rigetto dell'istanza, la difesa reagisce impugnando l'ordinanza

219, con nota di T. TREVISSON LUPACCHINI, nonché Sez. VI, 2 febbraio 1996, Vinciguerra, in *C.E.D. Cass.*, n. 224251).

³⁰ In proposito si rinvia a E. VALENTINI, *La legittimazione del procuratore generale presso la corte d'appello a ricorrere per cassazione contro i provvedimenti del tribunale della libertà*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4617.

³¹ Tra le varie pronunce che avevano deciso nel merito ricorsi per cassazione presentati dal procuratore generale, particolarmente significativa dell'orientamento favorevole al riconoscimento della legittimazione a ricorrere *ex art.* 311 c.p.p. in capo a tale soggetto è Cass., Sez. I, 19 marzo 2009, Iyere, n. 20789. *Contra*, tra le altre, Sez. I, 19 gennaio 1998, Venturini, in *C.E.D. Cass.*, n. 209849, Sez. VI, 22 dicembre 1997, Nasrale, *ivi*, n. 210827, Sez. VI, 21 maggio 1997, Antonelli, *ivi*, n. 209328.

reiettiva *ex art.* 310 c.p.p.; il tribunale della libertà accoglie il gravame. Può il procuratore generale presentare ricorso per cassazione contro il provvedimento del giudice dell'appello cautelare?

Se si eccettua il caso (statisticamente non troppo rilevante) in cui la misura cautelare sia stata applicata su istanza del procuratore generale, la risposta dovrebbe essere negativa: l'art. 311 c.p.p., che oggi si esprime in termini analitici, attribuisce espressamente la legittimazione, oltre che al pubblico ministero presso il tribunale distrettuale del riesame, al solo pubblico ministero autore della richiesta cautelare, ma non menziona il procuratore generale presso la corte d'appello.

Su questo specifico quesito si sono recentemente pronunciate le Sezioni unite, che hanno optato per la lettura più restrittiva, in ossequio al principio di tassatività dei soggetti legittimati ad impugnare (art. 568 comma 3 c.p.p.)³².

La questione evoca molto da vicino l'originario dibattito sorto attorno all'individuazione dell'ufficio del pubblico ministero legittimato ad intervenire all'udienza camerale *ex art.* 309 c.p.p. (dibattito che ha preceduto la riforma del 1996): in una direzione pesa il principio di tassatività dei soggetti legittimati ad impugnare; nell'altra, l'esigenza di garantire al pubblico ministero "del" procedimento principale la possibilità di sostenere le ragioni dell'accusa anche nell'ambito della parallela procedura *de libertate*.

A ben vedere, l'*empasse*, già insito nella stesura originaria dell'art. 311 c.p.p., che si esprimeva in termini generici, menzionando quale soggetto legittimato al ricorso il «pubblico ministero», risulta paradossalmente amplificato dalla natura parziale della novella del 1996, che meglio avrebbe fatto a riferirsi all'ufficio che eserciti le funzioni dell'accusa nel procedimento principale anziché evocare il pubblico ministero autore della richiesta cautelare. Davvero arduo, oggi, dinanzi ad una previsione specifica come l'art. 311 c.p.p. (che espressamente legittima tanto il pubblico ministero che abbia avanzato la pretesa cautelare quanto quello istituito presso il tribunale distrettuale della libertà) optare per la legittimazione del procuratore generale presso la corte d'appello.

³² Cass. Sez. Un., 28 maggio 2009, Colangelo, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4603.

Muovendo da tale constatazione, le Sezioni Unite hanno escluso la legittimazione al ricorso *ex art.* 311 c.p.p. del procuratore generale.

L'intervento chiarificatore non è però riuscito a dissipare le perplessità originate da una disciplina mal riuscita, che, nel negare la legittimazione al ricorso per cassazione al procuratore generale presso la corte d'appello, contestualmente la riconosce al pubblico ministero autore della domanda cautelare, che in genere (come avviene nell'ipotesi in cui la misura sia stata istituita durante la fase preliminare o comunque nel primo grado del procedimento principale) si è da tempo spogliato del procedimento.

Muovendo da tale incongruenza, si dovrebbe forse tentare di superare il tenore letterale della disposizione. L'esegesi privilegiata dalle Sezioni Unite, rigorosa nel richiamarsi al principio di tassatività *ex art.* 568 c.p.p., non affronta questa inadeguatezza, limitandosi a prendere atto delle sue conseguenze.

Una possibile soluzione alternativa potrebbe però forse passare attraverso un'interpretazione estensiva del concetto di pubblico ministero «che ha richiesto la misura cautelare» (formula impiegata dall'art. 311 comma 1 c.p.p.), volta a ricomprendere anche il soggetto che eserciti le funzioni requirenti contestualmente all'emissione del provvedimento cautelare che s'intenda impugnare.

Considerando l'ipotesi paradigmatica che ha dato origine al contrasto giurisprudenziale portato alle Sezioni unite, si tratterebbe di valorizzare il disposto di cui all'art. 299 comma 3 *bis* c.p.p. La disposizione prevede che, quando si accinga a provvedere in ordine alla revoca o alla sostituzione (*in melius*) della misura cautelare personale, il giudice debba prima interpellare il pubblico ministero, che ha due giorni di tempo per esprimere il proprio parere in ordine alla possibile ablazione o modifica del regime restrittivo. Ebbene: una lettura evolutiva del concetto di pubblico ministero richiedente la cautela potrebbe passare proprio attraverso una valorizzazione della disposizione appena citata, ben potendo il parere *ex art.* 299 comma 3 *bis* c.p.p. essere considerato come una sorta di "novazione" dell'originaria richiesta cautelare presentata dal pubblico ministero del precedente grado di giudizio. I provvedimenti cautelari, tipicamente allo stato degli atti, obbligano il pubblico ministero ad un

monitoraggio costante circa la permanenza dei presupposti applicativi del regime restrittivo: pur in assenza di un'esplicitazione normativa, l'obbligatorietà dell'istanza cautelare favorevole all'imputato deve ritenersi imposta dall'art. 13 Cost. Se l'art. 358 c.p.p. obbliga il pubblico ministero a svolgere indagini a favore della persona nei cui confronti si sta procedendo, a maggior ragione il pubblico ministero dovrà ritenersi vincolato ad avanzare un'istanza cautelare *in bonam partem* non appena se ne presentino i presupposti³³.

L'obbligatorietà dell'istanza cautelare in favore dell'imputato implicitamente attesta la necessaria immanenza dell'azione cautelare, che deve ritenersi persistere ove il pubblico ministero non solleciti il giudice cautelare ad emettere un provvedimento finalizzato alla rimozione (o quantomeno all'affievolimento) del presidio cautelare³⁴. Così ragionando, potrebbe allora proporsi un'interpretazione del concetto di «pubblico ministero richiedente la misura» riferibile, più che al pubblico ministero che avesse originariamente presentato la domanda *ex art. 291 c.p.p.*, al pubblico ministero che eserciti le funzioni d'accusa in seno al procedimento principale.

Una tale interpretazione estensiva – oltre a superare il divieto di analogia sotteso al principio di tassatività dei soggetti legittimati all'impugnazione *ex art. 568 comma 3 c.p.p.* (risolvendo, tra l'altro,

³³ Se poi ci si trovi nella fase delle indagini preliminari, un ulteriore argomento sarà costituito dalla circostanza che la difesa potrebbe addirittura non conoscere gli eventuali elementi favorevoli ad un'attenuazione del regime cautelare. Su questo profilo v. anche *retro*, nota 29.

³⁴ Sia chiaro: il concetto di immanenza che qui si intende promuovere attiene al dover essere, e dunque va inteso tenendo conto della naturale variabilità del fenomeno cautelare, senza arrivare a coprire l'eventuale inerzia del pubblico ministero che, pur essendo venuti a mancare i presupposti applicativi della cautela, non receda dal suo iniziale atto d'impulso. In questo senso, è evidente la necessità di intendere il dovere del pubblico ministero di formulare l'istanza cautelare *in bonam partem* alla luce della possibilità che questo dovere non venga adempiuto. Ciò suggerisce diffidenza di fronte di quelle pronunce che – quantomeno in linea di principio – giustificano l'intervento coercitivo del giudice anche a notevole distanza cronologica dal momento in cui la domanda cautelare veniva formulata (per un esempio di tale atteggiamento, v. Cass., 5 giugno 1992, Tisa, in *Riv. pen.*, 1993, p. 512, ove si può leggere che addirittura «l'impulso della parte pubblica a un'attività processuale mantiene ferma la sua validità per tutto il procedimento sino a quando la stessa parte pubblica non manifesti una volontà incompatibile con quella precedente [...]»).

anche l'analogo problema posto dall'art. 310 c.p.p. in ordine alla legittimazione a presenziare alla relativa udienza dinanzi al tribunale dell'appello cautelare) – consentirebbe altresì di eliminare l'irragionevolezza insita in una esegesi letterale dell'art. 311 c.p.p., che, nel disconoscere la legittimazione ad impugnare al procuratore generale presso la corte d'appello, la riconoscesse al pubblico ministero del procedimento di primo grado: un organo ormai estraneo al processo, che in quanto tale si è già spogliato del fascicolo³⁵.

Infine, l'ultima questione, concernente l'individuazione del soggetto legittimato a partecipare all'udienza camerale dinanzi alla Suprema Corte: dovrà ritenersi operante la regola generale, che discende dall'art. 51, comma 1, lett. *b*, c.p.p., e che individua, quali soggetti legittimati a svolgere le funzioni di pubblico ministero, i magistrati della procura generale presso la corte di cassazione³⁶.

4. *Domanda cautelare e rapporti interni all'ufficio del pubblico ministero: l'assenso scritto del procuratore della Repubblica*

In precedenza si è più volte parlato di “fattispecie complessa”, che coinvolge la figura del pubblico ministero, organo necessariamente richiedente, e quella del giudice, unico titolare del potere coercitivo; tale complessità pare essersi recentemente arricchita di un tassello ulteriore, aggiunto dall'art. 3 d.lgs. 20 febbraio 2006, n. 106³⁷: la disposizione, inserita nel corpo di norme in materia di ri-

³⁵ Analoghe considerazioni sono già state espresse in E. VALENTINI, *op. cit.*, p. 4618 ss.

³⁶ «Si tratterà, secondo logica – e in assenza di una specificazione in senso contrario – del pubblico ministero presso il giudice *ad quem*, mai di quello, eventualmente diverso, presso il giudice che ha emesso il provvedimento»: così, ancorché con riferimento alla disciplina del vecchio codice (come modificato dalla legge n. 330 del 1988), G. ILLUMINATI, *Ulteriori aggiustamenti nella disciplina delle impugnazioni in tema di libertà personale*, in V. GREVI (a cura di), *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, Cedam, Padova, 1989, p. 239.

³⁷ Di seguito si riporta il testo integrale dell'art. 3 del decreto legislativo 20 febbraio 2006, n. 106, rimasto immutato pur a seguito delle modifiche apportate al decreto legislativo con la legge 24 ottobre 2006, n. 269.

«1. Il fermo di indiziato di delitto disposto da un procuratore aggiunto o da un magistrato dell'ufficio deve essere assentito per iscritto dal procuratore della Re-

organizzazione dell'ufficio del pubblico ministero (frutto a sua volta della delega contenuta nell'art. 1, comma 1, lett. *d*, della legge n. 150 del 2005 nell'ambito del più complesso riordino dell'intero ordinamento giudiziario), impone infatti l'assenso scritto del procuratore della Repubblica (ovvero del procuratore aggiunto o di altro magistrato appositamente delegati ai sensi dell'art. 1 comma 4 del medesimo d.lgs. 106 del 2006³⁸), sul provvedimento di fermo di indiziato di delitto disposto da un procuratore aggiunto o da un magistrato dell'ufficio (comma 1), nonché – ed è ciò che maggiormente interessa questa indagine – sulla richiesta di misure cautelari personali e reali (comma 3) formulata da tali soggetti. L'unica eccezione alla necessità dell'assenso scritto riguarda la domanda cautelare presentata in occasione della richiesta di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo di indiziato di delitto³⁹: deroga evidentemente suggerita dall'estrema celerità che caratterizza le procedure precautelari⁴⁰.

pubblica ovvero dal procuratore aggiunto o dal magistrato appositamente delegati ai sensi dell'articolo 1, comma 4.

2. L'assenso scritto del procuratore della Repubblica, ovvero del procuratore aggiunto o del magistrato appositamente delegati ai sensi dell'articolo 1, comma 4, è necessario anche per la richiesta di misure cautelari personali e per la richiesta di misure cautelari reali.

3. Il procuratore della Repubblica può disporre, con apposita direttiva di carattere generale, che l'assenso scritto non sia necessario per le richieste di misure cautelari reali, avuto riguardo al valore del bene oggetto della richiesta ovvero alla rilevanza del fatto per il quale si procede.

4. Le disposizioni del comma 2 non si applicano nel caso di richiesta di misure cautelari personali o reali formulate, rispettivamente, in occasione della richiesta di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo di indiziato ai sensi dell'articolo 390 del codice di procedura penale, ovvero di convalida del sequestro preventivo in caso d'urgenza ai sensi dell'articolo 321, comma 3-*bis*, del codice di procedura penale».

³⁸ Così recita l'art. 1 comma 4 del d. lgs. 106 del 2006: «Il procuratore della Repubblica può delegare ad uno o più procuratori aggiunti ovvero anche ad uno o più magistrati addetti all'ufficio la cura di specifici settori di affari, individuati con riguardo ad aree omogenee di procedimenti ovvero ad ambiti di attività dell'ufficio che necessitano di uniforme indirizzo».

³⁹ Ovvero, per l'ipotesi della richiesta di cautela reale, della richiesta di convalida del sequestro preventivo in caso d'urgenza ai sensi dell'art. 321 comma 3 *bis* c.p.p.

⁴⁰ La dottrina ha notato che la deroga, paradossalmente, determina un *deficit* di garanzia proprio in uno dei casi più delicati, ove più pregnante è il ruolo della polizia giudiziaria (cfr. A. MURA, *La riforma dell'ordinamento giudiziario (III)*, p. 165, ripreso da C. CARINI, *Il procedimento applicativo*, cit., p. 185). In relazione al comma 4 dell'art. 3 del d. lgs. 106 del 2006, si segnala che l'espressione «in occasione

L'inedito istituto – la cui disciplina è rimasta invariata pur a seguito delle modifiche operate con legge n. 269 del 2006 sul d.lgs. n. 106 del 2006 – è indicativo dello spirito della novella, mossa dalla volontà di reimpostare in senso verticistico i rapporti interni alla procura della Repubblica⁴¹.

Nello specifico, l'imposizione dell'assenso scritto intende garantire la massima uniformità nell'attivazione dell'incidente cautelare da parte dei magistrati afferenti alla medesima procura della Repubblica⁴². Come si avrà modo di rimarcare, il fatto che il legislatore abbia disciplinato nell'ambito dello stesso testo legislativo i modi in cui si esplica il potere di vigilanza del capo dell'ufficio rispettivamente sull'esercizio dell'azione penale e sulla presentazione della domanda cautelare denota la stretta contiguità tra le due diverse azioni, oltre che, più in generale, l'avvertita delicatezza degli interventi che incidono sulla libertà personale.

La direzione del procuratore della Repubblica sui due ordini di iniziative assume però forme distinte. Se, infatti, a norma dell'art. 2 d.lgs. n. 106 del 2006, la «assegnazione»⁴³ concernente l'esercizio dell'azione penale (come pure, più in generale, la «trattazione» del procedimento ovvero il «compimento di singoli atti» dello stesso)

della richiesta di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo di indiziato ai sensi dell'art. 390 c.p.p.» dovrà essere riferita non solo alla domanda cautelare formulata contestualmente alla proposizione della richiesta di convalida (e dunque prima dell'udienza di cui all'art. 391 c.p.p., ai sensi dell'art. 390 comma 3 *bis* c.p.p.), ma anche alla domanda cautelare formulata in seno all'udienza di convalida.

⁴¹ La riforma avviata con la legge delega 25 luglio 2005, n. 150, oltre a «svuota[re] sostanzialmente di autonomia l'agire dei magistrati» (A. MURA, *op. cit.*, p. 155), pecca di eccessiva rigidità, creando i presupposti per inefficienze operative dovute ad un notevole appesantimento burocratico, soprattutto negli uffici di grandi dimensioni (v. C.S.M., *Parere* del 20 dicembre 2005, sulle *Norme in materia di organizzazione dell'Ufficio del Pubblico ministero in attuazione degli articoli 1, comma 1, lett. d e 2, comma 4, della legge legge 25 luglio 2005, n. 150*, in *Dir. e giust. Quotidiano*, 21 dicembre 2005, nonché *Relazione di minoranza della II Commissione permanente (Giustizia) sui d.d.l. nn. 1296, 1050, 1226, 1258, 1259, 1260, 1261, 1367, 1426 e 1536-A/bis*, in *Senato della Repubblica XIV legisl., Disegni di legge e relazioni, Documenti*).

⁴² P. CORSO, *Le misure cautelari*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale*, 2008, p. 310.

⁴³ A seguito del ritocco normativo operato con legge 269 del 2006, l'art. 2 d.lgs. 106 del 2006 si esprime in termini di «assegnazione» e non più di «delega» (cfr. *infra*, nel testo).

può riguardare «uno o più procedimenti», diversa è la disciplina approntata dall'art. 3 comma 2, che impone l'assenso scritto per ogni singola domanda cautelare: con l'assenso scritto il legislatore non si è limitato a contemplare direttive generali finalizzate a garantire uniformità nelle scelte dei sostituti procuratori, ma ha optato per un controllo diretto sul singolo atto.

L'iniziativa in materia di libertà personale risulta quindi fortemente gerarchizzata, nascendo oggi dall'incontro tra la richiesta del magistrato assegnatario dell'accusa nel singolo procedimento e l'assenso (scritto) del procuratore della Repubblica, tanto che materialmente la domanda cautelare finisce per divenire essa stessa, per prima, una fattispecie complessa⁴⁴.

Questa disciplina costituisce un inedito, che sfugge agli schemi che tradizionalmente regolano i rapporti interni all'ufficio dell'accusa, incentrati sull'istituto della designazione e della delega di funzioni di cui agli artt. 70 ss. ord. giud.⁴⁵.

Per quanto lo scopo delle nuove disposizioni – l'art. 2, dedicato all'assegnazione, e l'art. 3 d.lgs. n. 106 del 2006, significativamente rubricato «prerogative del procuratore della Repubblica in materia di misure cautelari» – sia quello di garantire il controllo gerarchico del capo dell'ufficio, e dunque risponda ad una *ratio* analoga a quella dell'art. 70 ord. giud., il salto di qualità è evidente, tanto da indurre ad ipotizzare ripercussioni sulla validità della domanda cautelare sprovvista del necessario assenso⁴⁶.

⁴⁴ Sarebbe viceversa improprio parlare di appannaggio esclusivo del procuratore della Repubblica, che non dovrebbe poter presentare la domanda cautelare autonomamente, scavalcando il magistrato cui è stato assegnato il procedimento. Pur dovendosi ritenere preminente il ruolo del procuratore della Repubblica, nell'ipotesi di disaccordo fra procuratore capo e titolare del fascicolo in ordine all'*an* o al *quomodo* dell'iniziativa cautelare, sarà eventualmente possibile la revoca dell'assegnazione, secondo quanto stabilito dall'art. 2 d.lgs. n. 106 del 2006. Sul punto si veda C. CARINI, *op. cit.*, p. 183 ss.

⁴⁵ L'art. 70 del R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, in particolare, continua a prevedere (non essendo stato espressamente abrogato) la designazione, ad opera del procuratore della Repubblica, dei singoli magistrati addetti all'ufficio per lo svolgimento delle funzioni attribuite dal codice di procedura penale al pubblico ministero. V. *infra*, nel testo.

⁴⁶ V. *infra*, in questo paragrafo. In questo senso, pare significativo che il legislatore abbia avvertito la necessità di prevedere una deroga espressa per le ipotesi di cui al comma 4 dell'art. 3 d.lgs. n. 106 del 2006 (di cui si è detto): la relativa

A tale proposito, sembra opportuno segnalare un dato significativo, che non può non assumere un suo peso nel considerare l'istituto. Nella sua originaria formulazione, l'art. 2 del d.lgs. n. 106 del 2006, contemplava la «delega» relativamente all'esercizio dell'azione penale, alla trattazione del procedimento, al compimento di singoli atti. L'istituto della delega veniva a sostituire quello della designazione, contemplato dall'art. 70 ord. giud. (disposizione che, come abbiamo visto, pur non essendo stata espressamente abrogata, è comunque di fatto stata soppiantata dall'art. 2 d.lgs. 106 del 2006), con una scelta lessicale gravida di significati⁴⁷. Con la legge 24 ottobre 2006, n. 269, però, i riformatori della legislatura successiva sono tornati su questo aspetto della nuova disciplina, trasformando la «delega» in «assegnazione»: altra scelta terminologica rilevante, poiché sintomatica di un parziale ritorno al passato⁴⁸. Viceversa, la disciplina dell'art. 3 del d.lgs. 106, concernente le prerogative del procuratore della Repubblica in materia di misure cautelari, non è stata sfiorata dalla riforma dell'ottobre 2006, e l'istituto dell'assenso scritto è rimasto intonso. Evidentemente, pur mosso dall'intento di attenuare le rigidità burocratiche innescate con la riforma di febbraio, e di salvaguardare maggiormente l'autonomia operativa del singolo magistrato, il legislatore ha ritenuto di non eliminare il necessario assenso scritto dalla richiesta cautelare, cogliendone l'intima *ratio* di garanzia. Questa disciplina, che pure indubbiamente appesantisce la procedura, deve essere inquadrata per quello che è: una prerogativa volta ad assicurare, oltre all'omogeneità delle iniziative cautelari promosse in seno al medesimo ufficio, anche una meditazione concertata delle stesse (quantomeno nei casi in cui il procedimento non sia seguito in prima persona dal procuratore "capo").

L'istituto, inserito nell'ambito di una riforma ordinamentale,

previsione potrebbe infatti essere dovuta alle ipotizzabili patologie processuali conseguenti ad un eventuale difetto di assenso scritto.

⁴⁷ A. MURA, *op. cit.*, p. 160.

⁴⁸ Altrettanto significativa l'eliminazione, dal testo dell'art. 1 comma 1 del d. lgs. n. 106, che attribuisce al procuratore della Repubblica la titolarità esclusiva dell'azione penale, dell'espressione «sotto la propria responsabilità» riferita all'esercizio dell'azione penale stessa da parte di tale organo (art. 2 comma 1 l. 24 ottobre 2006, n. 269).

pone non pochi problemi interpretativi, che nascono dalle interferenze con la normativa processuale.

Necessario, in proposito, interrogarsi *in primis* sui rapporti tra l'art. 3 d.lgs. n. 106 del 2006 e la disciplina (processuale e ordinamentale) che realizza il principio di autonomia del magistrato in udienza.

Com'è agevole verificare, l'art. 3 d.lgs. n. 106 non distingue tra fase preliminare e fase processuale: la novella, che pure si preoccupa di far salva l'azione cautelare esercitata in sede di convalida dell'arresto o del fermo (e dunque nell'ambito, o in vista, di un'udienza), si esprime in termini generali, così imponendo l'adempimento lungo tutta la durata della procedura di merito. Nel redigere la norma, però, i compilatori non hanno tenuto nella dovuta considerazione la disciplina del codice di rito, che garantisce l'autonomia del magistrato in udienza. Ci si riferisce, in particolare, all'art. 53 c.p.p., che riconosce al magistrato in aula l'autonomia nell'esercizio delle proprie funzioni, rispondendo alla necessità che questi possa «adeguarsi all'oralità dell'udienza»⁴⁹. L'art. 53 traduce a livello codicistico quanto prescritto dalla direttiva n. 68 della legge delega⁵⁰: secondo la comune lettura di questa indicazione, la gerarchizzazione dell'ufficio del pubblico ministero, caratteristica della fase investigativa, dovrebbe lasciare il passo all'autonomia del sostituto procuratore in udienza (intendendo il riferimento all'udienza come circoscritto alle sole udienze della fase processuale in senso stretto⁵¹).

Analizzando la disposizione di nuovo conio, è forte l'impres-

⁴⁹ F. DELLA CASA, G.P. VOENA, *Soggetti*, in G. CONSO, V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, 2008⁴, p. 74.

⁵⁰ La direttiva, secondo cui «le funzioni del pubblico ministero in udienza sono esercitate in piena autonomia», potrebbe anche ritenersi superata alla luce dell'art. 1 comma 1 lett. *d*), che prevede la riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero secondo un'impostazione rigorosamente verticistica; come vedremo, quantomeno con riferimento alle iniziative in ambito cautelare, tale logica verticistica potrebbe infatti caratterizzare anche le fasi successive all'esercizio dell'azione penale (cfr. *infra*, nel paragrafo).

⁵¹ Con ciò escludendo dunque la sola udienza di convalida e di incidente probatorio, rispetto alle quali in dottrina si tende ad escludere l'applicabilità dell'art. 53 comma 1 c.p.p.: F. DELLA CASA, G.P. VOENA, *op. cit.*, p. 72 ss. In senso opposto v. però F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2006, VIII, p. 213, secondo

sione di trovarsi di fronte ad una svista: con ogni probabilità, il legislatore ha trascurato l'ipotesi della domanda cautelare formulata nella fase processuale, dopo l'esercizio dell'azione penale (ed in particolare nell'ambito della celebrazione di un'udienza: preliminare o dibattimentale).

L'assenza di ritocchi normativi sull'art. 53 c.p.p., rimasto intatto a seguito del d.lgs. n. 106 del 2006, costituisce il sintomo più evidente di questa verosimile disattenzione nella stesura della novella, e dunque del fatto che con ogni probabilità il legislatore non intendesse riferirsi anche alla richiesta cautelare formulata nella fase processuale (specie ove si consideri che la riforma del 2006 disciplina i rapporti gerarchici interni all'ufficio con prevalente riferimento alla fase preprocessuale⁵²). Per di più la presenza, nell'art. 7 del d.lgs. n. 106 del 2006, di una disciplina espressamente dedicata ad «abrogazioni e modificazioni», che però non contempla alcun riferimento all'art. 53 c.p.p. (né all'art. 70, comma 4, ord. giud.), si pone in linea con questa ricostruzione.

Stando al tenore indifferenziato dell'art. 3 d.lgs. n. 106, la necessità dell'assenso scritto del procuratore della Repubblica indirettamente impone una predisposizione fuori udienza della richiesta (eccetto i casi in cui a svolgere le funzioni di pubblico ministero in aula sia proprio il capo dell'ufficio): oltre a determinare evidenti rigidità applicative, la disciplina finisce per svalutare il contraddittorio caratteristico dell'udienza, che potrebbe orientare l'organo dell'accusa verso un'opzione diversa da quella precedentemente considerata con il capo

cui l'autonomia del pubblico ministero opera per tutte le udienze, pubbliche o camerali, nel predibattimento o durante le indagini preliminari.

⁵² Si veda, in proposito, G. MELILLO, *L'organizzazione della Procura della repubblica*, in AA.VV., *Ordinamento giudiziario: organizzazione e profili processuali*, a cura di D. Carcano, p. 277), secondo cui «la disciplina in esame è riferita unicamente alle richieste cautelari formulate nella fase delle indagini preliminari, essendo la medesima iniziativa, ove formulata nella fase processuale, attratta nell'orbita applicativa dal principio di autonomia del magistrato del pubblico ministero in udienza». Da questa constatazione l'A. desume altresì l'impossibilità di ravvisare conseguenze sanzionatorie nel caso di inottemperanza all'obbligo, non essendo sostenibile «una ricostruzione della fattispecie processuale differenziata in funzione della diversità delle fasi del procedimento».

dell'ufficio⁵³. Per di più, la disciplina ha anche ricadute applicative in ordine alla forma della richiesta *ex art.* 291 c.p.p., che difficilmente potrà essere diversa da quella scritta.

Malgrado siano innegabili gli inconvenienti di un'applicazione generalizzata del nuovo obbligo dell'assenso, cogente lungo tutto l'arco del procedimento, la nuova disciplina rende comunque molto problematico il richiamo all'art. 53 c.p.p. e all'art. 70, comma 4, ord. giud. Il d.lgs. n. 106 pone una disciplina successiva (oltretutto contenuta in una fonte normativa di pari rango rispetto alla legge delega): difficile negare il superamento dell'art. 53 c.p.p. ad opera della nuova prescrizione in tema di assenso scritto, sulla base tanto del criterio della *lex posterior* quanto di quello della *lex specialis*.

Questa constatazione genera dubbi rispetto alla lettura espressa dalle Sezioni Unite a proposito dell'istituto⁵⁴. Come si avrà modo di vedere, la Corte era chiamata ad esprimersi sulle eventuali conseguenze sanzionatorie dell'inottemperanza alla prescrizione. Incidentalmente, però, l'esame si è esteso anche all'eventualità della richiesta cautelare avanzata nella fase processuale; per tale ipotesi, la pronuncia ha richiamato la piena operatività degli artt. 53 c.p.p. e 70, comma 4, ord. giud.

Il riferimento alla disciplina che garantisce l'autonomia del magistrato in udienza non prende però in esame le conseguenze dell'avvicendamento tra disposizioni di pari rango: se ne ricava l'impressione di una lettura che parte da una premessa indimostrata, ossia la piena applicabilità degli artt. 53 c.p.p. e 70, comma 4, ord. giud., prevalenti sulla nuova disciplina.

Come già segnalato, ove riferito alla fase processuale in senso stretto, l'art. 3 d.lgs. n. 106 del 2006 determina rigidità operative

⁵³ Peraltro in questi casi, e dunque muovendo dalla *ratio* garantistica della necessità di assenso scritto, si potrebbe ipotizzare il superamento della richiesta cautelare originariamente predisposta in vista dell'udienza, e assentita per iscritto dal procuratore della Repubblica, da parte della domanda cautelare avanzata in udienza dal sostituto procuratore che abbia optato, dopo avere ascoltato le ragioni della difesa, per una richiesta più lieve rispetto a quella originariamente concertata con il capo dell'ufficio.

⁵⁴ Si tratta della pronuncia Sez. Un., 22 gennaio 2009, Novi, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4157, con nota di M. CERESA GASTALDO, su cui *infra*, in questo stesso paragrafo, quando si parlerà dei profili sanzionatori della nuova disciplina.

difficilmente giustificabili. Malgrado ciò, per superare l'irrazionalità di questa disciplina, che frustra l'autonomia d'azione del magistrato in udienza⁵⁵, resta comunque difficile percorrere una strada diversa da quella dello scrutinio di legittimità costituzionale, volto a verificare se il nuovo istituto, in quanto applicabile anche per la domanda cautelare proposta in udienza, sia compatibile con gli artt. 97, 107 comma 3, e 112 Cost., oltre che con l'art. 3 (con riferimento ad un eventuale difetto di ragionevolezza della disciplina⁵⁶).

Infine: il profilo sanzionatorio, altro nodo della novella del 2006. Sul problema, la soluzione sembra dipendere dalla maniera di concepire i rapporti interni alla procura della Repubblica: il principio di impersonalità dell'ufficio inquirente porta ad escludere conseguenze invalidanti ove manchi l'assenso scritto alla richiesta cautelare; viceversa, attribuendo a tale assenso il significato di individuare il procuratore della Repubblica quale soggetto necessariamente interveniente nell'incidente cautelare, dovrebbero riconoscersi ricadute sulla validità della richiesta *ex art. 291 c.p.p.*⁵⁷.

⁵⁵ Irragionevolezza che, peraltro, almeno in alcuni casi, potrebbe essere parzialmente superata tenendo in considerazione la *ratio* garantistica dell'istituto. Basti pensare all'ipotesi (peraltro verificatasi proprio nel procedimento che ha condotto alla pronuncia delle Sezioni Unite) in cui il procuratore della Repubblica acconsente ad una richiesta cautelare lieve rispetto a quella voluta e predisposta dal suo sostituto.

⁵⁶ Nonché, eventualmente, anche con l'art. 101, comma 2, Cost.: il principio costituzionale, secondo il quale i giudici sono soggetti soltanto alla legge, è stato in passato esteso anche ai magistrati del pubblico ministero (cfr. Corte cost. n. 168 del 1963 e n. 80 del 1970); la successiva evoluzione degli orientamenti del giudice costituzionale ha peraltro fondato l'indipendenza del pubblico ministero sull'art. 112 Cost. (v. Corte cost. n. 420 del 1995). Più difficile prospettare una violazione dell'art. 107, comma 4, Cost.: in relazione alla cosiddetta indipendenza interna, la previsione costituzionale si limita infatti a prevedere una riserva di legge, ma senza vincolarne il contenuto. Più in generale, è significativo rilevare che la Corte costituzionale ha avuto modo di chiarire che i rapporti interni agli uffici non possono essere ispirati ad una «subordinazione gerarchica del tipo di quella che regola i rapporti tra i funzionari della pubblica amministrazione» (Corte cost. n. 143 del 1973).

⁵⁷ In questa seconda prospettiva, si è ritenuto che la disciplina dell'assenso scritto, ove non ottemperata, infici la validità della richiesta cautelare: a quanto consta, questa è la lettura di F. MESSINEO, *L'organizzazione del Pubblico Ministero, L'organizzazione del Pubblico Ministero*, relazione all'Incontro di studio del C.S.M. su "La riforma dell'ordinamento giudiziario" (Roma, 8-10 ottobre 2007), p. 11, menzionata in G. MELILLO, *op. cit.*, 277, il quale, dal canto suo, esclude la possibilità di riconoscere rilevanza processuale alle norme tese alla disciplina dei rapporti interni all'ufficio giudiziario (*op. cit.*, p. 277). Aderisce alla tesi della nullità a regime intermedio M. CERESA

Sulla questione sono recentemente intervenute le Sezioni Unite⁵⁸, con la pronuncia già menzionata, che, oltre ad escludere la necessità dell'assenso scritto per le richieste cautelari formulate in udienza, ha negato conseguenze di ordine processuale nel caso di mancato assenso o di difformità tra le valutazioni del magistrato assegnatario del procedimento e quelle espresse dal procuratore della Repubblica (fattispecie, quest'ultima, oggetto della decisione⁵⁹).

La soluzione viene ricavata sulla scorta del principio di impermeabilità del processo penale alle regole di ordinamento giudiziario inerenti all'organizzazione interna degli uffici del pubblico ministero. Secondo la pronuncia, un eventuale dissenso tra procuratore della Repubblica e sostituto in ordine al contenuto dell'iniziativa cautelare deve essere ricondotta all'art. 2 d.lgs. n. 106 del 2006 (così come sostituito dalla l. n. 269 del 2006), e dunque "incanalata" nella disciplina procedimentale in tema di «contrasto» e di «revoca» dell'assegnazione. Nessuna conseguenza processuale, quindi, poiché la disciplina dell'assenso scritto riguarda «esclusivamente l'organizzazione "interna" dell'ufficio» e ha «valenza meramente ordinamentale e disciplinare»⁶⁰.

GASTALDO, *Sulla legittimità della misura cautelare non assentita dal procuratore della Repubblica*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4174, che sembra prendere le distanze dalla soluzione delle Sezioni Unite da un duplice punto di vista: da un lato, ove la Corte esclude che il mancato assenso scritto possa dar luogo a ricadute sanzionatorie; dall'altro, ove la Corte afferma che la violazione del principio della domanda cautelare (esclusa appunto nel caso in cui manchi l'assenso scritto del procuratore della Repubblica) generi una «nullità di ordine generale e assoluta, insanabile e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, dell'ordinanza del giudice, riferita, ai sensi dell'art. 178 lett. b e 179, comma 1, c.p.p., all'iniziativa indefettibile e riservata in via esclusiva al pubblico ministero nell'esercizio dell'azione cautelare»: l'Autore ritiene infatti di trovarsi dinanzi ad un'ipotesi di nullità a regime intermedio per inosservanza delle disposizioni relative alla partecipazione del pubblico ministero al procedimento.

⁵⁸ Le Sezioni Unite affrontano la questione pervenendo anche ad una fondamentale affermazione sull'idoneità della violazione del principio della domanda cautelare a determinare i presupposti per attivare la richiesta di riparazione per ingiusta detenzione.

⁵⁹ In particolare, il procuratore della Repubblica aveva dato il parere scritto discostandosi dalla richiesta cautelare del proprio sostituto: a fronte di una richiesta di applicazione della custodia in carcere, aveva espresso dissenso, contestualmente optando per l'applicazione di una misura interdittiva.

⁶⁰ A sostegno di questa interpretazione, le Sezioni Unite svolgono una panoramica sul codice di rito, constatando che le "interferenze invalidanti" tra le leggi di

Ciò sarebbe indirettamente dimostrato anche dalla prospettiva di riforma, contenuta in un disegno di legge governativo, circa l'introduzione di un comma 1 *ter* nell'art. 291 c.p.p., che intenderebbe configurare esplicitamente l'assenso scritto del procuratore della Repubblica quale «condizione di ammissibilità» della richiesta cautelare⁶¹.

Da un certo punto di vista questa presa di posizione è persuasiva; malgrado ciò, si potrebbero avanzare dei dubbi sulla natura squisitamente ordinamentale del nuovo istituto⁶²: sebbene l'art. 3 del d. lgs. n. 106 del 2006, che si inquadra in una ampia riforma di ordinamento giudiziario, investa, nello specifico, i rapporti tra procuratore della Repubblica e gli altri magistrati del suo ufficio, l'istituto dell'assenso scritto, nell'imporre un requisito concernente un atto processuale, sembra individuare comunque una norma con natura anche processuale⁶³.

Come già in tema di determinazione dell'ambito applicativo del nuovo istituto, la pronuncia delle Sezioni Unite, che richiama

ordinamento giudiziario e la legge processuale penale riguardano esclusivamente la figura del giudice, e mai quella del pubblico ministero.

⁶¹ Si tratta di uno schema di disegno di legge per la riforma del processo penale approvato il 6 febbraio 2009 dal Consiglio dei Ministri (in particolare, l'innesco del comma 1 *ter* nell'art. 291 c.p.p. è prospettato dall'art. 3 comma 1 lett. c). Particolarmente significativo, nell'ottica di chi intenda valorizzare in chiave ermeneutica questa prospettiva *de iure condendo*, che la disciplina transitoria approntata da tale disegno di legge (art. 33, comma 5) preveda che «le disposizioni di cui all'art. 291, comma 1 *ter*, c.p.p.» non si applicherebbero comunque «alle richieste di misura cautelare presentate in data anteriore a quelle di entrata in vigore della presente legge».

⁶² Basti pensare al fatto che, con l'art. 291 comma 2, il codice addirittura ammette la restrizione della libertà personale dell'indiziato ad opera di un giudice incompetente.

⁶³ A chi scrive sembra indicativo che l'assenso debba essere scritto, impresso sull'atto, come tale verificabile dall'esterno, e dunque in qualche modo sintomatico di una efficacia non solo interna all'ufficio della procura. Sul punto, si segnala la significativa modifica che caratterizza il testo in vigore rispetto a quello originariamente predisposto dal Governo nel relativo schema di decreto legislativo, che richiedeva un «assenso espresso», mentre la disciplina vigente impone l'assenso scritto (cfr. Schema di decreto legislativo recante «*Disposizioni in materia di riorganizzazione dell'Ufficio del pubblico ministero, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera d), della legge 25 luglio 2005, n. 150*», approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 14 ottobre 2005, all'esito di un esame preliminare, in www.associazionemagistrati.it).

la giurisprudenza di legittimità precedentemente espressasi in tema di magistrati onorari delegati ai sensi dell'art. 72 ord. giud., implicitamente nega il salto di qualità che connota l'art. 3 del d.lgs. n. 106 (disposizione, giova ribadirlo, significativamente rimasta invariata dopo la riforma dell'ottobre del 2006). Questa lettura lascia però in ombra la *ratio* garantistica dell'adempimento, che esige una meditazione condivisa di un atto che può rivelarsi ben più incisivo dell'esercizio dell'azione penale (e rispetto al quale, quindi, il legislatore ha pensato di introdurre il *placet* del capo dell'ufficio).

Stando alle Sezioni Unite, non è dato rinvenire, nel sistema, una sanzione per il caso in cui l'assenso prescritto dalla legge non venga effettivamente rilasciato. Secondo una diversa prospettiva la sanzione può ricavarsi dal codice, e in particolare nella disciplina dedicata alle nullità di ordine generale (art. 178 lett. *b*)⁶⁴, sul presupposto che se è vero che l'assenso scritto (preventivo) sulla richiesta cautelare individua una «prerogativa del procuratore della Repubblica», diventa difficile non attribuire a tale organo una paternità «congiunta» della domanda cautelare.

La soluzione scelta dalla pronuncia delle Sezioni unite sembra ascrivere all'atteggiamento interpretativo che tende ad escludere conseguenze processuali qualora vengano trasgredite regole concernenti il *modus operandi* del pubblico ministero (in particolare rispetto alla fase delle indagini preliminari)⁶⁵.

⁶⁴ Questa è l'opinione espressa anche da C. CARINI, *op. cit.*, p. 187, critico con la soluzione scelta dalle Sezioni Unite. L'autore riconosce in capo al giudice cautelare (come pure in capo al giudice dell'impugnazione cautelare) il potere di disapplicare l'atto amministrativo illegittimo (in questo caso, la richiesta cautelare sguarnita del necessario assenso scritto), in forza dell'art. 2 c.p.p. (*op. cit.*, p. 185 ss.).

⁶⁵ Recentemente questo approccio è significativamente affiorato anche in un'altra pronuncia delle Sezioni Unite, con cui è stata esclusa la possibilità di disporre, da parte del giudice per le indagini preliminari, la retrodatazione del *dies a quo* delle indagini preliminari nell'ipotesi in cui il pubblico ministero abbia ritardato l'iscrizione della notizia di reato. La pronuncia, nel negare tale potere, nega anche «ulteriori conseguenze in ordine all'inutilizzabilità degli atti di indagine compiuti successivamente alla scadenza dei termini» (cfr. Cass., Sez. Un., 24 settembre 2009, Lattanzi, in *C.E.D. Cass.*, n. 244376). L'analogia con la sentenza 22 gennaio 2009, Novi, è evidente: in entrambe le pronunce (riguardanti istituti peraltro lontani), la Cassazione ha escluso conseguenze invalidanti per l'inottemperanza a disposizioni sul *modus operandi* del pubblico ministero; e questo nonostante in entrambi i casi il codice offra una sanzione non difficile da individuare: l'inutilizzabilità degli

In questo caso, le ragioni sottese all'interpretazione riduttiva operata dalle Sezioni Unite (un vero e proprio "disinnesco" della riforma, che ne investe tanto la determinazione dell'ambito applicativo quanto l'individuazione degli effetti sanzionatori) sono ben comprensibili: il rifiuto di una novella che mina l'autonomia del pubblico ministero titolare del procedimento; nonché, con ogni probabilità, il rifiuto di un istituto che in qualche modo replica una logica simile a quella che aveva ispirato l'introduzione dell'art. 405 comma 1 *bis* c.p.p., anch'esso teso a contenere iniziative cautelari troppo audaci.

La dottrina ha opportunamente segnalato l'inidoneità di questa riforma, che mediante il controllo del procuratore tenta di recuperare "a monte" l'eccessiva debolezza del giudice preliminare cautelare⁶⁶, così però frustrando l'autonomia del singolo magistrato dell'accusa.

Per quanto le perplessità suscitate dalla riforma del febbraio 2006 siano da comprendere (gli strumenti adottati per una migliore salvaguardia della libertà personale dell'imputato non sono i più idonei), la strada da percorrere non sembra possa essere quella dell'*interpretatio abrogans*, dovendo piuttosto essere individuata, come già rilevato, nella sottoposizione della disciplina ad un vaglio di legittimità costituzionale.

atti d'indagine compiuti oltre i termini di durata delle indagini preliminari; la nullità di ordine generale della domanda cautelare.

⁶⁶ Questo specifico profilo è sottolineato da M. CERESA GASTALDO, *op. ult. cit.*, p. 4168).

CAPITOLO IV

I RAPPORTI TRA LA DOMANDA CAUTELARE E LA DECISIONE DEL GIUDICE

1. *Il contenuto della richiesta ex art. 291 c.p.p.: mero impulso o domanda?*

Giunti a questo punto dell'indagine, diventa indispensabile analizzare il contenuto della richiesta del pubblico ministero, per individuare gli (eventuali) elementi costitutivi, così come ricavabili alla luce del dato normativo e, soprattutto, di quello sistematico.

Come più volte rilevato, la lettera dell'art. 291 c.p.p. è di scarso ausilio, poiché si limita a stabilire che l'organo dell'accusa, nel momento in cui la propone, deve presentare al giudice gli atti su cui la richiesta si fonda¹; essa si occupa quindi della sola allegazione in senso materiale, serbando un assoluto silenzio sull'allegazione argomentativa², e non esplicita neppure – a differenza di quanto avviene per l'ordinanza applicativa della misura, disciplinata in modo anche troppo pedissequo dall'art. 292 – che la richiesta debba essere motivata³.

Malgrado questo silenzio, un approccio sistematico porta a valorizzare il combinato disposto degli artt. 291 e 292 c.p.p., che va letto alla luce delle condizioni che regolano l'esercizio del potere cautelare.

¹ Oltre che, come si è visto, tutti gli elementi a favore nonché le memorie e le produzioni difensive già depositate.

² Per le due diverse accezioni del termine "allegazione", cfr. L.P. COMOGLIO, *Allegazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Utet, Torino, 1987, I, p. 273.

³ Peraltro, l'impiego dell'espressione «elementi su cui la richiesta si fonda», riferita alla composizione del *dossier* cautelare, implicitamente presuppone la necessità che a questa allegazione materiale corrisponda una allegazione argomentativa, da esprimere nella richiesta medesima: il verbo «fondarsi», se pure non postula inevitabilmente la necessità di una richiesta motivata, costituisce comunque un segnale forte in tale direzione.

In proposito, diventa decisivo interrogarsi circa la configurabilità di una domanda nel senso più stretto del termine, che, come tale, debba contenere tanto un oggetto immediato (e dunque, in concreto, la specificazione della misura di cui il pubblico ministero chieda l'applicazione) quanto una ragione giuridicamente rilevante su cui fondare il relativo accoglimento. In questa prospettiva, si potrebbero impiegare i concetti di *petitum* e di *causa petendi*, ancorché con una necessaria precisazione: la difficoltà di trasferire nel processo penale categorie dogmatiche proprie del processo civile determina l'impossibilità di recepirle automaticamente per descrivere la struttura dell'incidente *de libertate*; cionondimeno, si tratta di due concetti che, se intesi in senso generale, possono rivelarsi utili allo scopo.

In via sommaria si può ricordare che, mentre il *petitum* (cosiddetto immediato) viene usualmente definito come il provvedimento cui l'attore aspira, la *causa petendi* è viceversa descritta come la ragione giuridica del domandare⁴. La *causa petendi*, lungi dal poter essere confinata nell'ambito della procedura civile (dove si contraddistingue per determinate caratteristiche del tutto peculiari⁵), esprime l'elemento costitutivo, essenziale della domanda. Essa, definita anche *ratio* della domanda⁶, si individua generalmente grazie all'allegazione dei fatti giuridici che giustificano la pretesa, attività che ha non tanto (e soltanto) uno scopo informativo, quanto la funzione di «porre in essere il dovere del giudice di decidere *juxta alligata*, ossia di *determinare vincolativamente* quella che dovrà essere la base di fatto della pronuncia»⁷. Il fatto giuridico dedotto concretizza la cau-

⁴ Più in particolare, secondo una tra le più condivise elaborazioni dottrinali, la *causa petendi* dovrebbe essere identificata nel «complesso di elementi di fatto i quali, alla stregua delle ragioni di diritto prospettate dall'attore nella domanda, giustificano l'oggetto che l'attore si prefigge» (così V. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1961, vol. I, p. 245).

⁵ Si pensi alla classificazione, squisitamente processualciviltistica, tra azioni autodeterminate ed azioni eterodeterminate.

⁶ Così M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, parte I, Giuffrè, Milano, 1962, p. 52.

⁷ ID., *ibidem*, p. 53, il quale, nello specificare la natura "normativa" e non meramente informativa dell'allegazione, specifica che questo valore vincolante riguarda l'allegazione dei fatti e sia pure dei fatti giuridici, non anche le deduzioni giuridiche (spesso chiamate anch'esse allegazioni), che, alla luce del principio *jura novit curia*, non possono vincolare il giudice. Quanto alla funzione processuale del

sa della domanda⁸: l'allegazione del fatto posto a fondamento di una data conseguenza giuridica precisa infatti la regiudicanda nel suo necessario elemento causale⁹.

principio, l'A. limpidamente rileva: «è vero bensì che il principio dispositivo [...] *deriva* – se non proprio, come io ritengo, quale conseguenza logica e giuridica *necessaria*, almeno col nesso imposto dalla *coerenza* pratica e teorica – dal carattere «disponibile» del rapporto civilistico dedotto in giudizio [...]. Ma non è men vero, invece, per quanto sommessamente mi sembra, che il principio dispositivo cessi per ciò di essere un principio *processuale*, e possa, anziché semplicemente farsi *derivare*, addirittura *identificarsi* e *confondersi* con la disponibilità del diritto sostanziale, e quindi con la natura privata di questo» (*op. cit.*, I, pp. 316 e 317).

⁸ Sulla rilevanza della ragione della domanda come tratto qualificante ed ineludibile della medesima rimangono illuminanti le parole di Delogu: «quando la parte domanda un provvedimento al giudice non basta che domandi, *sic et simpliciter*, ma è logico che debba indicare quale sia la situazione sulla quale essa basa la sua domanda e quale sia il carattere ed il contenuto del provvedimento che richiede. E poiché tutto il meccanismo del diritto si riduce alla produzione di effetti giuridici che scaturiscono dal contatto fra le norme giuridiche e i fatti storici, la situazione che forma la base di una domanda non può esser data che dall'affermazione dell'esistenza degli elementi di fatto e di diritto, e dall'affermazione dell'effetto che dal giuoco combinato di essi discende. Il linguaggio della legge positiva indica la prima col nome di *motivi*, la seconda col nome di *conclusioni*; il complesso di questi due elementi forma quella che è la ragione del provvedimento richiesto» (T. DELOGU, *Contributo alla teoria dell'inammissibilità nel diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 1938, p. 24).

⁹ L'analisi degli elementi costitutivi dell'atto introduttivo del giudizio costituisce uno tra i temi più problematici del diritto processuale civile. Non pare questa la sede adatta ad affrontare le dispute dottrinali su tali questioni, peraltro oggi (almeno) parzialmente superate dalla stessa scienza processualciviltistica (C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile, Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 146). Oltretutto, uno studio anche approfondito delle elaborazioni scientifiche su tali aspetti risulterebbe verosimilmente più fuorviante che utile, posta l'avvertita difficoltà di trasporre nel processo penale concetti esclusivamente propri di quello civile. Sui rischi connessi a questo tipo di trasposizione, v. G. CONSO, *Vero e falso nei principi generali del processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 289 (con l'avvertenza però che buona parte degli argomenti spesi per negare la possibilità di enucleare taluni principi generali comuni ai processi civile e penale – specie concernenti la difficoltà, in taluni procedimenti penali quale quello pretorile, di distinguere nettamente il ruolo dell'accusatore da quello del giudice – sono caduti con l'entrata in vigore del nuovo codice), G. LEONE, *Azione penale*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1959, IV, p. 851 ss., S. SATTA (*Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*), in *Enc. dir.*, vol. XIII, 1964, p. 820 e ss.), che ricollega la sostanziale impossibilità di riferire le categorie del processo civile al processo penale al carattere fondamentalmente inquisitorio di quest'ultimo. Con parole ancora attuali, O. DOMINIONI, *Azione penale*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, Torino, 1987, I, p. 399, rileva che «affidare la definizione del concetto di azione penale a una meccanica trasposizione degli schemi processualciviltistici conduce a risultati senz'altro inappaganti. Ciò che importa non è tanto dotare la dottrina del processo penale di una nozione di azione che ripeta formule dogmatiche

In dottrina non è insolito imbattersi in considerazioni che smentiscono la possibilità stessa di ravvisare, nel processo penale, una domanda nell'accezione appena prospettata. Il termine di raffronto paradigmatico che ha condotto a questa conclusione è costituito dall'assenza di *petitum* nell'atto di esercizio dell'azione penale: non sussistendo in capo al giudice alcun vincolo in ordine al *petitum* avanzato dal pubblico ministero, l'azione penale individua una semplice richiesta di decisione rivolta al giudice, priva di riferimenti in ordine al suo contenuto dispositivo; per questa ragione, essa non sarebbe neppure definibile una "domanda"¹⁰.

Più in generale deve constatarsi l'assenza, nell'ambito della dogmatica processualpenalistica, di un concetto di domanda che implichi un *quid pluris* rispetto all'idea di un mero atto d'impulso della parte nei confronti del giudice. Pure gli studi sul tema dell'inammissibilità, patologia caratteristica delle domande, impiegano generalmente questo termine come sinonimo di richiesta, istanza (neppure necessariamente connessa al principio *ne procedat iudex ex officio*). Anche chi sostiene la possibilità di enucleare caratteristiche imprescindibili della domanda, la cui presenza deve ritenersi sanzionata dall'inammissibilità pur quando manchi di una comminatoria espressa in tal senso, comunque non fa riferimento ai concetti di *petitum* e di *causa petendi*¹¹. E del resto, non tutte

più o meno consolidate, bensì enucleare un concetto che convogli in sé i dati normativi propri del processo penale».

¹⁰ Secondo G. LEONE, *op. cit.*, p. 852, «l'azione penale prescinde da una domanda a contenuto di merito e si esaurisce in una domanda di decisione», nonché «l'azione civile è sempre richiesta di una *determinata* decisione; l'azione penale è soltanto richiesta di *una* decisione». Questo genere di considerazioni (su cui si avrà modo di tornare *infra*, cap. V, par. 4.2) indirettamente segnala l'essenza della domanda: se l'azione penale non è definibile una domanda, in quanto priva di riferimenti al contenuto del provvedimento decisorio richiesto (e dunque perché priva di un *petitum* immediato), è evidente che la domanda, per essere definita tale, dovrà invece essere connotata anche da tale requisito. In altre parole, delle due l'una: o anche la richiesta di decisione è una domanda, o la domanda, in quanto tale, implica un riferimento al contenuto dispositivo del provvedimento giudiziale (*petitum*).

¹¹ Anche gli autori che propendono per una tipicità "attenuata", infatti, tendono ad ipotizzare un novero molto ristretto di cause "implicite" di inammissibilità, che come tali prescindano da una comminatoria espressa *ex lege*. Se qualcuno circoscrive le cause implicite di inammissibilità al difetto di legittimazione soggettiva della domanda o all'esercizio del potere nel caso di totale carenza di quest'ultimo

le richieste di parte disciplinate dal codice di procedura penale necessitano per espressa norma di legge dell'allegazione di un fatto giuridico che individui la *ratio* della domanda (come pure, più in generale ed ancor prima, di una motivazione espressa¹²).

Ad esempio (e come già rilevato): tutta la fase delle indagini preliminari è improntata al *ne procedat iudex ex officio*; oltre alla disciplina dei singoli istituti, è l'art. 328 c.p.p. a chiarire una volta per tutte che il giudice per le indagini preliminari interviene sempre su richiesta di parte. Ciononostante, il codice non sempre stabilisce le caratteristiche della domanda rivolta al giudice. Anzi: per la fase investigativa, come tale precedente alla formulazione dell'imputazione, l'assenza di direttive specifiche rispetto ai requisiti della domanda spesso riguarda non solo la ragione giuridica della stessa, ma anche la necessità o meno di descrivere il fatto per il quale si sta procedendo¹³.

Più in generale, è difficile ricavare dal codice un concetto generale di domanda che consenta di individuare gli elementi minimi imprescindibili perché un atto sia qualificabile come tale.

Quanto alle richieste necessarie (sempre intendendo per tali quelle senza cui il giudice non può attivarsi)¹⁴, il silenzio spesso serbato dal legislatore circa i requisiti della domanda e i rapporti di

(è questa la posizione espressa da F. DE PRIAMO, *Inammissibilità*, in *Dig. disc. pen.*, 1992, vol. VI, p. 300), altri prospettano un novero anche più ampio di requisiti generali delle domande (la cui carenza darebbe luogo a «cause generali di inammissibilità»), che andrebbero identificati nella capacità, nella legittimazione, nell'interesse «come causa dell'atto», nella forma e nella volontà (così T. DELOGU, *op. cit.*, p. 135, che considera i presupposti, le condizioni e la regolamentazione formale dell'atto quali dati variabili da domanda a domanda). Recentemente, si veda M. PANZAVOLTA, *L'inammissibilità*, in *Studi urbinati*, 2005, p. 227, secondo cui requisiti generali di ogni domanda sarebbero la legittimazione soggettiva al compimento dell'atto nonché il mancato rispetto di eventuali limiti temporali perentori (per i quali non sia espressamente stabilita l'inammissibilità).

¹² Che quindi, come tale, prospetti al giudice la ragione sulla cui base accogliere la richiesta proposta dalla parte. In proposito (ma si avrà modo di tornarci sopra), va rimarcata la necessità di distinguere tra allegazione e motivazione della domanda: così come in proposito notava E. BETTI (*Per una classificazione degli atti processuali di parte*, in *Riv. it. dir. proc. civ.*, 1928, I, p. 108), la motivazione della domanda comprende anche affermazioni e deduzioni che, per la loro natura logica e psicologica, vanno tenute nettamente distinte da essa in quanto atto di parte.

¹³ Per una rassegna esaustiva e ragionata si rinvia a F. RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 226 ss.

¹⁴ V. *retro*, cap. I, par. 2.

questa con i poteri decisorii del giudice fa sì che la distinzione tra *ne procedat iudex ex officio* e *iudex iudicare debet secundum alligata* spesso non sia troppo chiara: e ciò si riflette sia sulla determinazione degli elementi essenziali e imprescindibili, sia sui suoi rapporti con il relativo provvedimento giudiziale.

Ciò posto, tale silenzio deve essere interpretato in maniera non aprioristica, ma considerando specificamente ogni singola richiesta: con ogni probabilità, per risolvere il dubbio non può essere sempre applicato il medesimo canone ermeneutico. E dunque: non sempre nel silenzio del legislatore potrà ravvisarsi il sintomo di una totale libertà decisoria in capo al giudice; e così pure viceversa: non sempre l'adesione codicistica ad un astratto modello di parti potrà condurre l'interprete a ritenere il giudice vincolato rigidamente alle allegazioni del richiedente.

Per sciogliere il quesito si dovrà volta per volta tener conto di una serie composita di fattori, quali i valori in gioco¹⁵, la circostanza che si tratti o meno di una domanda necessaria, magari introduttiva di un procedimento incidentale, la titolarità soggettiva del potere di presentare la domanda (essendo opportuno distinguere, in particolare, tra domande della difesa e domande dell'accusa), l'ipotizzabile struttura logica della domanda, le peculiarità del procedimento che conduce all'emissione del provvedimento giudiziale, la natura ordinatoria o meno del provvedimento richiesto.

Nel caso specifico l'insieme di questi fattori induce a propendere per una lettura particolarmente rigorosa del combinato disposto degli artt. 291 e 292 c.p.p.

Innanzitutto, la richiesta di cui all'art. 291 c.p.p. è una richiesta necessaria, imprescindibile affinché il giudice, tenuto al rispetto del *ne procedat iudex ex officio*, possa provvedere su quel determinato oggetto. Infatti, a fronte di domande non necessarie, non ha forse

¹⁵ In proposito, sembra pertinente rinviare alle considerazioni espresse da M. PANZAVOLTA, *L'inammissibilità*, cit., p. 226 ss., che, affrontando il tema della tipicità delle cause di inammissibilità, pur ribadendo l'estrema difficoltà di superare la tassatività voluta dal legislatore delegante (art. 2 n. 7 della legge-delega per l'emana-zione del nuovo codice di procedura penale), non esclude che sia possibile tentare di nucleare cause implicite di inammissibilità in relazione agli elementi che deb-bano ritenersi essenziali della domanda volta a volta considerata (considerando, in particolare, gli interessi sottesi al singolo atto d'impulso).

neppure troppo senso interrogarsi in ordine ai requisiti dell'atto d'impulso, come pure in ordine ai rapporti tra la domanda stessa ed il corrispondente provvedimento del giudice: nell'ipotesi di domande eventuali la domanda costituisce una mera sollecitazione, dotata per lo più di valenza argomentativa (così come può essere la domanda mediante cui le parti sollecitano il giudice ad assumere *ex officio* la prova ai sensi dell'art. 507 c.p.p.).

La circostanza che il legislatore del 1988, optando per l'esigenza di una richiesta dell'accusa, abbia costruito una fattispecie complessa che coinvolge due organi (pubblico ministero e giudice), deve indurre a valorizzare particolarmente il ruolo della domanda. Tra l'altro, non ci troviamo qui dinanzi ad una mera istanza processuale, facente parte del normale – se pur non essenziale – svolgimento del procedimento principale o di un subprocedimento¹⁶, bensì di una domanda introduttiva di un procedimento incidentale, autonomo e che per intuitive esigenze ideologiche va tenuto ben distinto da quello principale; un procedimento in cui non è in gioco una mera questione di carattere ordinatorio, ma la libertà personale del soggetto che vi è sottoposto.

L'autonomia e l'incidentalità caratteristiche della vicenda cautelare¹⁷ connotano tanto l'oggetto – la fattispecie cautelare – quanto la struttura del relativo procedimento, che, pur non caratterizzandosi per l'alterità dei soggetti coinvolti rispetto agli attori del procedimento principale¹⁸, segue regole *ad hoc* e trasversali, che vigono per tutto l'arco della procedura principale¹⁹, evidenziando

¹⁶ Definizione tratta da R. APRATI, voce *Inammissibilità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, Giuffrè, Milano, 2006.

¹⁷ L'espressione «vicenda cautelare» venne per primo impiegata da V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, 1976, p. 161, che parlava di «vicende della custodia preventiva» ad indicare gli istituti di applicazione successiva all'emissione del mandato di cattura.

¹⁸ L'alterità dei soggetti coinvolti viene da parte della dottrina (quella più restrittiva e rigorosa) considerata come l'elemento sintomatico indefettibile della natura incidentale del procedimento (cfr. G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 145, F. CORDERO, *Contributo allo studio dell'amnistia nel processo penale*, Milano, 1957, p. 96, in particolare alla nota 181).

¹⁹ Particolarmente sintomatico dell'autonomia caratteristica di questo rito è la sottrazione dell'ordinanza cautelare emessa nel dibattimento alla regola dell'impugnabilità congiunta alla sentenza nonché – soprattutto e comunque – al control-

la domanda cautelare quale fondamentale ed indefettibile atto introduttivo della “procedura parallela”.

Come si avrà modo di ribadire, soprattutto a proposito dei rapporti tra richiesta cautelare e relativo provvedimento, un altro aspetto fondamentale da tenere in considerazione attiene al profilo cognitivo. Com'è noto, l'art. 291 c.p.p. riconosce al pubblico ministero la possibilità di trasmettere al giudice chiamato a decidere unicamente gli atti «a sostegno della richiesta», oltre agli atti a favore dell'imputato (con le eventuali deduzioni o memorie difensive già depositate). Il contenuto del cosiddetto *dossier* cautelare si determina *per relationem* in funzione del contenuto della relativa domanda *ex art. 291 c.p.p.*: ferma restando l'assoluta relatività del concetto stesso di «elemento a favore» (come pure di «elemento a sostegno della richiesta») rispetto al profilo della gravità indiziaria, la natura favorevole o meno di un elemento si desume anche dall'allegazione del fatto costitutivo, dalla *ratio* della domanda (che corrisponde poi, come vedremo, al *periculum libertatis*).

Infine: la struttura del procedimento cautelare, nel cui ambito il contraddittorio è garantito solo dopo l'emissione del provvedimento restrittivo²⁰. La mancata instaurazione di un contraddittorio anticipato enfatizza gli effetti della cognizione solo parziale del giudice, cui vengono trasmessi unicamente gli atti scelti dall'accusa, senza che la difesa abbia la possibilità di prospettargli alcuna lettura, deduzione, ricostruzione alternativa.

I fattori appena passati in rassegna impongono di sopperire in via interpretativa al silenzio legislativo sui requisiti della richiesta cautelare, e inducono a descriverne la struttura in questi termini:

lo di organi individuati secondo regole diverse da quelle scandite dagli artt. 596 e 606 c.p.p. (così F. VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, Cedam, Padova, 2004, p. 31). F. CORDERO, *Procedura penale*, 2006, p. 543, evidenzia la peculiarità dell'ordinanza cautelare che, emessa dalla corte d'appello, è poi soggetta al controllo del Tribunale del riesame.

²⁰ Secondo F. VIGGIANO (*op. cit.*, p. 29), è significativo, in proposito, che la struttura triadica non venga assicurata neppure nell'eventualità in cui l'incidente cautelare nasca nell'ambito del dibattimento (o comunque, più in generale, della fase processuale). Unica eccezione a tale regola (di fatto imposta dalla natura tipicamente a sorpresa della procedura cautelare) è quella concernente l'applicazione della misura cautelare in seno all'udienza di convalida.

il pubblico ministero chiede al giudice l'applicazione di una determinata misura cautelare (*petitum*), in relazione ad una determinata ipotesi delittuosa riconducibile all'art. 280 c.p.p. (rispetto alla quale evidentemente ipotizza – aspetto che assume rilevanza squisitamente argomentativa – la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza), fondando la necessità dell'emissione del provvedimento cautelare richiesto sulla base di una (o, eventualmente, più) tra le esigenze cautelari tassativamente indicate dall'art. 274 c.p.p. (*causa petendi*).

Come si vedrà analizzando il problema dalla prospettiva, convergente, relativa ai rapporti tra richiesta e provvedimento del giudice, la domanda deve indicare tanto il *petitum* quanto la *causa petendi*. Ciò porta a respingere quelle letture che intendono rispettato il principio della domanda cautelare nel caso in cui la richiesta ex art. 291 c.p.p. si limiti a prospettare la necessità di un intervento coercitivo, senza specificare il tipo di restrizione di cui l'accusa sollecita la scelta²¹, e il *periculum libertatis* su cui essa si fonda²².

Nonostante i disorientamenti giurisprudenziali (su cui si avrà modo di tornare), la necessità di indicare l'esigenza cautelare dovrebbe ritenersi addirittura preminente, posto che essa individua la *ratio essendi* dell'incidente *de libertate* (così com'è imposto dalla presunzione d'innocenza²³).

²¹ Così Cass., Sez. VI, 19 aprile 1991, Sylla, in *Cass. pen.*, 1992, p. 697. Questa giurisprudenza viene assunta come indice significativo da chi, anche in dottrina, sostiene la possibilità, per il giudice, di andare oltre quanto specificamente richiesto: v. A. ALBIANI, *L'ultrapetizione cautelare: una questione forse prematuramente considerata risolta*, in A. ALBIANI- S. MARINELLI, *Misure cautelari in materia di libertà personale e sequestro penale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 588 (che cita a sostegno della richiesta cautelare non mirata all'ottenimento di una determinata misura anche Cass., Sez. III, 28 luglio 1993, p.m. in proc. Nava, in *Giust. pen.*, 1993, III, p. 690). In dottrina, tra gli altri, nel senso prospettato nel testo, C. CARINI, *op. cit.*, p. 145, F. RUGGERI, *op. cit.*, pp. 234-235 (particolarmente critica con la giurisprudenza), G. SCARPETTA, *Quale sorte per le "richieste anomale" del p.m. relative all'applicazione di una misura cautelare personale?*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, p. 268. *Contra*, G. BETOCCHI, *L'evoluzione normativa dell'art. 291 c.p.p. tra esigenze delle indagini preliminari, ruolo del giudice e diritto di difesa*, *ivi*, 1997, p. 267.

²² Cass., Sez. I, 21 novembre 2006, Chaoui, in *C.E.D. Cass.*, n. 235826, Sez. I, 14 ottobre 1992, Tundo, *ivi*, n. 192485.

²³ Una domanda priva della relativa individuazione costituisce il sintomo della volontà di ottenere l'uso della coercizione in funzione sostanziale, di anticipazione della condanna.

2. *La descrizione dell'«imputazione cautelare»*

La ricostruzione appena proposta circa il contenuto della domanda cautelare esclude il *fumus commissi delicti* dalla *causa petendi*. Ciò perché la gravità indiziaria è refrattaria – per ragioni ideologiche e costituzionalmente rilevanti – alla nozione di “causa della domanda”. Il riferimento a tale *standard* probatorio (rispetto ad un delitto che soddisfi il dettato dell’art. 280 o dell’art. 287 c.p.p.), non esprimendo la ragion d’essere del provvedimento cautelare, non esprime neppure, ed ancor prima, la ragion d’essere del relativo atto d’impulso.

Il necessario riscontro dei gravi indizi di colpevolezza discende infatti dal principio di proporzionalità, in base al quale il sistema preclude l’assoggettamento a cautela della persona rispetto alla quale non sia ragionevole ipotizzare un’elevata probabilità di condanna²⁴: il *fumus commissi delicti* costituisce un presupposto dell’applicazione della misura, ma non ne esprime la funzione, volta a fronteggiare le esigenze cautelari.

Questa constatazione non deve però condurre a trascurare un altro aspetto, che dimostra la necessaria esistenza di un requisito ulteriore della richiesta cautelare: la necessità di rispettare il fondamentale dogma che vuole il pubblico ministero *dominus* del fatto in reazione al quale si procede. Se pure non può dirsi (lo impedisce l’art. 27 comma 2 Cost.) che la domanda cautelare trovi la sua ragion d’essere nella circostanza che si stia procedendo in relazione ad un determinato reato, ciò non toglie che essa debba specificare il fatto-reato in relazione al quale l’applicazione della misura viene richiesta. La domanda cautelare è infatti compresa nel novero di quegli atti del pubblico ministero che, rivolti al giudice, necessariamente presuppongono un riferimento al fatto-reato rispetto al quale viene sollecitato l’impiego del potere coercitivo²⁵.

Nella fase preliminare, dove statisticamente si colloca la gran parte delle iniziative cautelari, il fatto oggetto del procedimento

²⁴ Sul principio di proporzionalità nel sistema cautelare personale si rinvia a D. NEGRI, *Fumus commissi delicti: la prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli, Torino, 2004, segnatamente alle p. 12 ss.

²⁵ F. RUGGIERI, *op. cit.*, p. 180 ss.

non sempre è ben individuabile: la determinatezza dei suoi contorni oscilla infatti tra scarse coordinate spazio-temporali e giuridiche e quelle di cui all'atto di esercizio dell'azione penale, che contiene la descrizione in forma chiara e precisa del fatto, delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare le misure di sicurezza, oltre all'indicazione del relativo *nomen iuris*²⁶.

Orbene: che l'azione cautelare non possa limitarsi alla mera indicazione di data e luogo del fatto (informazioni pretese ad esempio dall'art. 369 c.p.p.) si desume dal tenore dell'art. 292 c.p.p., che impone al giudice l'onere di descrivere, nell'ordinanza cautelare, in maniera (quantomeno) «sommaria» il fatto, con l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate²⁷.

Tale disposizione, se letta alla luce del principio che vuole il giudice estraneo alla determinazione e alla definizione del fatto, comporta evidenti ricadute anche sul contenuto dell'azione cautelare.

In proposito, rileva innanzitutto l'art. 278 c.p.p., che isola gli elementi rilevanti della fattispecie cautelare (ai fini di quanto prescritto dagli artt. 280, 287, 303 c.p.p.). La disposizione, oggetto di ripetute modifiche (sintomo di un pendolarismo legislativo addirittura frenetico), esclude l'incidenza della continuazione, della recidiva, delle

²⁶ *Ibidem*, pp. 141 ss.

²⁷ La prescrizione realizza una significativa rottura rispetto a quanto previsto dall'art. 264 c.p.p. abrogato, che si accontentava di un mero «cenno sommario» al fatto (sul punto, v. GIUS. AMATO, *Commento all'art. 292 c.p.p.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di E. Amodio-O. Dominioni, vol. III, tomo II, Milano, 1990, p. 124 ss., nonché G. CIANI, *Commento all'art. 292 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, Torino, 1990, III, p. 166).

L'art. 292 c.p.p. non è l'unico indice dal quale si ricava la necessità di specificare l'addebito; il concetto stesso di gravità indiziaria *ex art. 273 c.p.p.*, e più in generale tutte le altre disposizioni ispirate al principio di proporzionalità – quali il divieto di applicare la custodia cautelare nell'ipotesi in cui sia pronosticabile la concessione della sospensione condizionale (art. 275, comma 2 *bis*, c.p.p.), o la necessità, da parte del giudice cautelare, di scegliere la misura da applicare in funzione della pena che si ritiene possa essere irrogata (comma 2 della medesima disposizione) – identificano prescrizioni dalle quali si ricava la necessità pregiudiziale di una determinazione dell'addebito, ancorché non necessariamente in forma chiara e precisa. Una prognosi puntuale (sia sull'*an* della condanna che sul *quantum* di pena: si pensi alla lett. *b* dell'art. 274 c.p.p.) come quella imposta dalla disciplina cautelare postula giocoforza la determinazione del fatto, che deve essere operata a monte: prima dell'ordinanza cautelare, già nell'atto d'impulso del pubblico ministero.

circostanze del reato, eccetto l'aggravante prevista al n. 5 dell'art. 61, l'attenuante dell'art. 62 n. 4, le circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e quelle ad effetto speciale. Rispetto alle circostanze aggravanti, il tenore dell'art. 278 c.p.p. si traduce in una integrazione dell'onere descrittivo "minimo", esplicitamente prescritto dall'art. 292 c.p.p., che menziona il solo fatto con la relativa qualificazione giuridica²⁸. Ciò non toglie, peraltro, che anche elementi estranei al contenuto dell'art. 278 c.p.p., neutri ai fini della determinazione del regime cautelare, possano comunque assumere rilevanza nel definire l'imputazione cautelare, e non solo a vantaggio della difesa (nell'ottica di una più puntuale contestazione), ma anche perché gli elementi accidentali esclusi dall'art. 278 c.p.p. possono assumere significato nel delineare la gravità del fatto e della personalità dell'imputato²⁹.

Più in generale, la lett. *b* dell'art. 292 c.p.p. deve essere intesa in modo dinamico: la ragione per cui la disposizione si esprime in termini di "sommarietà" va ricondotta alla naturale fluidità dell'imputazione preliminare³⁰; ma ciò non significa che, ove i contorni dell'addebito provvisorio siano più definiti, un ortodosso modo di procedere non imponga una più precisa contestazione dell'addebito³¹. Il grado di invasività proprio del provvedimento cautelare induce infatti particolare rigore; né la tutela del segreto investigativo, sebbene salvaguardata dalla facoltà di ostensione soltanto parziale del fascicolo d'indagine, sembra poter assurgere a ragione sufficien-

²⁸ Secondo F. VIGGIANO (*op. cit.*, p. 90), la discrasia tra art. 292 e art. 278 c.p.p. si traduce invece in una distinzione tra «elementi che fanno parte dell'imputazione cautelare ed elementi che si collocano al suo esterno». Nello stesso senso, v. R. DEL COCO, *Addebito penale preliminare e consapevolezza difensiva*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 125, G. CIANI, *Tecnica di redazione dei provvedimenti in materia di libertà personale*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, p. 353, Cass., Sez. II, 30 gennaio 2002, P.M. in proc. Grillo, in *C.E.D. Cass.*, n. 220957.

²⁹ F. VIGGIANO, *op. cit.*, p. 88.

³⁰ L'espressione, estranea al lessico del codice, risale a Carnelutti, ed è stata ripresa, poco dopo l'entrata in vigore del vigente codice, da M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Clueb, Bologna, 1989, p. 85 ss.

³¹ Il riferimento alla sommarietà contenuto nell'art. 292 c.p.p. discende dalla natura di *work in progress* caratteristica dell'addebito preliminare: P.P. RIVELLO, *La descrizione sommaria del fatto di cui all'art. 292 comma 2 lett. b c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1547, nonché R. DEL COCO, *op. cit.*, p. 121.

te per legittimare una contestazione del fatto meno precisa di quella possibile allo stato degli atti.

L'analisi della giurisprudenza su questo tema è piuttosto scoraggiante³². Basti pensare a quell'orientamento (particolarmente nutrito rispetto all'ipotesi del reato permanente), che ritiene superflua l'indicazione della data del fatto, elemento che identifica uno dei connotati minimi dell'addebito provvisorio (v. art. 369 c.p.p.)³³. Ancora: nonostante la struttura dell'art. 292 c.p.p. mantenga topograficamente distinta la descrizione del fatto-reato (collocata, appunto, nella lett. *b* del comma 2) dagli altri requisiti motivazionali dell'ordinanza cautelare, la giurisprudenza tende a legittimare ordinanze (e, ancor prima, richieste) cautelari in cui la descrizione del fatto non risulta isolata in modo definito, ma emerga «nel complesso della motivazione dell'ordinanza»³⁴. Si tratta di un atteggiamento giuri-

³² Si allude qui, per la verità, alla giurisprudenza fiorita attorno al contenuto dell'ordinanza cautelare.

³³ Cass., Sez. Un., 25 marzo 1998, D'Abramo. V. anche, tra le altre, Sez. VI, 29 settembre 2000, Malieni, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2758. Ritiene invece indispensabile l'indicazione del *tempus commissi delicti* Cass., Sez. I, 18 maggio 1994, Giambalvo, in *C.E.D. Cass.*, n. 198190 (in proposito, occorre però tener presente che la pronuncia è dedicata al concetto di «medesimo fatto» di cui all'art. 297 comma 3 c.p.p.: in questo caso, definire la data del fatto come elemento necessariamente identificativo dell'addebito si traduce nella negazione di una garanzia per l'imputato). Per una critica a questa prassi, v. A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia. Dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Cedam, Padova, 2006, p. 423.

³⁴ Cass. 4 luglio 1995, Tomasello, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, p. 152, di cui è opportuno riportare il seguente passo: «non occorre che detta richiesta e, corrispondentemente, la conseguente ordinanza impositiva del giudice siano, rispettivamente, formulata e recepita nel provvedimento con l'indicazione delle ipotesi di reato formalmente trasfuse in autonomi, specifici capi d'imputazione, potendo invece risultare una o più di esse (anche) dal contesto motivazionale. Quel che è indispensabile è che non solo le ipotesi di reato non esplicitamente formulate in capi di imputazione siano contenute nel contesto motivazionale del provvedimento, ma che queste risultino non inserite in maniera soltanto discorsiva, ovvero "obiter tantum" o comunque in un contesto non legato funzionalmente all'emissione dell'ordinanza applicativa della misura cautelare verso la quale la richiesta del P.M. è stata diretta». V. anche Cass., Sez. V, 6 agosto 1991, Padovano, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1281, Sez. II, 20 ottobre 1994, p.m. in c. Schettini, *ivi*, 1995, p. 700, Sez. VI, 9 ottobre 2007, Palmiero, in *C.E.D. Cass.*, n. 238411; Sez. V, 7 marzo 2007, Milano, in *C.E.D. Cass.*, n. 236148, precisa peraltro che «il requisito della descrizione sommaria del fatto, pur non dovendo necessariamente essere formalizzato in un autonomo capo di imputazione, deve tuttavia risultare in modo inequivocabile, e sin

sprudenziale che, sebbene formalmente non censurabile, avalla una certa pigrizia nella redazione degli atti, rendendo arduo distinguere l'allegazione del fatto costitutivo dall'allegazione argomentativa e da quella probatoria³⁵.

L'art. 292 c.p.p., pur non richiedendo la specificazione delle circostanze, esige comunque la contestazione del *nomen iuris*. Ma anche a tale proposito, e nonostante la limpidezza del dato normativo, bisogna prendere atto della tendenza giurisprudenziale che svincola il giudice cautelare dall'obbligo di specificare la qualificazione giuridica del fatto per il quale viene disposta la cautela³⁶. Questo orientamento, oltre a porsi in eclatante contrasto con la lettera della legge, si rivela particolarmente insidioso, posto il ruolo preminente rivestito dal *nomen iuris* durante le indagini preliminari: quando l'addebito è ancora fluido, il riferimento alle norme di legge in ipotesi violate assume inevitabilmente un significato peculiare ed ulteriore, anche di descrizione del fatto materiale³⁷.

dal momento dell'emissione, dal contesto del provvedimento, in quanto funzionale all'esigenza dell'indagato di difendersi mediante il confronto tra i fatti contestati e la valenza indiziaria degli elementi posti a sostegno della misura».

³⁵ Nulla vieta, oltretutto, che, ove il pubblico ministero proceda per più delitti, la domanda cautelare possa essere riferita soltanto ad uno di questi (ad esempio perché soltanto rispetto ad uno di questi delitti ritiene sussistente uno dei *pericula libertatis* di cui all'art. 274 c.p.p.): questa semplice constatazione dimostra la necessità di una specificazione puntuale dell'addebito cautelare, che dunque potrebbe non coincidere con l'addebito preliminare, sin dall'atto d'impulso del pubblico ministero.

³⁶ Per tutte, si veda Sez. Un., 14 luglio 1999, Ruga, n. 16, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1546.

³⁷ In proposito, è indicativo il contenuto dell'art. 335 c.p.p.: se il primo comma della disposizione impone al pubblico ministero di iscrivere la notizia di reato nell'apposito registro (nonché, non appena risulta, il nome dell'indagato), il secondo prescrive l'aggiornamento dell'originaria iscrizione ove muti la qualificazione giuridica del fatto oppure il fatto risulti diversamente circostanziato. Tutto sta nell'intendersi sul significato dell'espressione «muta la qualificazione giuridica del fatto». Con ogni probabilità, l'espressione si riferisce non tanto all'evenienza in cui il pubblico ministero abbia malamente rubricato il fatto, quanto all'ipotesi in cui il mutamento del *nomen iuris* sia il riflesso del mutamento dei connotati materiali dello stesso fatto. Infatti, ritenere che ogniqualvolta il fatto materiale muti rispetto al nucleo originario il pubblico ministero sia tenuto a iscrivere una nuova notizia di reato è una tesi che rischia di compromettere la tenuta sistematica dei termini massimi di durata delle indagini preliminari (in senso opposto, v. A. MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero tra notizia di reato ed effetti procedurali*, Cedam, Padova, 2001, p. 168).

Una visione complessiva di queste radicate posizioni giurisprudenziali delinea uno scenario caotico, che, oltre a pregiudicare gravemente il diritto di difesa (la questione viene in genere analizzata da questa prospettiva³⁸), compromette anche il dominio del pubblico ministero sul fatto: un intervento cautelare privo della specificazione analitica degli addebiti cui si riferisce, e rispetto ai quali magari si prospetta come superflua l'indicazione del *nomen iuris*, rischia di eludere completamente il ruolo dell'accusatore. Tanto che, se fosse possibile osservare la questione considerando questo solo secondo profilo, concernente la distinzione di ruoli tra pubblico ministero e giudice, il panorama appena tratteggiato paradossalmente indurrebbe ad attenuare l'atteggiamento critico nei confronti dell'impiego (nella prassi spesso troppo disinvolto) della motivazione *per relationem*, a suo modo "risolutivo" del pericolo di una eventuale supplenza giudiziale nell'individuazione del fatto.

Si avrà modo di analizzare i rapporti tra l'azione cautelare e l'ordinanza anche da altra prospettiva, concernente i poteri del giudice di fronte alla descrizione della regudicanda (sia in relazione al fatto sia in relazione alla relativa qualificazione giuridica). Per ora, ci si deve limitare a prendere le distanze dalla giurisprudenza, ribadendo la necessità di un'attenta descrizione del fatto (e dei suoi connotati giuridici), compatibilmente con la fluidità che ancora connota l'addebito preliminare. Oltretutto, come vedremo, le modifiche che negli ultimi anni hanno investito il codice, prendendo atto della sempre crescente importanza del "titolo cautelare", hanno superato la tradizionale impermeabilità del procedimento principale rispetto alle decisioni assunte nell'ambito di quello incidentale: una ragione in più per osservare con attenzione l'atto di avvio dell'incidente cautelare³⁹.

Viceversa, una volta che il procedimento principale approdi alle fasi successive all'esercizio dell'azione penale, la necessità di una specifica ed esplicita contestazione del fatto nell'ordinanza cautelare (e dunque, ancor prima, nella richiesta cautelare) potrebbe rilevarsi non necessaria. Non si tratta qui di richiamare il concetto di assorbimento, quanto piuttosto quello di strumentalità della cautela rispet-

³⁸ Si veda, fra gli altri, P.P. RIVELLO, *op. cit.*, p. 1550 ss.

³⁹ Si allude qui al cosiddetto "giudizio immediato custodiale" introdotto con decreto legge 23 maggio 2008, n. 92, conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125.

to al merito: ove l'azione cautelare venga promossa ad imputazione già fissata, sarà sufficiente, per il pubblico ministero che richiede l'intervento cautelare, riferirsi all'imputazione⁴⁰ (sempre che, come è possibile, non intenda esercitare l'azione cautelare rispetto a una sola parte delle contestazioni eventualmente elevate nell'ambito del procedimento principale).

3. *La "correlazione cautelare"*

Le riflessioni già svolte – rispetto al carattere universale del divieto di iniziative ufficiose e ai connotati necessari della richiesta *ex art. 291 c.p.p.* – si ripropongono anche rispetto ai rapporti tra richiesta e ordinanza applicativa della cautela personale.

Pure a tale proposito, duplice è infatti la possibile esegesi del dato normativo: da un lato, una semplice presa d'atto di quanto emerge *expressis verbis* dalla disposizione, che pone un mero divieto di intervento *ex officio*; dall'altro, l'attribuzione di un ruolo più pregnante alla necessità della richiesta, da cui discenderebbero necessarie corrispondenze tra la domanda ed il relativo provvedimento giudiziale.

Si tratta quindi – nuovamente, ancorché da un punto di vista distinto – di indagare la portata del principio della domanda, cercando di ricostruirne gli effetti rispetto ai contenuti del provvedimento cautelare. Gli argomenti già spesi in precedenza si ripropongono anche per delineare i rapporti tra istanza *ex art. 291* e ordinanza *ex art. 292 c.p.p.*

Soprattutto, i principi di cui agli artt. 13 e 111 comma 2 Cost. spingono a valorizzare il più possibile la previsione legislativa della domanda necessaria. L'art. 13 Cost., nel sancire l'inviolabilità della libertà personale se non in presenza di un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, racchiude infatti anche un canone er-

⁴⁰ Cass., Sez. II, 6 settembre 1994, Mammoliti, in *Riv. pen.*, 1995, p. 320: non è necessario che la domanda cautelare diretta al giudice del dibattimento sia accompagnata da una esposizione analitica dei gravi indizi di colpevolezza e neppure dalla formulazione dei capi di imputazione, allorché non possono comunque sorgere dubbi sulla individuazione del procedimento cui essa si riferisce.

meneutico, che prescrive di intendere nel modo più garantistico la disciplina positiva, e dunque – per quanto qui rileva – di attribuire il peso dovuto alla scelta di configurare l'esercizio del potere cautelare come fattispecie complessa, frutto dell'incontro tra la volontà di due organi⁴¹. Questa è l'interpretazione preferibile anche alla luce dell'art. 111 comma 2 Cost., che enfatizza la posizione di terzietà e imparzialità del giudice postulando una lettura rigida di tutte quelle disposizioni che, al pari dell'art. 291 c.p.p., prescrivono un divieto di iniziativa officiosa.

In senso opposto, in dottrina non è mancato chi ha segnalato l'esigenza di evitare di impiegare il principio del *favor libertatis* come canone interpretativo risolutivo, che trascuri altri principi, concorrenti, come quello che predica l'autonomia del giudice e la sua soggezione soltanto alla legge⁴². In questa prospettiva, si è sostenuto che il principio di terzietà del giudicante dovrebbe condurre all'affermazione dell'autonomia dell'organo rispetto alle allegazioni delle parti: affrancare il giudice da questo genere di vincoli finirebbe infatti per tutelarne maggiormente l'indipendenza di giudizio. Ma il richiamo all'art. 101 comma 2 Cost., che fonda questa possibile ricostruzione, sembra provare troppo, posto che la soggezione del giudice alla sola legge non può di per sé ostacolare la ricostruzione ed interpretazione degli istituti alla luce di principi generali (come quello, che qui rileva, espresso dal brocardo *ne procedat iudex ex officio*). In altri termini, evocare l'art. 101 comma 2 Cost. non è risolutivo, essendo prima necessario intendersi sul concetto di "legge", ben potendo questa comporsi non solo di prescrizioni esplicite ma anche di vincoli ulteriori, desumibili dai principi generali⁴³.

Le possibili tesi attorno alla configurabilità di un principio di

⁴¹ Per una valorizzazione dell'art. 13 Cost. anche a questo specifico proposito, v., tra le altre, Sez. I, 8 marzo 1995, Merolla, in *Foro it.*, 1997, II, c. 56.

⁴² A. ALBIANI, *op. cit.*, p. 584 ss. In giurisprudenza v. già Tribunale di Milano, 4 maggio 1990, Ahmetovic, in *Cass. pen.*, 1990, II, p. 214.

⁴³ Come vedremo, ancorché con specifico riferimento al comma 1 *bis* dell'art. 291 c.p.p. – e dunque rispetto ad una disposizione successivamente espunta dall'ordinamento – la Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi sull'istituto della domanda cautelare, riconoscendo il suo carattere «devolutivo»: Corte cost. n. 4 del 1992.

“correlazione cautelare”⁴⁴ sono entrambe sostenibili; com’è stato rilevato, «mai come in questo ambito, [...] i possibili, contrapposti orientamenti si fronteggiano equilibratamente»⁴⁵. Un approccio intellettualmente onesto suggerisce di premettere la difficoltà di raggiungere risposte perentorie ed inconfutabili: dovendo fare i conti con una disciplina tanto sfuggente, la scelta tra le due antitesi finisce infatti per dipendere da prese di posizione in gran parte ideologiche, a seconda del diverso modo d’intendere il rapporto tra giudice e parti nel sistema vigente.

La logica dispositiva sottostante ad ogni ipotesi di domanda necessaria dovrebbe determinare un rapporto biunivoco con il relativo provvedimento del giudice, in ossequio al principio *ne eat iudex ultra petita partium*. Ciò discende dall’esigenza di salvaguardare la funzione stessa della domanda necessaria, che implica un vincolo per l’esercizio del relativo potere riconosciuto in capo al giudice. Ritenere la richiesta cautelare un mero atto d’impulso, idoneo a produrre i suoi effetti anche se privo di riferimenti concreti ai presupposti legittimanti il ricorso all’incidente *de libertate*, sembra dunque ingiustificatamente riduttivo.

L’analisi proseguirà sviluppando l’impostazione già intrapresa, tentando di definire i rapporti tra richiesta *ex art.* 291 c.p.p. e ordinanza del giudice, al fine di vagliare l’effettiva configurabilità di una necessaria “correlazione cautelare” alla luce della disciplina positiva.

A tal fine, sembra opportuno distinguere l’esposizione con riferimento ai due fronti già individuati in precedenza, studiando *in primis* il rapporto tra azione cautelare e poteri del giudice rispetto al fatto-reato posto a fondamento della richiesta cautelare, e successivamente i rapporti tra domanda e decisione in relazione agli elementi del *petitum* e della *causa petendi*.

⁴⁴ L’espressione «correlazione cautelare» era stata impiegata da G. GIOSTRA, *Commento all’art. 8*, in AA.Vv., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Cedam, Padova, 1995, p. 121, a proposito del congegno normativo contemplato dal comma 1 *bis* dell’art. 291 c.p.p. (su cui v. *infra*, par. 6.1).

⁴⁵ Cfr. A. ALBIANI, *op. cit.*, p. 566.

4. *I poteri del giudice di fronte dell'azione cautelare: il fatto*

Trattando del contenuto necessario dell'atto di avvio dell'incidente cautelare, si è richiamata l'operatività del principio generale che attribuisce al pubblico ministero un monopolio sul fatto oggetto del procedimento⁴⁶.

Questa affermazione, sin qui declinata in termini assiomatici, richiede ora un approccio meno veloce, che guardi al ruolo del giudice nell'incidente cautelare, con particolare (ancorché non esclusivo) riferimento alla fase delle indagini preliminari.

La giurisdizione preliminare può assumere connotati molto diversi, tanto da aver suggerito una classificazione tra giurisdizione *ad acta* e giurisdizione di controllo sul risultato delle indagini⁴⁷. Accanto ad interventi volti ad assicurare il corretto esercizio di poteri e la tutela di diritti e libertà della persona sottoposta alle indagini nella fase anteriore all'esercizio dell'azione penale, si collocano momenti di controllo sull'operato del pubblico ministero, sul suo puntuale adempimento di doveri istituzionali.

La pluralità di funzioni che caratterizza il giudice per le indagini preliminari (riconoscibile anche nell'assenza di una regolamentazione unitaria di tale figura, a livello sia codicistico che ordinamentale) potrebbe riflettersi anche sul modo di concepire il rapporto tra impulso di parte e poteri del giudice. Si tratta allora di comprendere se la domanda cautelare possa o meno essere descritta in termini devolutivi; infatti, non sempre il giudice per le indagini prelimina-

⁴⁶ *Retro*, par. II.

⁴⁷ V. GREVI, *Il giudice come organo di garanzia e di controllo nelle indagini preliminari*, in *Quaderni del C.S.M., Incontri di studi*, 1989, n. 28 (vol. II), segnatamente alle pp. 63-164, ove l'A. così afferma: «tra i compiti assegnati al GIP, e genericamente riconducibili al suddetto ruolo di garanzia e di controllo sulle indagini preliminari, si possono per esigenze sistematiche individuare due diverse fasce di attività, a seconda che tale ruolo si espliciti con riferimento all'itinerario delle indagini ovvero con riferimento ai risultati delle stesse»; M. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, 1993 p. 86, contrappone due poli, il «controllo», alla «garanzia»; F. RUGGIERI, *op. cit.*, dopo aver distinto tra l'attività del giudice prima dell'inizio del processo e quella che lo stesso esercita nell'udienza preliminare, imposta il suo studio distinguendo tra *iurisdictio* di «controllo» sui risultati delle indagini e «giurisdizione di garanzia *ad acta*», concentrando la propria analisi sulla seconda.

ri si considera vincolato alla descrizione dell'addebito tratteggiata nell'atto con cui il pubblico ministero lo investe del procedimento.

Il pensiero corre al ruolo del giudice dell'archiviazione⁴⁸; la relativa procedura, strumentale alla verifica dei presupposti per non agire, attribuisce infatti al giudice poteri particolarmente ampi: tra gli esiti decisori dell'udienza di cui all'art. 409 c.p.p., oltre alla possibilità di indicare nuove indagini, spicca la cosiddetta imputazione coatta (*escamotage* teso a preservare la formale titolarità dell'azione penale in capo al pubblico ministero)⁴⁹. Trovando l'archiviazione il proprio fondamento nell'obbligatorietà dell'azione penale, si è sostenuta la possibilità, in capo al giudice, di individuare fatti e/o soggetti diversi da quelli indicati nella richiesta di archiviazione rispetto ai quali sollecitare il pubblico ministero a svolgere ulteriori indagini (o, addirittura, a disporre l'imputazione coatta)⁵⁰.

⁴⁸ Come pure su quello dell'organo chiamato a vigilare sulla durata delle indagini preliminari, *ex art.* 406 c.p.p.

⁴⁹ L'alto tasso di inquisitorialità che connota la disciplina dell'archiviazione costituisce il portato dell'attribuzione ad un organo giurisdizionale del potere di controllare l'effettivo rispetto dell'art. 112 Cost., ed in base al quale di fatto il giudice finisce per sostituirsi al pubblico ministero nell'imporre l'avvio al processo. La circostanza che la violazione del *ne procedat iudex ex officio* riguardi un organo che rimarrà poi estraneo alla celebrazione del processo viene usualmente ritenuta un'accettabile conseguenza della necessità di salvaguardare l'obbligatorietà dell'azione penale. Procedura di archiviazione ed (eventuale) successivo rito sono infatti due fasi distinte, celebrate dinanzi a giudici diversi (tra loro incompatibili) ed ispirate a due distinte logiche: da un lato la logica del controllo, che caratterizza la procedura di archiviazione, dall'altro quella del giudizio, che permea la fase processuale in senso stretto. In questa ottica (e dunque considerando l'estraneità del giudice dell'archiviazione alle fasi successive), si potrà ragionevolmente concludere che l'imputazione coatta individua, prima ancora che un ordine di esercitare l'azione penale, innanzitutto una decisione di rigetto della richiesta di archiviazione formulata dal pubblico ministero.

⁵⁰ Il tema è complesso, anche perché si articola in una cospicua serie di fattispecie, concernenti appunto la possibilità di imporre l'imputazione (o l'iscrizione nel registro delle notizie di reato) per un fatto diverso o per un fatto nuovo, o addirittura in relazione ad una persona mai prima neppure sottoposta alle indagini. Oltre al problema concernente la possibilità, per il giudice, di delineare l'atto imputativo nell'ordinanza *ex art.* 409 c.p.p., c'è poi la questione, ulteriore e conseguente, riguardante la possibilità, per il pubblico ministero, di discostarsi da tale ricostruzione (esclude questa possibilità F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Jovene, Napoli, 1994, p. 545 ss.): non particolarmente chiaro, in proposito, l'atteggiamento della Corte costituzionale, che con la pronuncia n. 263 del 1991, dopo avere affermato che «al

Il terreno è oggetto di un vivace scontro di opinioni, visto che anche in tema di archiviazione è avvertita la necessità di trovare un punto di equilibrio tra l'esigenza di garantire il rispetto dell'art. 112 Cost. e il principio di terzietà, che vorrebbe un giudice estraneo alla determinazione della regiudicanda: accanto a chi sostiene la necessità di garantire un controllo incisivo del giudice per le indagini preliminari, che si estenda all'intero fascicolo e non risulti condizionato dal tenore della richiesta di archiviazione⁵¹, si pone chi esclude comunque che il giudice possa rivestire un ruolo vincolante nella costruzione dell'atto imputativo⁵².

La difficoltà di raggiungere una soluzione condivisa rispetto all'archiviazione attesta la (ben maggiore) difficoltà di ipotizzare un ruolo attivo del giudice cautelare nella ricostruzione della fattispecie materiale: la diversa funzione del giudice nell'incidente *de libertate* sembra infatti imporre una lettura rispondente alla logica del giudizio piuttosto che a quella del controllo⁵³.

La strumentalità della coercizione (per le ipotesi descritte alle lett. *a* e *b* dell'art. 274 c.p.p.) rispetto all'obbligo di esercitare l'azione penale⁵⁴ potrebbe anche suggerire il sacrificio del principio *ne*

giudice per le indagini preliminari è demandato solo l'atto d'impulso, [...] mentre il concreto promovimento dell'azione, che si esplica nella formulazione dell'imputazione [...] resta di competenza del pubblico ministero», afferma che l'ordinanza ex art. 409 c.p.p. deve necessariamente contenere l'indicazione degli elementi di fatto e delle ragioni giuridiche in base ai quali il giudice ritiene che l'azione penale debba essere esercitata: «da tali indicazioni, la cui specificità discende dall'obbligo di motivazione, il pubblico ministero non può discostarsi».

⁵¹ È l'opinione espressa, fra gli altri, da F. CAPRIOLI, *op. cit.*, p. 556, F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 432; G. SPANGHER, *L'imputazione coatta: controllo o esercizio dell'azione penale?*, in AA.VV., *Le riforme complementari. Il nuovo processo minorile e l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario*, p. 153.

⁵² Questa la tesi di A. BERNARDI, *Art. 409*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, Utet, Torino, 1990, vol. IV, p. 538, M. CAIANIELLO, *Archiviazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, tomo I, 2008, p. 76, G. GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Giappichelli, Torino, 1994², p. 81, A. SAMMARCO, *La richiesta di archiviazione*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 317.

⁵³ Così, recentemente, F. CAPRIOLI, relazione all'incontro «Il ruolo del giudice per le indagini preliminari» tenutosi il 21 aprile 2008 presso il Collegio Ghislieri di Pavia.

⁵⁴ V. *retro*, cap. II, par. 2.

procedat iudex ex officio, nella prospettiva di garantire una particolare incisività (e tempestività) all'intervento cautelare. Un argomento a sostegno di tale soluzione potrebbe essere identificato nell'art. 291 comma 2 c.p.p., che assegna al giudice che si ritenga incompetente «per qualsiasi causa» il potere di emettere un provvedimento cautelare dotato di efficacia provvisoria: l'urgenza di far fronte al *periculum libertatis*, che in questa ipotesi deve essere particolarmente pregnante, legittima una temporanea compressione del principio del giudice naturale. Una valorizzazione di questo istituto potrebbe indurre a sostenerne l'operatività anche ove la declaratoria di incompetenza possa essere determinata da una incongruenza tra il fatto-reato descritto nella richiesta cautelare e quello ritenuto dal giudice, e non soltanto nelle ipotesi di erronea determinazione della competenza che emerge *ictu oculi* dalla descrizione del fatto così come prospettata dal pubblico ministero nella richiesta cautelare. In altri termini – e data l'assenza, tanto nell'incidente *de libertate* quanto nella disciplina delle indagini preliminari, di un precetto corrispondente all'art. 521 comma 2 c.p.p. – la disposizione potrebbe essere intesa quale sintomo della volontà legislativa di derogare non soltanto al principio del giudice naturale, ma anche (eventualmente) al principio che vuole il giudice estraneo alla determinazione della reg Giudicanda.

A ben vedere, una lettura così eversiva del principio di terzietà del giudice nella determinazione dell'imputazione (sia pure preliminare) difficilmente potrebbe conciliarsi con le caratteristiche della giurisdizione *ad acta*⁵⁵. Più in generale (e qui sta un'importante peculiarità della giurisdizione *ad acta* rispetto a quella sul risultato delle indagini) oltre alla circostanza che prima dell'esercizio dell'azione penale domina ancora la logica del *work in progress*⁵⁶, deve essere

⁵⁵ «La giurisdizione di garanzia non comporta mai la sostituzione della valutazione del giudice a quella tipica e propria del pubblico ministero [...]»: F. RUGGIERI, *op. cit.*, p. 308. Ciò è indirettamente confermato dall'art. 22 c.p.p., secondo cui la declaratoria d'incompetenza ha effetto limitatamente al provvedimento richiesto.

⁵⁶ Mentre il controllo sul risultato delle indagini (che permea la procedura di archiviazione) viene attivato quando il pubblico ministero ritiene di aver svolto investigazioni esaustive rispetto ad un'ipotesi delittuosa ormai definita, l'abbrivio dell'incidente cautelare, pur dovendo reggersi su una gravità indiziaria che presupp-

rimarcata la natura (almeno potenzialmente) parziale della cognizione riservata al giudice cautelare, che rende più arduo prospettare la possibilità, per tale organo, di discostarsi dalla richiesta del pubblico ministero fondando il provvedimento cautelare su un fatto diverso⁵⁷.

Quanto sin qui osservato suggerisce di escludere che il giudice della cautela possa incidere sul fatto materiale, fondando l'esercizio del proprio potere coercitivo su una ricostruzione dell'addebito distinta da quella prospettata dall'accusa. Del resto, così come segnalato dalla giurisprudenza (peraltro in una pronuncia piuttosto discussa dalla dottrina), l'art. 521 c.p.p. è espressione di un principio che non può ritenersi confinato alla sola fase dibattimentale⁵⁸.

pone un addebito già ben delineato, potendo collocarsi nel cuore delle indagini preliminari presenta ancora connotati elastici: durante le indagini il pubblico ministero sta ancora costruendo l'accusa; con la richiesta di archiviazione egli sottopone il proprio lavoro al vaglio del giudice.

⁵⁷ Queste considerazioni resistono pur a fronte delle recenti novità normative, che in qualche modo hanno superato la tradizionale impermeabilità del procedimento principale rispetto agli esiti di quello incidentale. Si allude qui, come intuibile, alla disciplina del giudizio immediato custodiale, che instaura un raccordo tra contenuto del "titolo custodiale" e contenuto dell'atto di esercizio dell'azione penale. Stando all'art. 453 comma 1 *bis* c.p.p., il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale per lo «stesso reato» per il quale la persona sottoposta alle indagini si trova in stato di custodia cautelare (sempre che ciò non determini pregiudizio per le ulteriori investigazioni). Pur in presenza di quest'obbligo, bisogna però constatare che il pubblico ministero non è tenuto a recepire passivamente la regiudicanda cautelare: l'esigenza di intendere la nuova disciplina alla luce della pronuncia n. 121 del 2009 (con cui la Corte costituzionale ha espunto dall'ordinamento la cosiddetta «richiesta di archiviazione coatta» anche sulla constatazione della diversa base cognitiva su cui si possono fondare, rispettivamente, l'azione cautelare e la richiesta di archiviazione), porta a ritenere che l'obbligatorietà di cui all'art. 453 comma 1 *bis* c.p.p. vada così intesa: il pubblico ministero deve esercitare l'azione penale nelle forme del giudizio immediato in relazione al fatto-reato descritto nell'ordinanza custodiale sempre che le ulteriori indagini svolte successivamente alla cattura dell'indiziato non abbiano condotto l'inquirente a configurare l'addebito in termini diversi (e sempre che, allo scadere dei centottanta giorni previsti dall'art. 453 comma 1 *bis* c.p.p. il pubblico ministero non debba ancora svolgere indagini). Ciò fa sì che l'influsso dell'addebito cautelare sul contenuto dell'imputazione non sia necessitato, e tanto basta ad escludere che per l'incidente cautelare possano estendersi logiche eventualmente caratteristiche del controllo sull'esito delle indagini.

⁵⁸ Cfr. Cass., Sez. Un., 20 dicembre 2007, Battistella, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1363, con nota di O. MAZZA. Sulla portata generale dell'art. 521 c.p.p. (allora considerato con riferimento al potere giudiziale di modificare il *nomen iuris*), v. già Sez. Un., 19 giugno 1996, n. 16, Di Francesco, in *Guida dir.*, 1997, f. 6, p. 63.

Naturalmente, affermare che il giudice non possa discostarsi dal fatto così come descritto nella richiesta cautelare non significa obbligarlo a recepire passivamente tale descrizione: ove egli ritenga il fatto che emerge dal *dossier* cautelare diverso da quello delineato dal pubblico ministero, dovrà rifiutare l'intervento sollecitato dall'accusatore.

A differenza di quanto riscontrabile (ad esempio) rispetto ai rapporti tra richiesta di archiviazione e conseguenti poteri del giudice, il tema dei rapporti tra richiesta cautelare e relativa ordinanza, rispetto a questo specifico profilo, non è stato troppo approfondito. Oltre ad essere sintomatica di una certa uniformità della giurisprudenza (sulla quale si avrà subito modo di tornare), l'assenza di dibattito potrebbe essere indicativa del difetto descrittivo che spesso connota le richieste cautelari (che rende più difficile un controllo sulla mancata correlazione)⁵⁹, come pure, più in generale, del tendenziale "appiattimento" del giudice per le indagini preliminari sulle richieste del pubblico ministero (che si traduce anche nel massiccio ricorso alla motivazione *per relationem*).

Come appena anticipato, dopo alcuni disorientamenti⁶⁰, la giurisprudenza si mostra – quantomeno in linea di principio – compatta, essendosi attestata sulla dichiarata esigenza di rispettare il divieto di iniziative officiose⁶¹. La tendenza è infatti quella di distinguere tra fatto

⁵⁹ Cfr. *retro*, par. 2.

⁶⁰ Ad esempio, la pronuncia Cass., Sez. II, 15 dicembre 1993, Ceolin, in *Giust. pen.*, 1994, III, p. 444 (con nota di A. DIDDÌ), dopo aver inizialmente negato la possibilità, per il tribunale del riesame, anche solo di modificare la qualificazione giuridica dell'addebito, giunge ad affermare – del tutto incongruamente – il potere, in capo al collegio medesimo, di formulare ipotesi di reato «alternative» (e dunque diverse) rispetto a quelle prospettate dal pubblico ministero nella richiesta cautelare. Quello appena menzionato non costituisce l'unico esempio di disorientamento giurisprudenziale sul punto: Cass., Sez. I, 12 marzo 1990, Guallemi (in *Giur. it.*, 1990, II, p. 410, con nota di G. DEAN), afferma la possibilità, in capo al giudice per le indagini preliminari, di «procedere alla qualificazione giuridica del fatto-reato a lui sottoposto anche in modo diverso da quanto prospettato [...]», sulla premessa che soltanto a partire dal momento in cui l'azione penale è stata esercitata il potere di modifica dell'imputazione divenga competenza esclusiva del pubblico ministero: se però l'imputazione ancora non c'è, in quanto si versa ancora in fase di indagine preliminare, ove "può parlarsi solo di addebiti provvisori", il giudice recupera il potere di riqualificazione».

⁶¹ Cfr., tra le numerose, Cass., Sez. IV, 11 dicembre 2003, Sangiuolo e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 228566, Sez., I, 2 aprile 2008, Rexhepaj e altri, *ivi*, n. 236715.

e *nomen iuris*, sul presupposto che il pubblico ministero sia il *dominus* del fatto, e che il giudice possa modificare la qualificazione giuridica in virtù della cogenza generalizzata del principio *iura novit curia*.

Se però dalle dichiarazioni di principio si passa all'analisi più specifica delle singole decisioni, è facile constatare una certa confusione di piani, poiché spesso la giurisprudenza considera come mera riqualificazione giuridica modifiche che in realtà investono i profili materiali del fatto⁶². E a tale proposito, non si può non rilevare che l'abitudine giurisprudenziale ad avallare il mancato riferimento alle norme di legge e la mancata descrizione "per capi" dell'addebito nella richiesta *ex art. 291 c.p.p.*⁶³ rende molto più semplice spacciare per modifica del *nomen iuris* interventi che in realtà investono i profili materiali del fatto: la scarsa precisione nella definizione dell'addebito cautelare nella richiesta del pubblico ministero determina evidenti difficoltà nella verifica del rispetto del principio *ne procedat iudex ex officio*⁶⁴.

L'applicazione analogica dell'art. 521, comma 2, c.p.p. all'incidente *de libertate* vale per qualsiasi intervento giudiziale sul fatto, e dunque anche per una eventuale ridefinizione della regiudicanda che operi *in bonam partem* rispetto alla domanda cautelare. Da ciò discende che, ove il giudice per le indagini preliminari o il giudice procedente ritenga che il fatto sia meno grave di quello prospettato dal pubblico ministero, non potrà comunque procedere alla relativa applicazione della misura⁶⁵.

⁶² V. già M. NOBILI, *op. cit.*, p. 334.

⁶³ V. *retro*, par. 2.

⁶⁴ Tanto più che, come si avrà modo di ribadire, la giurisprudenza tende spesso a confondere l'allegazione in senso materiale (concernente la composizione del *dossier* cautelare) dall'allegazione in senso giuridico. Significativo, in proposito, quanto affermato nella motivazione di una recente pronuncia di legittimità: «[...] ai fini dell'emissione della misura cautelare personale richiesta, ben può l'*iter* argomentativo sviluppato dal g.i.p. essere incentrato su aspetti diversi e ulteriori rispetto a quelli valorizzati dal pubblico ministero nella domanda, purché essi siano desumibili dagli elementi trasmessi dall'ufficio di Procura ai sensi dell'art. 291 c.p.p., comma 1 [...]» (Cass., Sez. I, 16 gennaio 2009, Agbana, in *C.E.D. Cass.*, n. 242446).

⁶⁵ Nella particolare ipotesi in cui la misura sia già in corso di esecuzione, la rideterminazione del fatto in senso favorevole all'indiziato dovrà fondare un provvedimento di revoca e non di sostituzione *in melius* dello stesso. È quindi non ortodossa la soluzione scelta in un noto caso di cronaca giudiziaria, ove il Giudice per le indagini preliminari di Bari, con un'ordinanza del 11 marzo 2008, «riqualificando

Fin qui si è analizzato il problema con esclusivo riferimento all'ipotesi (statisticamente più rilevante) in cui sia il giudice per le indagini preliminari l'organo investito della richiesta cautelare.

Analoghe conclusioni devono essere estese anche al giudice delle fasi successive. Dopo l'esercizio dell'azione penale è da ritenere che il termine di confronto vincolante, tanto per il giudice quanto, ancor prima, per il pubblico ministero, vada individuato nell'imputazione di merito. Una eventuale diversa lettura finirebbe infatti per esasperare l'autonomia della fattispecie cautelare. Certo: nulla vieta che gli sviluppi probatori del procedimento principale (tanto nell'udienza preliminare quanto nel dibattimento), come pure gli eventuali risultati di indagini suppletive e integrative, possano comportare l'esigenza di aggiornare l'imputazione cautelare (lo dimostra l'esistenza stessa dell'art. 297 comma 3 c.p.p.). Eppure, l'accessorietà caratteristica della cautela impone di evitare discrepanze tra le due diverse regimicande, tanto più in un momento in cui l'addebito ha ormai perso la fisiologica fluidità che lo caratterizza durante le indagini preliminari.

La promozione della richiesta *ex art.* 291 c.p.p. dovrà dunque conformarsi all'oggetto del procedimento, e l'eventuale necessità di intervento cautelare dovrà necessariamente passare per una modifica dell'imputazione. Ciò non toglie, peraltro, che, nell'ambito di processi con più capi d'imputazione (eventualità che può realizzarsi nell'ambito di procedimenti sia oggettivamente che soggettivamente

il fatto» (così si esprime, significativamente, l'ordinanza, incorrendo nel già descritto, diffuso errore definitorio) da duplice omicidio volontario a abbandono di persone minori, ha disposto la sostituzione dell'originaria custodia cautelare in carcere con gli arresti domiciliari (V. GREVI, *Quel gip che fa di testa sua*, in *Corriere della sera*, 13 marzo 2008, p. 44): ritenendo il fatto non più corrispondente al contenuto della contestazione originariamente posta a fondamento dell'azione cautelare, il giudice avrebbe correttamente dovuto disporre la revoca della misura. Il diritto al contraddittorio del pubblico ministero è comunque garantito dall'art. 299 comma 3 *bis* c.p.p., che di fatto assicura all'accusa la possibilità di aggiornare l'addebito. In proposito, deve però essere precisato che l'adeguamento *in bonam partem* della misura in corso di esecuzione potrà verificarsi (e anzi si verificherà automaticamente) ove, durante la fase processuale, l'imputazione descritta nel decreto che dispone il giudizio risulti più favorevole della contestazione racchiusa nel titolo cautelare (in proposito *v. retro*, cap. II, par. 2, nonché, ben più diffusamente, F. VIGGIANO, *op. cit.*, p. 189 ss.).

plurimi), l'azione cautelare possa essere esercitata in relazione ad uno solo di essi. Un altro caso potrebbe riguardare l'eventualità in cui il fatto posto a fondamento della richiesta cautelare sia "compreso" in quello oggetto del procedimento principale, secondo il fenomeno della cosiddetta continenza. In queste ipotesi potrebbe effettivamente realizzarsi una discrasia tra richiesta cautelare e imputazione di merito (anche perché i presupposti cautelari potrebbero effettivamente risultare soddisfatti soltanto in rapporto ad una parte della regiudicanda di merito). Non così ove il fatto storico oggetto della domanda cautelare sia materialmente inconciliabile con quello oggetto del procedimento principale, posto che si tratterebbe di una divergenza incompatibile con il ruolo strumentale del procedimento *de libertate*.

5. *La qualificazione giuridica*

Questione distinta (ancorché limitrofa) è quella concernente la definizione dei poteri del giudice sulla qualificazione giuridica del fatto, relativamente alla quale il canone *iura novit curia* potrebbe determinare conclusioni opposte a quelle appena raggiunte rispetto ai connotati materiali dell'addebito. Tale principio generale postula invero un giudice svincolato dalle prospettazioni dell'accusa: se il pubblico ministero è titolare del monopolio sulla configurazione materiale della regiudicanda, il giudice è libero nell'interpretazione e conseguente applicazione del diritto⁶⁶.

Come vedremo, il richiamo al principio generale non è risolutivo, poiché diversi possono essere i modi d'intenderne l'applicazio-

⁶⁶ In materia cautelare, il *nomen iuris* acquisisce un carattere saliente: il libro IV è infatti denso di disposizioni che postulano un controllo sul titolo del reato per il quale si procede. Basti pensare a tutte quelle disposizioni – e sono numerosissime – che subordinano l'adottabilità di cautele personali alla condizione che si proceda in relazione a fattispecie criminose caratterizzate da determinate soglie edittali; come pure, più in generale, alle norme che modulano il possibile trattamento cautelare (in ordine all'adottabilità di particolari misure, o all'adottabilità di misure relativamente a determinate esigenze cautelari, o all'inversione dell'onere probatorio circa la sussistenza delle esigenze cautelari e l'adeguatezza della misura adottata) in relazione al tipo di reato per il quale si procede.

ne; si tratterà allora di capire se il giudice cautelare possa emettere l'ordinanza *ex art. 292 c.p.p.* riferendo il *fumus commissi delicti* ad un titolo di reato diverso da quello prospettato nella richiesta *ex art. 291 c.p.p.*

La soluzione non è agevole, presupponendo un'indagine che tenga conto sia dell'incidentalità del procedimento cautelare sia del momento in cui il giudice può essere investito della domanda *ex art. 291 c.p.p.*

Sul punto è necessario tener presente l'assenza – nella disciplina dell'incidente *de libertate* (come in quella di indagini preliminari ed udienza preliminare: fasi, specie la prima, in cui è più probabile si innesti l'incidente stesso) – di una norma corrispondente all'art. 521 comma 1 c.p.p., che riconosce *expressis verbis* il potere, in capo al giudice del dibattimento, di attribuire al reato contestato un *nomen iuris* diverso da quello ipotizzato dal pubblico ministero.

Il problema è stato ampiamente dibattuto rispetto al giudice dell'udienza preliminare, con una disputa sorta subito dopo l'entrata in vigore del nuovo codice; disputa poi superata, anche in forza della posizione espressa sul punto dalla Corte costituzionale⁶⁷, tanto che oggi si afferma comunemente la possibilità, in capo al giudice dell'udienza preliminare, di attribuire al fatto un *nomen iuris* diverso da quello contestato dal pubblico ministero. Tale facoltà discenderebbe direttamente dal principio *iura novit curia*, immanente nel sistema italiano e dotato di copertura costituzionale nell'art. 101 comma 2 Cost.⁶⁸.

Tale conclusione, difficile da smentire rispetto al giudice dell'udienza preliminare⁶⁹, suscita qualche dubbio in ordine al ri-

⁶⁷ Si tratta dell'ordinanza n. 347 del 1991, con cui la Corte ha chiarito che, ai fini della dichiarazione di incompetenza, il giudice dell'udienza preliminare può dare al fatto una qualificazione giuridica diversa da quella formulata dal pubblico ministero.

⁶⁸ A. PIZZORUSSO, *Iura novit curia*, in *Enc. giur.*, Treccani, 1990, vol. XVIII, p. 1.

⁶⁹ Significativa, a tale specifico proposito, anche la possibilità – espressamente riconosciuta al giudice dell'udienza preliminare – di emettere sentenza di non luogo a procedere nel caso in cui il fatto non sia previsto dalla legge come reato (sottolinea questo aspetto C. CESARI, *Modifica dell'imputazione e poteri del giudice dell'udienza preliminare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 295).

conoscimento di analogo potere in capo al giudice per le indagini preliminari, qui considerato nella sua veste di giudice della cautela.

Non potendosi considerare il giudice vincolato ad applicare una misura cautelare sulla base di un *nomen iuris* (quello prospettato dal pubblico ministero) che non condivide, occorrerà domandarsi se l'organo investito della richiesta possa fondare l'ordinanza *ex art.* 292 c.p.p. su una differente qualificazione giuridica o non debba piuttosto limitarsi a rigettare la domanda.

La seconda tesi – che sostanzialmente configura un *aut aut*: o il giudice accoglie sulla base del *nomen iuris* prospettato dall'accusa, o rigetta, senza alcuna possibilità di incidere sul profilo giuridico della fattispecie – sembra più consona alle peculiarità della fase precedente all'esercizio dell'azione penale: salvaguarda l'indipendenza del pubblico ministero nella conduzione delle indagini e – soprattutto – evita l'insorgenza di contraddizioni (ancorché solo *in iure*) tra procedimento principale e incidente *de libertate*.

In assenza di una norma espressa analoga a quella ad esempio vigente per il patteggiamento⁷⁰, ed in presenza di un principio generale dell'ordinamento che sembrerebbe legittimare il potere di modificare il titolo di reato con il provvedimento applicativo della misura, è però necessario verificare l'eventuale tenuta di questa ipotesi ricostruttiva.

Come anticipato, dopo alcuni anni di incertezza, un intervento risolutivo delle Sezioni unite ha affermato la possibilità, per il giudice cautelare (e per il giudice dell'impugnazione cautelare) di modificare la qualificazione giuridica del fatto (contestualmente negando che il giudice possa incidere sui profili materiali della regiudicanda)⁷¹.

⁷⁰ In relazione al vaglio in ordine all'applicazione della pena su richiesta, l'art. 444 c.p.p., esigendo dal giudice il controllo sulla correttezza della qualificazione giuridica del fatto, non consente al giudice di modificarla, obbligandolo ad accogliere o rigettare *in toto* l'accordo così come formulato da pubblico ministero e imputato (in tema v. M. DANIELE, *La qualificazione giuridica del fatto nel patteggiamento*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 824).

⁷¹ Si tratta della pronuncia Sez. Un., 19 giugno 1996, n. 16, Di Francesco, cit., che in motivazione rinvia altresì all'analogo conclusione, assunta sempre dalle Sezioni Unite (sentenza n. 11 novembre 1994, n. 20), in ordine al sindacato del giudice del riesame in tema di sequestro probatorio, che avrebbe la possibilità di mutare la qualificazione giuridica del reato ed adottare un differente *nomen iuris*, «enucleando un'ipotesi di reato diversa da quella enucleata nel provvedimento». In

La soluzione si fonda sulla pretesa portata generale dell'art. 521, comma 1, c.p.p., che esprime un principio non confinabile al solo dibattimento; il richiamo al principio di legalità conduce le Sezioni Unite a scartare il potere, per il giudice, di esercitare il potere coercitivo sulla base di un *nomen iuris* che non ritiene di condividere.

In base a quanto già rilevato, l'affermazione, di per sé ineccepibile, non comporta però necessariamente una sola conclusione: se è vero che il principio di legalità preclude al giudice di recepire passivamente la rappresentazione giuridica voluta dall'accusa, da ciò non discende *ex se* il potere di fondare l'ordinanza *ex art.* 292 c.p.p. su una differente qualificazione, essendo ipotizzabile anche una terza strada (nel nostro caso il rigetto della richiesta cautelare⁷²).

senso opposto, precedentemente, si possono consultare, tra le altre, Cass., Sez. VI, 21 marzo 1996, Bulfaro, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, p. 809 (che significativamente distingueva la posizione del giudice per l'udienza preliminare, cui sarebbe consentito attribuire al fatto una diversa qualificazione giuridica, da quella del g.i.p., cui sarebbe stata preclusa tale possibilità); nello stesso senso già Sez. III, 5 luglio 1994, Vizzini, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1573; v. anche Sez. II, 1 settembre 1994, Graci, in *Cass. pen.*, 1995, p. 649. Come si avrà modo di ribadire, la soluzione delle Sezioni Unite è stata recentemente disattesa da Sez., VI, 26 maggio 2009, Olivieri, in *C.E.D. Cass.*, n. 244195. In dottrina, favorevole alla soluzione poi accolta dalle Sezioni Unite, v. G. DEAN, *Qualifica giuridica del fatto nella fase delle indagini preliminari*, in *Giur. it.*, 1990, II, p. 410, il quale sembra basare la propria conclusione sul presupposto (peraltro debole) della «mera accessorietà della qualificazione giuridica del fatto» durante la fase delle indagini preliminari. Nello stesso senso, si veda anche G. CANZIO, *I poteri cognizione e di decisione del giudice preliminare in tema di libertà personale: una rilettura del quadro normativo*, in *Leg. pen.*, 1999, p. 570, A. MARANDOLA, *I registri del pubblico ministero tra notizia di reato ed effetti procedurali*, Cedam, Padova, 2001, p. 160 (cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici). *Contra*, ancorché con riferimento alla convalida dell'arresto, S. RAMAJOLI, secondo il quale l'attribuzione del potere di riqualificazione giuridica del fatto verrebbe a «conferire al giudice il potere di sostituirsi al pubblico ministero in ordine alle modalità di conduzione delle indagini, con conseguente stravolgimento delle funzioni di controllo del giudice» (*Le misure cautelari [personali e reali] nel codice di procedura penale*, Cedam, Padova, 1996², p. 31).

⁷² A onor del vero merita considerazione anche un'altra interpretazione, di natura compromissoria, che ipotizza una soluzione diversificata circa il riconoscimento del potere, in capo al giudice cautelare, di rettificare il *nomen iuris* attribuito dal pubblico ministero al fatto-reato per cui si procede: a fronte della possibilità di una riqualificazione giuridica *in bonam partem*, si dovrebbe viceversa negare la possibilità della relativa modifica *in malam partem*. La tesi, ispirata al *favor libertatis*, sembra essere sostenuta da F. RUGGIERI, *op. cit.*, p. 234. Critico in proposito F. VIGGIANO, *op. cit.*, p. 96.

Il riconoscimento di questa prerogativa in capo al giudice per le indagini preliminari determina una serie importante di ricadute. Innanzitutto, l'instabilità dell'addebito provvisorio, caratterizzato da contorni fattuali ancora decisamente approssimativi, rende arduo discernere *quaestio iuris* e *quaestio facti*: il pericolo che al mutamento della qualificazione giuridica corrisponda un mutamento degli estremi materiali del fatto è più che tangibile, rischiando di vanificare, in concreto, il monopolio del pubblico ministero nella definizione dell'addebito.

In secondo luogo, la possibilità, per il giudice, di applicare la cautela sulla base di un diverso *nomen iuris*, ove esercitato *in malam partem*, implica un deterioramento della posizione dell'indiziato, incidendo sul regime cautelare, sulla vita della misura (si pensi, limitandosi all'esempio più eloquente, all'individuazione del termine massimo della custodia). Questo dato, di per sé conforme al principio *iura novit curia*, è comunque disarmonico rispetto alla *ratio* ispiratrice del principio della domanda⁷³. Basti pensare all'ipotesi, non così scolastica (specie a fronte del recente ampliamento del novero di delitti cui si applica la disposizione), in cui alla modifica del *nomen iuris* consegua l'applicabilità del congegno *ex art. 275 comma 3 II parte c.p.p.*: in questo caso addirittura la scelta del presidio cautelare, prefissata *ex lege* e in ipotesi più gravosa di quella sollecitata dal pubblico ministero, conseguirebbe al riconosciuto potere di riqualificazione giuridica da parte del giudice⁷⁴.

Infine (e come appena rilevato), quantomeno secondo un radi-

⁷³ La possibilità di modificare il *nomen iuris*, riconosciuta non solo al giudice di prime cure, ma anche a quello dell'impugnazione cautelare (la pronuncia delle Sezioni Unite del 1996 si era proprio espressa sul potere di riqualificazione giuridica del tribunale del riesame), determina la necessità di fare i conti con il divieto della *reformatio in pejus*. La necessità di coniugare tale divieto (che, pur nel silenzio del codice, permea anche l'istituto del riesame: v. già M. CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 207) con il potere di basare il provvedimento applicativo su una diversa ricostruzione giuridica, comporta quindi che l'attività di riqualificazione del giudice del riesame (o dell'appello cautelare), sempre possibile anche se "peggiorativa" rispetto a quella ritenuta nell'ordinanza applicativa della misura, rimanga comunque priva di effetti sulla "vita" della misura (così G. PIERRO, *Il giudicato cautelare*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 187, F. VIGGIANO, *op. cit.*, pp. 97-98).

⁷⁴ Questa eventualità era stata a suo tempo segnalata da G. CANZIO, *op. cit.*, p. 570, nota n. 13, che infatti sollevava l'interrogativo circa la necessità o meno, in questa ipotesi, di procedere all'emissione del provvedimento di cattura, piuttosto

cato assunto giurisprudenziale, che risponde all'esigenza di salvaguardare la posizione del pubblico ministero nella fase preliminare, il riconoscimento del potere di riqualificare il fatto nell'ordinanza ex art. 292 c.p.p. non impedisce al pubblico ministero di continuare le indagini relativamente alla "propria" ipotesi giuridica: se in udienza preliminare e in dibattimento, il giudice, quando muta il *nomen iuris* all'imputazione, nella sostanza impone all'inquirente di proseguire l'attività d'accusa partendo da quella diversa qualificazione (contenuta rispettivamente nel decreto che dispone il giudizio e nella sentenza dibattimentale), non è lo stesso per il giudice per le indagini preliminari; il riconoscimento di tale prerogativa a quest'organo conduce, quindi, a risultati bifronti⁷⁵.

Questi corollari della tesi dominante inducono a considerarla con una certa diffidenza. Tanto più che gli argomenti su cui si fonda non sono indiscutibili.

A ben vedere, le Sezioni Unite hanno condotto l'indagine riferendosi ai poteri del giudice dell'udienza preliminare e a quelli del giudice cautelare, ma nei fatti estendendo al secondo giudice il risultato interpretativo raggiunto per il primo, ancorché con l'importante precisazione già più volte evocata: l'eventuale mutamento del *nomen iuris* operato dal giudice cautelare vale soltanto in seno al procedimento incidentale, restando il pubblico ministero libero di assumere le proprie determinazioni (in particolare quelle concernenti l'esercizio dell'azione penale) rispetto alla qualificazione giuridica da lui originariamente individuata.

che «restituire gli atti al pubblico ministero in ossequio al principio della domanda cautelare e del divieto di determinarsi *in malam partem*»

⁷⁵ Ferma restando l'autonomia dell'incidente cautelare, ed in ossequio ad una disciplina che vuole il pubblico ministero unico *dominus* delle indagini preliminari, la possibilità di modificare il titolo del reato (non importa se in senso favorevole o in senso sfavorevole all'indiziato) ha il sapore del compromesso, e produce il risultato paradossale di una misura disposta per una fattispecie delittuosa nell'ambito di un procedimento principale in cui la persona è sottoposta ad indagine per altro titolo di reato. Eventualità stravagante, oltretutto suscettibile di trasformarsi in un *deficit* per la difesa, posta nella situazione di doversi misurare con un'imputazione preliminare alternativa. Non solo: per ragioni già evidenziate, il semplice passaggio alla fase processuale non sarebbe di per sé idoneo a "sanare" la discrasia, non potendo un atto del pubblico ministero (come la richiesta di rinvio a giudizio) superare l'ordinanza cautelare. Cfr. *retro*, cap. II, par. 2.1, in particolare alla nota 39.

Ora, oltre al fatto che la nuova disciplina del giudizio immediato custodiale ha quantomeno appannato questa certezza giurisprudenziale⁷⁶, resta dirimente che ruolo e posizione rispettivamente del giudice cautelare e di quello dell'udienza preliminare non sono sovrapponibili: il giudice dell'udienza preliminare interviene in un momento successivo all'esercizio dell'azione penale, quando l'imputazione è già stata formulata (e ha dunque perso la fisiologica fluidità che la caratterizza durante le indagini preliminari); e soprattutto, il giudice preliminare cautelare, a differenza del primo, non gode di una completa *discovery* sul fascicolo investigativo.

Tanto basta per negare coincidenza alle due situazioni, determinando la necessità di svolgere un'indagine distinta rispetto al giudice per le indagini preliminari in funzione cautelare.

A tal fine può essere di nuovo pertinente richiamare il combinato disposto degli artt. 27 e 291 comma 2 c.p.p., che attribuisce al giudice che si ritenga incompetente il potere di emettere il provvedimento richiesto nel caso in cui sussista la particolare urgenza di soddisfare il *periculum libertatis* (salvo prevedere la caducazione della misura se, «entro venti giorni dall'ordinanza di trasmissione degli atti, il giudice competente non provvede a norma degli artt. 292, 317 e 321»).

Già si è avuto modo di scartare la lettura che vedesse negli artt. 291 comma 2 e 27 c.p.p. una disciplina attributiva del potere, per il giudice, di intervenire sul fatto. Se ciò è vero, la presenza di un istituto come quello appena menzionato (che peraltro definisce la possibilità di un provvedimento con efficacia instabile, la cui conservazione di effetti è comunque rimessa all'iniziativa di ben due pubblici ministeri⁷⁷) potrebbe indirettamente dimostrare quantome-

⁷⁶ La disciplina del giudizio immediato custodiale non è forse sufficiente per far ritenere del tutto sorpassato questo *leit motiv* giurisprudenziale, ma quantomeno contribuisce a metterlo in discussione. Come notato in dottrina (F.M. IACOVIELLO, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio di minima interferenza al principio di preclusione*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2190 ss.) a proposito del (non più vigente) art. 405 comma 1 *bis* c.p.p., queste forme di coincidenza della decisione sul rito di merito implicano il superamento del tradizionalmente intangibile principio di non preclusione.

⁷⁷ Il pubblico ministero che abbia sollecitato l'ordinanza cautelare poi emessa ai sensi dell'art. 291 comma 2 c.p.p. è posto dinanzi ad un bivio: o trasmette gli

no il potere giudiziale di emettere il provvedimento sulla base di un diverso *nomen iuris*. È infatti chiaro che la declaratoria di incompetenza consegue molto spesso ad una diversa rappresentazione giuridica; conseguentemente, il tenore della disciplina degli artt. 291 e 27 c.p.p. potrebbe attestare il riconoscimento, al giudice per le indagini preliminari, del potere di fondare l'ordinanza coercitiva richiamando norme di legge differenti da quelle prospettate nella domanda cautelare, dalle quali discenda una determinazione della competenza diversa da quella ipotizzata dal pubblico ministero. Ciò dimostrerebbe il potere del giudice di imporre la cautela rinominando il fatto anche durante le indagini preliminari: diversamente opinando, l'operatività della disposizione finirebbe per rimanere circoscritta alle sole ipotesi di errore nella determinazione della competenza non conseguenti ad una diversità di vedute tra giudice e pubblico ministero in ordine alla ricostruzione dell'addebito cautelare.

Si tratta di un argomento di indubbia suggestione; forse, però, non così decisivo, o comunque non tale da rendere la soluzione dominante così pacifica.

In proposito, e premesso che la decisione sul *nomen iuris* precede, da un punto di vista logico, quella sulla competenza, un corretto modo di intendere i rapporti tra pubblico ministero e giudice durante le indagini suggerisce di ritenere quest'ultimo, se dissenziente, tenuto a respingere la richiesta cautelare, esponendo nella motivazione le ragioni del suo diniego.

Non si tratterebbe di un provvedimento abnorme, dato che, impugnabile dall'inquirente, esso non determina una stasi del procedimento, ben potendo il pubblico ministero riformulare la richiesta cautelare assecondando le indicazioni del giudice. Né in questo caso sembra potersi ipotizzare la particolare urgenza che ha mosso il legislatore a congegnare un istituto come quello *ex artt. 291 comma 2 e 27 c.p.p.*, e che potrebbe indurre a consentire al giudice l'applicazione della cautela sulla base di una diversa qualificazione giuridica per ragioni di urgenza. Nel caso disciplinato dagli artt. 291 e 27

atti al pubblico ministero presso il giudice competente, che dovrà poi scegliere se presentare o meno la propria domanda cautelare, o decide di trattenerne presso di sé il fascicolo, così lasciando caducare la misura ai sensi dell'art. 27 c.p.p. (v. *retro*, cap. III, par. 2).

c.p.p., la deroga al principio del giudice naturale si comprende, poiché una semplice declaratoria di incompetenza, non accompagnata dall'applicazione provvisoria ed eccezionale del presidio cautelare, è suggerita dalla cronologia che ne caratterizza gli adempimenti successivi: i tempi per la trasmissione degli atti da pubblico ministero a pubblico ministero e la conseguente necessità di attivare un nuovo procedimento applicativo da parte del secondo inquirente giustificano l'istituto.

Non così nell'ipotesi ora in esame, ove non è in gioco la competenza; in questa ipotesi, il dissenso nella qualificazione giuridica può essere superato anche in tempi brevi, mediante una presa d'atto, da parte del pubblico ministero, del diverso *nomen iuris*, con l'eventuale formulazione di una nuova richiesta cautelare conforme all'indicazione del giudice (che potrebbe poi decidere rapidamente, avendo già avuto cognizione del fascicolo).

Queste considerazioni inducono ad auspicare la riapertura del dibattito, da tempo fermo su conclusioni niente affatto scontate. E non pare un caso se, recentemente, la Cassazione, con una pronuncia eccentrica rispetto all'orientamento dominante, ha escluso che, durante le indagini preliminari, il giudice (e anche il giudice dell'impugnazione cautelare) possa attribuire al fatto un diverso *nomen iuris*⁷⁸.

Infine, rimane da considerare l'eventualità in cui la domanda cautelare sia avanzata in un momento successivo all'esercizio dell'azione penale. In questa ipotesi, le riflessioni finora espresse non sono pertinenti: le stesse ragioni che inducono a riconoscere il potere di riqualificare il fatto in capo al giudice dell'udienza preliminare e al giudice dibattimentale devono essere estese al giudice cautelare.

La necessità di evitare l'exasperazione dell'autonomia della fattispecie cautelare consiglia però una certa prudenza, onde evitare strabismi difficilmente conciliabili con il diritto di difesa e con la strumentalità propria della fattispecie cautelare. In proposito, e pur

⁷⁸ Cass., Sez. VI, 26 maggio 2009, Olivieri, in *C.E.D. Cass.*, n. 244195, secondo cui solo in sede di udienza preliminare è consentito al giudice attribuire al fatto una diversa qualificazione giuridica rispetto a quella indicata nella richiesta di rinvio a giudizio, mentre tale facoltà è preclusa nella fase delle indagini preliminari.

nella consapevolezza che si tratta di due questioni distinte e irriducibili, si richiamano le considerazioni già espresse a proposito degli aspetti materiali dell'imputazione: esigenze di garanzia e di coerenza suggeriscono di evitare descrizioni giuridiche difformi della medesima regudicanda, essendo preferibile che la riqualificazione giuridica del fatto debba prima essere operata nella procedura di merito, e solo successivamente recepita in quello cautelare.

6. *I poteri del giudice di fronte alla domanda cautelare: il petitum*

Ciò chiarito in ordine ai poteri del giudice dinanzi ai connotati fattuali e giuridici dell'addebito cautelare, occorre concentrarsi più specificamente sugli elementi costitutivi della domanda cautelare già definiti *petitum* e *causa petendi*.

Il *petitum*, ossia la misura cautelare richiesta dal pubblico ministero, identifica il profilo maggiormente affrontato da dottrina e giurisprudenza.

Un'interpretazione rigorosa del principio di correlazione sembrerebbe esigere una necessaria corrispondenza tra la misura richiesta e quella disposta; stando alla dogmatica processuale generale, il giudice potrebbe però anche concedere "meno" di quanto preteso dalle parti.

Nell'interrogarsi se il giudice sia legittimato a discostarsi dal *petitum* indicato nella domanda è più proficuo scomporre lo studio in funzione delle due distinte questioni, concernenti la possibilità di disporre rispettivamente una misura meno grave e una misura più grave rispetto a quella richiesta; benché si tratti di aspetti connessi tra loro, la diversità dei valori sottesi ai due problemi ne consiglia una trattazione distinta.

6.1. *L'applicazione di una misura meno grave di quella richiesta*

Rispetto a questa prima eventualità, i dubbi dovrebbero esser pochi: oltre alla dogmatica, che ammette pacificamente che il giudice possa concedere meno di quanto richiesto dalle parti (tant'è che non

esiste un vizio corrispondente, ed opposto, a quello dell'ultrapetizione), è la storia normativa dell'art. 291 c.p.p. a deporre in tal senso: storia caratterizzata dall'innesto (con l'art. 12 del decreto legislativo 4 gennaio 1991, n. 12) e dalla successiva soppressione (con l'art. 8 della legge 8 agosto 1995, n. 332) del comma 1 *bis*. La disposizione – che, per quanto poi superata dal ritorno alla soluzione originaria, ha costituito il più importante incentivo allo studio della domanda cautelare – così recitava: «nel corso delle indagini preliminari, il giudice può disporre misure meno gravi solo se il pubblico ministero non ha espressamente richiesto di provvedere esclusivamente in ordine alle misure indicate». Tale trapianto nel corpo dell'art. 291 c.p.p. fu indotto dal persistente spettro del giudice istruttore⁷⁹, il limite ai poteri decisionali del giudice per le indagini preliminari ponendosi nell'ottica di “contenimento” del ruolo di tale organo.

Le censure della dottrina⁸⁰, unite ad un ricorso troppo assiduo alle richieste “vincolanti”, portarono all'eliminazione del comma 1 *bis*. Il duplice intervento sull'art. 291 c.p.p. – da un lato, appunto, la soppressione del comma 1 *bis*, dall'altro l'arricchimento del *dossier* cautelare⁸¹ – denota la volontà, da parte del legislatore del 1995, di abbandonare l'eccessiva prudenza che aveva accompagnato l'istituzione del giudice per le indagini preliminari, rafforzandone la posizione.

Il comma 1 *bis* dell'art. 291 c.p.p. aveva infatti determinato forzature nei rapporti tra accusa e giudice delle indagini preliminari,

⁷⁹ Esplicita in tal senso la *Relazione illustrativa*, in *Doc. giust.*, 1991, III, p. 279.

⁸⁰ M.V. CORINI, *L'art. 291 comma 1 bis c.p.p. Un giustificato sospetto di incostituzionalità*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1992, p. 47, rilevava il contrasto tra la norma e la direttiva n. 59 della legge-delega, affermando che la disposizione finiva per «spossare il magistrato, con funzioni giurisdizionali, d'ogni facoltà discrezionale». L'autore sottolineava altresì quello che riteneva un corollario logico dell'art. 291 comma 1 *bis* c.p.p., secondo cui il giudice, oltre a non poter applicare una misura diversa da quella richiesta, non avrebbe potuto neppure sostituirla con altra meno restrittiva ai sensi dell'art. 299 c.p.p., se non con il consenso del pubblico ministero. Estremamente critica verso la norma anche T. TREVISSON LUPACCHINI, *Limiti alle iniziative «ex officio iudicis» in materia di misure cautelari*, in *Giur. it.*, 1992, II, c. 696. Su questo aspetto, si veda anche Trib. Bari, 30 gennaio 1995, Leone, in *Cass. pen.*, 1995, 2003, con nota di CHIARELLO.

⁸¹ L'attuale formulazione del primo comma dell'art. 291 c.p.p. (con particolare riferimento alla composizione del fascicolo cautelare) si deve infatti all'art. 8 della l. 8 agosto 1995, n. 332.

costretto a scontare un difetto di autonomia: a fronte della domanda cautelare, l'organo si trovava nella situazione di dover scegliere se avallarla *in toto* oppure rigettarla, sempre *in toto*, essendogli impedita una scelta meno affittiva di quella pretesa dal pubblico ministero; e ciò sulla base di una piattaforma probatoria più che mai parziale, visto che l'inquirente non era ancora legislativamente tenuto ad allegare alla sua richiesta gli elementi prodotti dalla difesa o comunque ad essa favorevoli.

Vigente tale situazione normativa, la prassi aveva dimostrato la tendenza, da parte dei giudici, ad appiattirsi sulle richieste dei pubblici ministeri, con ovvie ripercussioni sul rispetto dei principi di proporzionalità ed adeguatezza che dovrebbero guidare la scelta della misura. Risultato: il comma 1 *bis* enfatizzava il ruolo di subalternità del giudice rispetto alle scelte già operate a monte dal pubblico ministero⁸².

In concreto, dunque, il meccanismo finiva per risultare scarsamente compatibile sia con l'art. 3 Cost., poiché a situazioni differenti potevano corrispondere ingiustificate identità di trattamento⁸³, sia con l'art. 13 Cost., che impone di motivare i provvedimenti restrittivi della libertà personale: un tale vincolo avrebbe infatti indotto un uso massiccio di motivazioni *per relationem*, conseguenti alla mancanza di piena paternità delle scelte concretamente attuate.

Come prevedibile, la disposizione venne sottoposta alla Corte costituzionale, che, investita del preteso contrasto con gli artt. 3, 13, 24, 101 comma 2, 102 comma 2 e 111 della Carta fondamentale⁸⁴, dichiarò tuttavia non fondata la questione. In particolare, a

⁸² V., tra gli altri, G. GIOSTRA, *Commento all'art. 8, in Modifiche al codice di procedura penale*, cit., p. 130. In proposito pare opportuno sottolineare il tenore di una pronuncia di legittimità, secondo cui, per far scattare l'operatività dell'art. 291 comma 1 *bis*, non sarebbe stata sufficiente una semplice richiesta specifica, dovendo la stessa anche essere «motivata»; «dovendo quindi escludersi, per conseguenza, che il giudice resti vincolato, nella scelta di una misura meno grave, da una richiesta esclusiva non motivata» (cfr. Cass., Sez. II, 28 marzo 1995, Labianca, in *Riv. pen.*, 1996, c. 243).

⁸³ Cfr. Trib. Minorenni Napoli, ord. 4 aprile 1991, n. 400, in *Gazz. uff.*, I serie speciale, 12 giugno 1991, n. 23, p. 103; in dottrina, sul punto, v. T. TREVISSON LUPACCHINI, *op. cit.*, c. 696.

⁸⁴ Ulteriori parametri individuati furono anche l'art. 31 comma 2 Cost., perché la disposizione impugnata avrebbe ostacolato gli interessi allo sviluppo della

fronte del dubbio di compatibilità con l'art. 13 Cost. – desunto dalla constatazione che il giudice, nell'accogliere una richiesta vincolata, si sarebbe appunto trovato indotto ad adottare un provvedimento «a motivazione apparente o contraddittoria» –, il giudice delle leggi rispondeva affermando che, quando il pubblico ministero sollecita il giudice a provvedere esclusivamente nelle forme indicate nella richiesta, egli «traccia i confini del devoluto entro i quali il giudice stesso è chiamato ad operare le proprie scelte secondo gli ordinari parametri deliberativi: il potere decisorio di accogliere o respingere “quella” domanda permane integro in tutti i suoi connotati, ed allo stesso viene così a correlarsi funzionalmente l'onere di motivazione, che non subisce limiti diversi da quelli propri del tipo di decisione che il giudice deve adottare»⁸⁵. Ancora: quanto al preteso contrasto con l'art. 3 Cost., basato sul rilievo che un tale congegno normativo avrebbe determinato irragionevoli disparità di trattamento, la Corte rilevava che, dinanzi ad una richiesta “vincolata”, il giudice, lungi dal dover supinamente accogliere l'istanza, avrebbe dovuto respingerla ove non avesse riscontrato i presupposti per applicare la misura specificamente pretesa dal pubblico ministero⁸⁶.

gioventù (le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale provenivano da procedimenti a carico di minorenni) e l'art. 76 Cost., per eccesso di delega.

⁸⁵ Corte cost. n. 4 del 1992. L'apparato argomentativo della pronuncia è particolarmente ricco, tanto da costituire ancora oggi la più importante pronuncia costituzionale in tema di domanda cautelare.

⁸⁶ Dopo aver chiarito che l'art. 291 comma 1 *bis* c.p.p. stabiliva un peculiare regime improduttivo di effetti ulteriori rispetto alla circoscritta sede processuale in cui la norma era chiamata ad operare, la Consulta ricordava come in sede di riesame al tribunale della libertà spettasse il potere – non solo di annullare o confermare l'ordinanza oggetto del riesame – ma anche di riformarla; «e ciò, evidentemente, a prescindere dal tipo di richiesta a suo tempo formulata dal pubblico ministero». Quest'argomentazione, oltre a porsi su un piano distinto rispetto a quello considerato dai remittenti, trascurava però un aspetto essenziale, implicito nell'assoluta eventualità del giudizio di riesame, la cui celebrazione è comunque rimessa alla scelta della difesa: non è ragionando sulle caratteristiche del giudizio di impugnazione che si possono superare gli eventuali difetti della disciplina del procedimento applicativo. Sul punto, peraltro, era stato contrariamente rilevato che il limite preclusivo derivante dalla formulazione della richiesta ai sensi dell'art. 291 comma 1 *bis* c.p.p. si sarebbe esteso necessariamente al giudice dell'impugnazione cautelare, nel caso sia del riesame che dell'appello (M.R. GRADILONE, *Osservazioni sul rapporto tra chiesto e pronunciato in tema di misure cautelari*, in *Giust. pen.*, 1994, III, 375; analogamente, in giurisprudenza, Cass., Sez. VI, 16 dicembre 1993, Aricò, in *Giust. pen.*, 1994,

Il ragionamento della Corte costituzionale era in linea di principio convincente, tanto da essersi guadagnato l'apprezzamento della dottrina (un apprezzamento peraltro condizionato ad un impiego parsimonioso del congegno *ex art. 291 comma 1 bis c.p.p.*⁸⁷). Malgrado ciò, i timori per l'instaurazione di una tangibile supplenza del pubblico ministero in scelte che il delegante aveva attribuito al giudice delle indagini preliminari trovarono puntuale riscontro nella prassi: l'uso responsabile delle richieste vincolanti non si era verificato in concreto, con intuibili conseguenze sul rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità. Nonostante la pronuncia della Corte costituzionale, il ricorso eccessivo all'istituto spinse il legislatore del 1995 alla sua eliminazione, in linea con la volontà di rafforzare l'autonomia decisionale del giudice per le indagini preliminari⁸⁸.

La storia normativa dell'art. 291 comma 1 *bis* assume, oggi, una portata interpretativa stringente: la novella del 1995 costituisce un'indicazione decisiva nel senso del riconoscimento, in capo al giudice, del potere di emettere un provvedimento meno restrittivo rispetto a quello richiesto dal pubblico ministero. Infatti, dinanzi all'attuale formulazione dell'art. 291 c.p.p. – che a questo proposito corrisponde a quella del codice del 1988 – si potrebbe anche ipotizzare la necessità, per il giudice, di applicare proprio la misura richiesta dal pubblico ministero⁸⁹. Né mancherebbero ragioni persuasive

III, c. 372; viceversa, nel senso prospettato dalla Corte costituzionale, Cass., Sez. VI, 12 marzo 1993, Falzarano, in *C.E.D. Cass.*, n. 195635, nonché, in dottrina, G. CIANI, in *Commento all'art. 12 del d. lgs. 14 gennaio 1991, n. 12 (integrazioni e correzioni c.p.p.)*, in *Leg. pen.*, 1991, p. 63, che non mancava però di sottolineare «la contraddittorietà di un sistema il quale consente che al g.i.p. sia precluso ciò che, invece, può legittimamente fare, *in bonam partem*, il tribunale della libertà chiamato a provvedere sulla richiesta di riesame dell'ordinanza che dispone una misura coercitiva»).

⁸⁷ «Onde non trasformare in giocattolo un meccanismo che presuppone e postula grande responsabilità» (M. CHIAVARIO, *Una sentenza rispettosa dei ruoli "naturali" del pubblico ministero e del giudice*, in *Giur. cost.*, 1992, p. 40). Più cauto il giudizio di F. RUGGIERI, *op. cit.*, p. 231.

⁸⁸ Esprimono apprezzamento per l'eliminazione dell'istituto, tra gli altri, F. CORDERO, *op. cit.*, p. 518, secondo cui la norma era «sbagliata», G. GIOSTRA, *Commento all'art. 8*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale*, cit., p. 129 ss., e G. LOZZI (*Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2007⁷, pp. 309-310).

⁸⁹ Significativo, a tale proposito, quanto specificato dalla relazione illustrativa (in *Doc. giust.*, 1991, III, p. 279, cit.), secondo cui il comma 1 *bis* era stato in-

per sostenere tale tipo di interpretazione, funzionale alle strategie investigative del pubblico ministero, che all'emissione di una misura meno gravosa di quella richiesta potrebbe preferire il diniego assoluto di cautele personali, così da non "giocarsi" il segreto investigativo (non a caso, il comma 1 *bis* si riferiva al solo giudice per le indagini preliminari, e dunque al giudice cautelare che opera finché vige il segreto di cui all'art. 329 c.p.p.)⁹⁰.

Malgrado ciò – e sebbene sia tuttora possibile rinvenire pronunce che rievocano il meccanismo di cui all'art. 291 comma 1 *bis*, come se la disposizione in esame non fosse mai stata effettivamente abrogata⁹¹ – l'apparizione e la successiva eliminazione dell'istituto in qualche modo sbarrava la strada a questo genere di lettura, che, sostenibile prima dell'innesto della disposizione ad opera del d.lgs. n. 12 del 1991, si porrebbe oggi in contrasto con la storia normativa di questa disciplina.

serito nell'art. 291 c.p.p. nella convinzione che con tale innesto ci si limitasse «ad esplicitare esigenze già ricavabili dalla logica del sistema [...] e da una corretta ripartizione dei ruoli fra pubblico ministero e giudice nella fase delle indagini preliminari».

⁹⁰ Peraltro, un tale meccanismo, per essere accettabile, dovrebbe comunque quantomeno accompagnarsi ad una cognizione esaustiva del giudice sul fascicolo di tutte le indagini.

⁹¹ Risale infatti al 1998 una pronuncia con cui la Cassazione ha ribadito l'esistenza del divieto per il giudice delle indagini preliminari di applicare una misura cautelare meno grave rispetto a quella indicata dal pubblico ministero, ove si sia in presenza di una «richiesta di provvedere soltanto sulla più grave misura proposta, la quale sia formulata in maniera assolutamente specifica, così da esprimere la volontà del richiedente di escludere la facoltà discrezionale del giudice di disporre una misura meno afflittiva» (Sez. I, 20 febbraio 1998, Martorana, *C.E.D. Cass.*, n. 210020, la quale prosegue affermando che per aversi tale tipo di richiesta «non basta che il p.m. non abbia richiesto in alternativa un'altra misura o che abbia indicato quella prospettata come l'unica idonea a garantire le individuate esigenze cautelari, circostanza che individua solo il motivo per cui tale organo si è determinato a chiedere una misura e non un'altra, ma non esprime la volontà di precludere la facoltà del giudice di valutare diversamente l'intensità concreta delle esigenze»). Tale decisione sostanzialmente ribadisce le argomentazioni già a suo tempo avanzate dalla Consulta per giustificare la compatibilità costituzionale del comma 1 *bis* quand'esso era ancora in vigore, ma oramai del tutto incoerenti con l'esplicita soppressione del 1995. Più recentemente, in senso analogo (e con una ricca motivazione), si veda Cass., Sez. III, 14 ottobre 2008, P.M. in proc. Collantoni, in *C.E.D. Cass.*, n. 241532.

6.2. *L'impossibilità di applicare una misura cautelare più grave di quella richiesta*

Relativamente a questo secondo profilo, dopo iniziali dubbi⁹² ed alcune drastiche posizioni dottrinali manifestate nei primi anni della vigenza del nuovo codice⁹³, quantomeno in giurisprudenza sembrerebbe assodato il riconoscimento di un implicito divieto, per il giudice procedente, di scegliere una misura più afflittiva di quella sollecitata dal pubblico ministero nella relativa richiesta.

Impiegando un parallelismo squisitamente processualciviltistico, in dottrina si è parlato di vizio di ultrapetizione⁹⁴: difetto tipico delle pronunce che – nell'ambito di un sistema dispositivo – hanno concesso più di quanto richiesto dalle parti nelle rispettive domande.

Come appena premesso, la giurisprudenza di legittimità ha affermato a più riprese l'impossibilità di applicare una misura più grave di quella richiesta⁹⁵. E questo nonostante in dottrina sia stata sostenuta la possibilità, per il giudice, di determinarsi liberamente in ordine alla

⁹² V. G. CIANI, *Art. 291*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., I Agg., 1993, p. 149, che, commentando l'introduzione del comma 1 bis ad opera della novella del 1990, rileva come non si fosse fornita una risposta chiara (forse dando per scontato che dovesse essere negativa) al quesito se il giudice per le indagini preliminari possa adottare una misura più grave di quella richiesta dal pubblico ministero.

⁹³ Cfr., per tutti, E. MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, Torino, 1994, VIII, pp. 80-81.

⁹⁴ Il primo ad usare l'espressione è stato D. POTETTI, *Il principio della domanda cautelare*, cit., p. 2578. Usa lo stesso termine, pur senza ipotizzare alcuna forma di invalidità per il provvedimento applicativo della misura più grave di quella richiesta, che ritiene anzi consentito, A. ALBIANI, *op. cit.*, p. 565 ss. V. anche C. CARINI, *Il procedimento applicativo*, in AA.VV., *Le misure cautelari personali*, a cura di G. Spangher-C. Santoriello, Giappichelli, Torino, 2009, p. 143.

⁹⁵ Così, limitandosi alle pronunce più significative, Cass., Sez. fer., 14 settembre 1991, Ahmetovic, in *Foro it.*, 1992, II, c. 134, nonché Sez. III, 8 ottobre 1998, Corigliano, in *Giust. pen.*, 1999, III, c. 588. Per una compiuta e ragionata panoramica della giurisprudenza (anche con riferimento ad alcuni provvedimenti di merito inediti), v. A. ALBIANI, *op. cit.*, p. 565 ss. In senso opposto, cfr. Tribunale Milano, 4 maggio 1990, Ahmetovic, cit., p. 214, secondo cui, viceversa, «il giudice può applicare una misura cautelare diversa e anche più grave di quella richiesta dal pubblico ministero. Tale richiesta, invero, pur costituendo il presupposto per l'emanazione del provvedimento, non può avere effetto vincolante sul giudice, dato che – in virtù di un principio generale del nostro ordinamento giuridico – questi è soggetto soltanto alla legge e, in base ai criteri dettati dall'art. 275 c.p.p., deve sce-

scelta della misura da applicare anche in senso più sfavorevole rispetto a quella indicata nella richiesta *ex art.* 291 c.p.p., sul presupposto che tale norma implichi la necessità di una mera iniziativa in capo al pubblico ministero, a fronte della quale il giudice dovrebbe ritenersi legittimato ad applicare qualsiasi cautela personale⁹⁶.

Nonostante oggi il panorama giurisprudenziale si sia assestato su una posizione generalmente garantistica, il dibattito non può comunque dirsi chiuso. Da un lato, la dottrina non ha mancato, anche molto recentemente, di criticare la tesi dominante in giurisprudenza, auspicando una riapertura del confronto⁹⁷. Dall'altro, occorre considerare il tipo di argomentazioni spesso poste a fondamento della limitazione del potere di scelta in capo al giudice procedente: molte pronunce giurisprudenziali, nel negare il potere del giudice di applicare una misura più dura di quella richiesta, desumono l'implicito divieto dalla natura del giudice delle indagini preliminari, privo dei poteri cognitivi che legittimerebbero un'iniziativa officiosa *in malam partem*⁹⁸. Ma se

gliere la misura che nel caso concreto risulti più adeguata o idonea a soddisfare le esigenze cautelari».

⁹⁶ Tale l'opinione espressa da GIUS. AMATO, art. 292, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di E. Amodio, O. Dominioni, III, tomo II, Milano, 1990, E. MARZADURI, *op. cit.*, p. 81, che – del tutto coerentemente – ritiene altresì che il giudice possa provvedere ad una sostituzione della misura in senso più sfavorevole di quella indicata dall'accusa con l'istanza di cui all'art. 299 comma 4 c.p.p. Dello stesso avviso G. BETOCCHI, *op. cit.*, pp. 271-272, V. CALDERAZZO, *L'esercizio del potere cautelare ultra petitum*, in *Giur. merito*, 1998, p. 1085. In tale direzione sembrerebbe orientarsi anche S. VITTORINI GIULIANO, *Il procedimento applicativo*, in E. AMODIO, *Nuove norme sulle misure cautelari e sul diritto di difesa*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 36. *Contra*, nel senso prospettato da chi scrive, tra gli altri, G. ASCIONE-D. DE BIASE, *La libertà personale nel nuovo processo penale*, Milano, 1990, p. 220 ss., G. CANZIO, *I poteri di decisione e di cognizione del giudice "preliminare"*, in *tema di libertà personale: una rilettura del quadro normativo*, in *Leg. pen.*, 1999, p. 270, C. CARINI, *op. cit.*, p. 148 ss., F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 517, V. GREVI, *Misure cautelari*, in G. CONSO-V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, 2008, p. 417, MURA, *Le misure cautelari personali*, in *Quad. CSM*, 1989 (28), p. 48, M.M. MONACO, *Il pubblico ministero attore necessario del procedimento cautelare*, in *Giur. it.*, 1996, II, 10, A. NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 725, D. POTETTI, *op. cit.*, p. 2578, P. SPAGNOLO, *Il tribunale della libertà*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 326 ss., F. RUGGIERI, *op. cit.*, p. 233, C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, I, 1995, p. 423.

⁹⁷ A. ALBIANI, *op. cit.*, p. 565 ss.

⁹⁸ Cfr., per tutte, Cass., Sez. III, 8 ottobre 1998, Corigliano, cit., una delle più articolate tra le pronunce di legittimità sul problema, che conclude il suo iter logico

solo questo fosse il fondamento del divieto di applicare una misura più grave di quella pretesa dalle parti, tale divieto dovrebbe coerentemente risultare circoscritto alla sola fase preliminare.

Si è però già avuto modo di argomentare che il principio della domanda ha portata trasversale, coprendo tutto l'arco del procedimento. La circostanza che la procedura *de libertate* sia disciplinata senza distinzioni tra fase preliminare e fase processuale fa sì che l'art. 291 costituisca un blocco normativo cui fare riferimento lungo tutto l'arco del rito principale: in assenza di distinzioni espresse, si dovrebbero evitare interpretazioni volte a differenziare i poteri del giudice in funzione della fase in cui questo si ritrovi investito della competenza funzionale cautelare⁹⁹.

E dunque, delle due l'una: o si ritiene che al giudice competente per la cautela sia sempre preclusa la possibilità di applicare una misura più grave di quella richiesta, oppure si opta per la soluzione contraria, intendendo il principio della domanda come semplice divieto di iniziativa ufficiosa, in base al quale il giudice, una volta sollecitato, può spaziare lungo tutta la gamma di scelte offerte dagli

nel senso dell'impossibilità, per il giudice per le indagini preliminari – organo che «non ha *plena cognitio* e interviene nei limiti devoluti dalle istanze di parte conformemente alla previsione generale dell'art. 328 c.p.p.» – di applicare una misura più grave rispetto a quella richiesta, a pena di nullità assoluta ai sensi dell'art. 178 lett. *b* c.p.p. Si tratta peraltro di un'argomentazione che si riscontra anche in dottrina. V., ad esempio, G. CIANI (*Commento all'art. 12*, cit., p. 63), secondo il quale «un organo giurisdizionale creato per svolgere un'attività di controllo delle indagini espletate dal p.m. e per compiere determinati atti che più direttamente incidono sui diritti di libertà dell'indagato, in funzione di garanzia di questi, non pare possa andare *ultra petita* comprimendoli in maniera più gravosa rispetto alle richieste dell'organo che conduce le indagini e ne è il *dominus*».

⁹⁹ In proposito non può essere sottovalutata l'esistenza di un dato testuale importante, che abbiamo già avuto modo di segnalare e sul quale si avrà poi modo di tornare *infra*, nel testo. Ci si riferisce all'art. 299 comma 4 c.p.p., secondo cui la sostituzione della misura cautelare originariamente applicata con altra più restrittiva (come pure l'applicazione di modalità più gravose della misura precedentemente disposta) deve esser preceduta da una richiesta del pubblico ministero. La circostanza che l'art. 299 c.p.p. disciplini espressamente – e distintamente – situazioni verificabili sia nell'arco della fase preliminare che nell'arco della fase processuale, assume in sostanza significato risolutivo: l'inserimento del comma 4 nell'ambito di una norma così congegnata chiarisce inconfutabilmente la generalità del principio della domanda e l'impossibilità di sostenere letture differenziate dell'art. 299 comma 4 c.p.p. – come pure, coerentemente, dell'art. 291 c.p.p. – a seconda della fase procedimentale considerata.

artt. 281-290 c.p.p. La natura (e la debolezza) del giudice per le indagini preliminari potrà costituire un argomento ulteriore, ma non il solo posto alla base della conclusione.

Lo si è visto: la concisione della disciplina del codice preclude il raggiungimento di risposte indiscutibili. Malgrado ciò, i principi del *favor libertatis* e della terzietà del giudice (oggi esplicitato nel comma 2 dell'art. 111 Cost.), l'aspirazione accusatoria del rito vigente, e soprattutto i caratteri della regiudicanda cautelare, i cui aggiornamenti presuppongono uno sguardo costante alla realtà esterna al processo, inducono una certa diffidenza verso il riconoscimento, in capo al giudice, della possibilità di "andare oltre" quanto preteso dal pubblico ministero¹⁰⁰.

Oltre all'aspirazione accusatoria del codice e ai principi appena richiamati, la tesi del carattere vincolante della richiesta è confermata dal tenore dell'art. 299 c.p.p. La disposizione è particolarmente significativa, perché disciplina in un unico contesto normativo le due ipotesi, speculari, della sostituzione *in bonam* ed *in malam partem*. In particolare, a fronte di una legittimazione ad intervenire d'ufficio in senso favorevole all'indiziato, l'art. 299, al comma 4, prescrive la necessità di una richiesta del pubblico ministero per tutte le sostituzioni di segno opposto. L'impossibilità, per il giudice, di inasprire il regime restrittivo già *in itinere*, per quanto non dirimente, è però sintomatica della volontà legislativa di condizionare l'esercizio del potere coercitivo all'impulso del pubblico ministero non soltanto rispetto all'*an*, ma anche rispetto al *quomodo* della cautela¹⁰¹.

¹⁰⁰ Si è già avuto modo di specificare che, anche una volta superato l'esercizio dell'azione penale, non necessariamente la cognizione del giudice è completa sul fronte cautelare: l'impossibilità di sovrapporre regiudicanda cautelare e regiudicanda di merito (che non include il *periculum libertatis*) impedisce di ritenere la cognizione del giudice di per sé autosufficiente. V. *retro*, cap. I, parr. 5 e 5.1.

¹⁰¹ In tal senso, per primo, v. Tribunale della libertà di Torino, 28 giugno 1990 (ampi brani della pronuncia si possono leggere in A. ALBIANI, *op. cit.*, p. 571), che peraltro nega che il divieto di applicare una misura più grave riguardi anche la misura cautelare applicata in sede di convalida dell'arresto. L'argomento non è ritenuto dirimente da chi sostiene la praticabilità dell'ultrapetizione: «non è dato trarre argomenti, nel senso del divieto dell'ultrapetizione cautelare, dal disposto dell'art. 299, comma 4, c.p.p., se non al prezzo di una petizione di principio che dia per risolto – appunto assumendo aggravabile, se non nei limiti richiesti dall'accusa, l'assetto cautelare già in essere – l'analogo interrogativo che tale norma viene ponen-

Non particolarmente significativa, viceversa, la vicenda del comma 1 *bis* dell'art. 291 c.p.p., che è di per sé ambigua: accanto a chi, vedendo nella sua abrogazione la volontà di restringere l'applicazione concreta della custodia cautelare, la ritiene sintomatica anche del divieto di ultrapetizione, altri dalla medesima abrogazione deducono la volontà legislativa di concedere al giudice il potere di scegliere la misura più adeguata e proporzionata, indipendentemente da quanto richiesto dall'accusa¹⁰².

I sostenitori della possibilità di travalicare il *petitum* spesso fondano la loro conclusione ricorrendo ad un parallelismo col potere, pacifico, di comminare una pena più grave di quella chiesta dal pubblico ministero alla conclusione del dibattimento¹⁰³.

Premesso che qualsiasi accostamento tra pena e misura cautelare suscita una certa diffidenza, questa deduzione, certamente suggestiva, rende necessario un (quantomeno veloce) tentativo di confronto tra la struttura dell'azione penale e quella della domanda cautelare¹⁰⁴.

L'atto di esercizio dell'azione penale postula una semplice richie-

do» (A. ALBIANI, *op. cit.*, p. 590). Nello stesso senso, v. già E. MARZADURI, *op. cit.*, p. 81, secondo il quale l'art. 299 comma 4 c.p.p. «consente solo di affermare l'indispensabilità di una *voluntas* del p.m. nella direzione di un aggravamento dello *status libertatis* della persona sottoposta alle indagini, in ossequio alla regola generale desumibile dall'art. 291 comma 1 c.p.p., che collega l'adozione di una misura alla previa richiesta da parte del p.m. di un intervento cautelare, mentre non impedisce assolutamente al giudice di procedere alla sostituzione della misura in termini ancora più pesanti per l'inquisito di quelli suggeriti dall'organo dell'accusa».

¹⁰² Dà conto delle due possibili interpretazioni (mostrando di aderire alla prima) Cass., Sez. III, 8 ottobre 1998, Corigliano, *cit.*; aderisce alla seconda V. CALDERAZZO, *op. cit.*, p. 1085. Prima dell'abrogazione dell'istituto, prospettava l'ipotetica possibilità di leggere lo stesso come argomento a sostegno della possibilità di applicare una misura più grave di quella richiesta, G. CIANI, *Commento all'art. 12*, *cit.*, p. 61.

¹⁰³ Cfr. A. ALBIANI, *op. cit.*, p. 586 ss., G. BETOCCHI, *op. cit.*, p. 271 ss.

¹⁰⁴ V., in proposito, le osservazioni di G. LEONE, *Azione penale*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 851, che nel differenziare l'azione penale rispetto all'azione civile afferma: «se l'azione civile *ius perseguendi in iudicio* e quindi è predisposta in funzione di una domanda, di un diritto che viene fatto valere, sia pure per tenersene distaccata sotto il profilo ontologico, l'azione penale prescinde da una domanda a contenuto di merito e si esaurisce in una richiesta di decisione. L'azione civile è una richiesta di una *determinata* decisione; l'azione penale è soltanto richiesta di *una* decisione».

sta di decisione sulla regiudicanda, identificabile nel fatto descritto nell'imputazione, senza alcun necessario (o comunque vincolante) riferimento al contenuto della decisione stessa. Nessuno tra i diversi modi di esercizio dell'azione penale contiene un *petitum* determinato; solo il procedimento monitorio si caratterizza per una richiesta vincolante in ordine al *petitum*: il pubblico ministero presenta al giudice per le indagini preliminari richiesta motivata di emissione di decreto penale, che fissa il *quantum* sanzionatorio da recepire nel decreto stesso. Simile la domanda rivolta al giudice nel caso di applicazione della pena su richiesta, che postula però il consenso delle parti: anche in tal caso il destinatario della richiesta è tenuto a ratificare l'accordo o a rigettarlo *in toto*, non potendone variare alcun aspetto. Ma in questi casi è chiara la ragione di un *petitum* così specifico, e di un corrispondente, rigido principio di correlazione tra la sanzione indicata e quella da applicare: rendere possibile l'estrinsecazione dell'intesa tra le parti, in rapporto alla quale la predeterminazione della pena costituisce un presupposto necessario. Viceversa, tutti gli altri modi di esercizio dell'azione penale, anche quando presentano le caratteristiche formali della richiesta – come la richiesta di rinvio a giudizio o quella di giudizio immediato – non contengono alcun riferimento al contenuto dispositivo della decisione.

L'estraneità del *petitum* allo schema di domanda di decisione sottoposta dal pubblico ministero al giudice, dovuta forse anche a ragioni storiche (nel sistema previgente la formulazione dell'accusa si collocava infatti in un momento molto meno avanzato del procedimento), è con ogni probabilità legata alla decisione di esaltare la centralità del dibattimento come momento elettivo di formazione della prova: visto che solo il giudizio accerta la responsabilità dell'imputato, e visto che l'accertamento della responsabilità logicamente precede la determinazione delle relative conseguenze sanzionatorie, si è preferito collocare le richieste di pena solo alla fine del dibattimento, e dunque in un momento distinto rispetto a quello della formulazione della domanda di decisione.

Se ciò è vero, si potrebbe obiettare che nulla avrebbe impedito di rendere comunque vincolanti le richieste finali di pena formulate dal pubblico ministero: pur estranee alla richiesta di decisione sottesa all'azione penale, in quanto espresse solo all'esito dell'istruzione

dibattimentale, alle stesse si sarebbe comunque potuto attribuire un effetto inderogabile.

La derogabilità *in pejus* delle richieste presentate dall'accusa in ordine al contenuto della decisione finale costituisce il portato di una scelta legislativa a monte: senza con ciò voler prendere posizione in ordine alla natura astratta o concreta dell'azione penale nell'ambito del vigente sistema processuale¹⁰⁵, è indubbio che, anche ove s'intenda ritenere un'azione penale tanto "avanzata" come un'implicita richiesta di condanna e non come mera azione di accertamento¹⁰⁶, il legislatore abbia comunque inteso mantenere la richiesta concernente il contenuto della condanna (con la eventuale, relativa specificazione della pena richiesta dal pubblico ministero) al di fuori della struttura della domanda rivolta al giudice, tanto che questi può addirittura condannare in presenza di una richiesta di assoluzione formulata fino all'esito del dibattimento.

Una così rilevante deviazione dall'idea di domanda rigorosamente devolutiva rispetto al *petitum* ha una sua ragione, che risponde all'esigenza di rispettare l'art. 112 Cost.: l'estraneità del *petitum* dalla domanda sottesa alla formulazione dell'imputazione consegue all'irretrattabilità dell'azione penale; l'assegnazione di efficacia vincolante alle istanze concernenti il contenuto dispositivo della sentenza dibattimentale rischierebbe infatti di frustrare tale principio,

¹⁰⁵ Il binomio può essere riassunto in questi termini: l'azione astratta descriverebbe un'azione di mero accertamento, mentre l'azione concreta identificherebbe un'azione di condanna (cfr. A. CRISTIANI, *Manuale del nuovo processo penale*, Giappichelli, Torino, 1991, p. 95).

¹⁰⁶ Soluzione preferibile, e ricorrente in dottrina: v., tra gli altri, E. AMODIO, *Il modello accusatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. AMODIO-O. DOMINIONI, I, Giuffrè, Milano, 1989, p. XLII, F. CAPRIOLI, *op. cit.*, 1994, p. 345, V. GREVI, *L'archiviazione per «inidoneità probatoria» ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1285 ss., il quale, in particolare, rileva come, a differenza che nel sistema delineato dal codice del 1930 (dove, «coincidendo di regole il momento dell'esercizio dell'azione penale con le prime battute del procedimento [...], la medesima azione si configurava come astratta, cioè priva di contenuti diretti al conseguimento di un certo tipo di sentenza, e segnatamente di una sentenza di condanna»), nell'attuale assetto normativo «è evidente che la decisione dell'organo dell'accusa di instaurare il processo assume il senso di una presa di posizione circa il merito di un'ipotesi accusatoria, sulla base delle consapevolezze che gli derivano dagli elementi probatori già raccolti *contra reum*».

posto che una richiesta di assoluzione formulata all'esito del dibattimento, se inderogabile, garantirebbe al pubblico ministero la possibilità di revocare l'azione penale, che è però irretrattabile¹⁰⁷.

Tornando alla domanda cautelare, e indipendentemente da quanto si è precisato a proposito della sua revocabilità (una revocabilità che discende dalla natura mutevole della fattispecie *de libertate*, legata alla persistenza di *pericula* che potrebbero venire meno), il nesso esistente tra tutela cautelare ed obbligatorietà dell'azione penale potrebbe indurre ad estendere alla richiesta *ex art. art. 291 c.p.p.* le considerazioni appena richiamate a proposito dell'azione penale. Si tratterebbe di una soluzione plausibile (e non a caso propugnata da una parte tutt'altro che esigua della dottrina)¹⁰⁸.

Ciò posto, sembra comunque preferibile la soluzione inversa. Come abbiamo visto in precedenza, il concetto stesso di richiesta genera la necessità di specificare il *petitum*. La previsione di una domanda necessaria, che è uno dei tratti salienti del nuovo codice, suggerisce di valorizzare l'istituto: ammettere l'applicazione di una misura più gravosa di quella richiesta sottintendendo una contraddizione logica, una svalutazione della necessità stessa della domanda¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Un ragionamento analogo varrebbe naturalmente anche ove si intendesse attribuire effetto vincolante alle richieste di pena (individuando nelle medesime il tetto massimo, invalicabile da parte del giudice), visto che la formulazione di una richiesta di pena esigua costituirebbe un altrettanto abile espediente per conseguire risultati sostanzialmente analoghi a quelli propri di una richiesta di assoluzione vincolante. Nello stesso senso si esprime M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 80. V. altresì E. MARZADURI, *Azione (diritto processuale penale)*, *Enc. giur.*, Treccani, IV, 1996, p. 17.

¹⁰⁸ A ben vedere, però, prova troppo l'argomento secondo cui la necessità di salvaguardare il dominio giurisdizionale in materia di libertà della persona risulterebbe vanificato se il giudice non potesse applicare una misura più rigorosa di quella richiesta. Un tale ragionamento cede il passo di fronte all'assenza di rimedi processuali per l'eventualità – ben più radicale – del mancato esercizio del potere di iniziativa da parte del pubblico ministero.

¹⁰⁹ «Se il richiedente fissa il livello della propria richiesta in un certo *petitum*, ciò che venga disposto oltre quel livello non trova più fondamento nella richiesta, ma nell'iniziativa ufficiosa del giudice»: D. POTETTI, *Il principio della domanda cautelare dinanzi alla Corte costituzionale*, cit., p. 2578. Argomentazione espressa anche dalla Suprema Corte, secondo la quale un provvedimento oltre la richiesta equivale ad esercizio del potere senza richiesta (Cass., Sez. fer., 14 settembre 1991, Ahmetovic, in *Foro it.*, 1992, II, p. 138).

La peculiarità dell'azione penale (la sua irretrattabilità) rende difficile estendere analogicamente alle altre richieste necessarie contemplate dal codice (e dunque anche alla richiesta cautelare) conclusioni in qualche misura legate a quella peculiarità. Malgrado sia riscontrabile un nesso funzionale tra richiesta cautelare ed obbligo di esercitare l'azione penale¹¹⁰, riferire alla prima caratteri propri della seconda sembra operazione azzardata; l'accostamento tra scelta della misura cautelare e determinazione della pena sembra infatti provare troppo¹¹¹. Rispetto alla commisurazione della pena vengono in gioco altri valori, come la funzione rieducativa, che attribuisce al solo giudice, e alla sua discrezionalità, la titolarità della scelta della sanzione, indipendentemente da condizionamenti esterni.

Ancora: il momento di determinazione della pena, conseguendo all'accertamento della responsabilità dell'imputato, postula che il processo sia giunto alla sua conclusione, e dunque anche che il giudice disponga di una cognizione completa di quanto necessario a fini decisori. Non così in relazione alla regiodicanda cautelare, rispetto a cui (almeno in linea di principio) il giudice necessita di continui aggiornamenti, resi necessari dalla fluidità di una situazione *in fieri* non necessariamente rappresentata nel processo. A tale proposito, il ruolo del pubblico ministero è primario; stando al tenore dell'art. 291 comma 1 c.p.p. in ordine alla composizione del fascicolo allegato alla richiesta cautelare, esso condiziona le conoscenze del giudice. Lo si è ribadito più volte: il *dossier* è "tarato" sulla richiesta specificamente avanzata dal pubblico ministero: tanto basta per sconsigliare di riconoscere al giudice il potere di andare *ultra petita*, anche una volta approdati alla fine del processo.

Ciò premesso, la soluzione dipende dalla scelta interpretativa a monte: se si analizza la questione alla luce del principio *ubi lex voluit, dixit*, si giungerà verosimilmente a ritenere il giudice legittimato a travalicare *in toto* la (pur sempre necessaria) domanda del pubblico

¹¹⁰ V., segnatamente, *retro*, cap. II, par. 1.

¹¹¹ Pur dopo aver condotto un parallelo tra azione cautelare e azione penale, esclude la possibilità di questa forma di ricorso all'analogia *in malam partem*, C. CARINI, *op. cit.*, p. 153.

ministero¹¹²; viceversa, impiegando gli schemi dogmatici propri del processo dispositivo, il divieto di iniziative ufficiose non potrà che implicare la necessaria correlazione tra richiesta e provvedimento.

I codificatori hanno optato per la costruzione di una fattispecie complessa, con una rigida partizione di ruoli tra organo richiedente e organo decidente: se il giudice non può attivarsi d'ufficio, è coerente ritenere che egli non possa neppure travalicare i limiti della richiesta¹¹³.

7. *La causa petendi: l'esigenza cautelare prospettata*

Il più caratteristico elemento costitutivo della domanda cautelare è la necessità di far fronte ad una delle esigenze fissate dall'art. 274 c.p.p., il «fatto determinativo»¹¹⁴ della domanda cautelare dovendo essere rinvenuto nell'indicazione del *periculum libertatis*.

Portando alle conseguenze ultime la costruzione finora sviluppata, il giudice deve ritenersi vincolato all'esigenza cautelare pro-

¹¹² V. A. ALBIANI, *op. cit.*, pp. 585-586, che così enfatizza la mancata proposizione, nell'ambito del codice di rito penale, di una disposizione dal contenuto analogo a quello di cui all'art. 112 c.p.c.

¹¹³ Cfr. G. GIOSTRA, *Commento all'art. 8*, cit., p. 130. Nello stesso senso G. ASCIONE-D. DE BIASE, *Le libertà personale nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 220, D. POTETTI, *op. cit.*, p. 2579. In giurisprudenza, v., per il ricco apparato argomentativo e la ricognizione del contrasto giurisprudenziale insorto già dopo l'entrata in vigore della legge n. 330 del 1988, Cass., 14 settembre 1991, Ahmetovic, in *Foro it.*, 1992, II, p. 138. Come visto, dopo un'iniziale incertezza, l'interpretazione accolta dalla giurisprudenza oggi dominante va nel senso qui prospettato. L'interrogativo circa la possibilità, per il giudice, di applicare una misura più grave è stato il principale impulso all'affermazione del principio della domanda cautelare, che peraltro, come abbiamo visto, si articola anche rispetto ad altri profili. Non mancano, comunque, gli sbandamenti, anche in giurisprudenza; come già si è avuto modo di segnalare (*retro*, par. 2), la Cassazione ha in alcune occasioni ammesso domande cautelari generiche, prive della specificazione del *petitum*, in evidente contraddizione rispetto alla dichiarata impossibilità, per il giudice, di concedere più di quanto richiestogli. Tale incongruenza è stata prontamente evidenziata da A. ALBIANI, *op. cit.*, p. 586 ss., che impiega l'argomento (la ritenuta validità, in giurisprudenza, di domande cautelari generiche, sprovviste di *petitum*) a sostegno della possibilità di applicare una misura più grave di quella richiesta.

¹¹⁴ Cfr. S. SATTÀ-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 141.

spettata dal pubblico ministero nella richiesta *ex art.* 291 c.p.p.¹¹⁵. Più ancora del *petitum*, ciò che caratterizza la domanda è la *causa petendi*. La differenza funzionale che distingue tra loro le diverse esigenze cautelari legittimanti una restrizione delle libertà personali fa sì che – per esempio – un’istanza cautelare basata su un preteso pericolo di inquinamento probatorio sia ontologicamente inassimilabile a quella basata su una esigenza di tutela della collettività. E dunque, posto che l’elemento identificativo della domanda cautelare è il *periculum libertatis* cui essa intende far fronte, l’ordinanza cautelare fondata su una esigenza distinta da quella prospettata dal pubblico ministero implica una extrapetizione: il giudice – anche qualora abbia applicato la stessa misura restrittiva richiesta dal pubblico ministero – ha concesso qualcosa di diverso da quello che gli era stato domandato dall’accusa, e ha dunque oltrepassato i confini della domanda.

Questa lettura trova scarso riscontro in giurisprudenza¹¹⁶, che in genere afferma la libertà del giudice di fondare l’esercizio del potere coercitivo anche su una finalità distinta da quella descritta nella richiesta dell’accusa. Evidente l’incongruenza con quanto comunemente affermato a proposito del *petitum*: la necessità di una corrispondenza in rapporto al profilo funzionale della misura pare infatti ancora più limpida, visto che difficilmente il giudice per le

¹¹⁵ In questo senso A. BAUDI, *Il potere cautelare nel nuovo processo penale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 95, C. CARINI, *op. cit.*, p. 145, D. POTETTI, *op. cit.*, p. 1428, P.P. RIVELLO, *Osservazioni in tema di revoca e sostituzione delle misure cautelari personali*, in *Ind. pen.*, 1992, p. 112, F. RUGGIERI, *op. cit.*, p. 234 che peraltro analizza la prospettiva considerando il solo giudice preliminare in funzione cautelare (coerentemente al proprio tema d’indagine). *Contra*, oltre a F. ALONZI, *op. cit.*, p. 1367, D. MANZIONE, *op. cit.*, p. 652, L. VILLA, *op. cit.*, pp. 11-12.

¹¹⁶ La giurisprudenza afferma infatti comunemente la possibilità, per il giudice, di emettere una misura anche per esigenze diverse da quelle individuate dall’organo dell’accusa: v. Sez. I, 21 giugno 1997, Moissiadis, in *C.E.D. Cass.*, n. 207852; Sez. I, 14 ottobre 1992, Tundo, *ivi*, n. 192485, Sez. I, 9 luglio 1990, Leanza, in *Cass. pen.*, 1991, II, p. 507; più recentemente, Cass., Sez. II, 21 novembre 2006, Chaoui, in *C.E.D. Cass.*, n. 235826; nello stesso senso, pur con la precisazione che non si possa esorbitare dai “fatti rappresentati” dal pubblico ministero, Cass., Sez. V, 21 ottobre 1993, Gutierrez, *ivi*, 195550. *Contra*, nel senso prospettato da chi scrive, Sez. III, 20 ottobre 1995, Pardi, in *C.E.D. Cass.*, n. 203113, Sez. III, 12 dicembre 1996, Petroni, in *C.E.D. Cass.*, n. 206939, Sez. I, 8 marzo 1995, Merolla, *cit.*

indagini preliminari, con l'orizzonte conoscitivo limitato a quanto trasmessogli dal pubblico ministero, potrà vagliare la sussistenza di un *periculum libertatis* diverso od ulteriore rispetto a quello lamentato dall'accusa.

Ancora una volta (e qui in particolare) è già di per sé dirimente il contenuto del fascicolo trasmesso al giudice: l'elemento «su cui la richiesta si fonda» è indissolubilmente legato al tipo di *causa petendi* che muove la richiesta ex art. 291 c.p.p.; lo stesso vale per il concetto di «elemento favorevole alla difesa», necessariamente da riferire all'esigenza cautelare prospettata dal pubblico ministero. Così come un elemento può al tempo stesso essere sfavorevole per l'indiziato in vista della valutazione della gravità indiziaria ma favorevole per escludere una determinata esigenza cautelare¹¹⁷, allo stesso modo un elemento può essere favorevole nella prospettiva di escludere una determinata esigenza cautelare ma avverso ove si consideri un differente *periculum libertatis*: quantomeno in linea di principio, nulla impedisce che il giudice possa rimanere all'oscuro di atti che provano l'insussistenza di un *periculum libertatis* differente da quello che ha determinato la domanda ex art. 291 c.p.p.¹¹⁸.

Queste considerazioni inducono a criticare la tesi espressa dalla giurisprudenza maggioritaria¹¹⁹, che oltretutto – come già evidenziato – cade in contraddizione: se il giudice per le indagini preliminari non è in grado di apprezzare effettivamente la necessità o meno dell'applicazione di una misura più restrittiva rispetto a

¹¹⁷ Si pensi ad una confessione, elemento «sfavorevole» all'indiziato relativamente al presupposto di cui all'art. 273 c.p.p. ma al tempo stesso indicativo dell'assenza di un pericolo di inquinamento probatorio ex art. 274 lett. a. Sul concetto di «elementi a favore dell'imputato», v., G. ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in AA.Vv., *Misure cautelari e diritto di difesa*, a cura di V. Grevi, Milano, Giuffrè, 1996, p. 96 ss.

¹¹⁸ Analogamente A. BAUDI, *op. cit.*, e C. CARINI, *op. cit.*, p. 146.

¹¹⁹ Si tratta di una posizione diffusa anche in dottrina, e anche tra quegli autori che sostengono l'illegittimità dell'applicazione di una misura più grave di quella richiesta: D. MANZIONE, *Commento all'art. 8 della l. n. 332/95*, in *Leg. pen.*, 1995, p. 652, A. NAPPI, *op. cit.*, p. 725, F. ALONZI, *Possibile perdita di efficacia della misura cautelare e nuova richiesta del p.m.*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1367. Critico verso questa posizione, che definisce incoerente da un punto di vista dogmatico, D. POTETTI, *op. cit.*, p. 2577, nota 6.

quella indicata *ex art.* 291 c.p.p., ma pur sempre fondata sul medesimo *periculum libertatis*, a maggior ragione egli non potrà applicare alcuna cautela sulla base di un *periculum* diverso da quello azionato dall'accusa.

Né, in proposito, convince l'argomento, piuttosto ricorrente, che evoca il potere del giudice di fondare la sua decisione su norme giuridiche diverse da quelle richiamate dalla parte. Secondo questa lettura, il giudice potrebbe fondare l'ordinanza cautelare su un'esigenza distinta da quella prospettata *ex art.* 291 c.p.p. sul presupposto che, posti i fatti dalle parti, spetti poi al giudice sussumere il caso sotto la fattispecie giuridica che ritiene più appropriata. Questo genere di ragionamento denota una frequente sovrapposizione tra allegazione in senso giuridico e allegazione in senso materiale (che ha ad oggetto gli elementi probatori trasmessi al giudice): complice anche la già segnalata tendenza giurisprudenziale ad acconsentire richieste *ex art.* 291 c.p.p. prive dei propri elementi costitutivi, la prassi ammette che il giudice possa liberamente ricavare dagli elementi probatori contenuti nel *dossier* cautelare i "fatti costitutivi" su cui fondare l'esercizio del potere coercitivo¹²⁰.

Idem per quanto riguarda il più o meno diretto richiamo al libero convincimento del giudice, che non è raro riscontrare neppure in dottrina, e che a sua volta sembra sovrapporre l'allegazione all'argomentazione¹²¹. A tale proposito bisogna tenere distinta la

¹²⁰ Cass., Sez. II, 21 novembre 1990, Esposito, in *Giur. it.*, 1991, II, 496, secondo cui la richiesta cautelare può fondarsi sulla copiosa documentazione allegata dall'organo dell'accusa, al di là delle espressioni usate dal pubblico ministero nella richiesta medesima.

¹²¹ Deve quindi essere respinta la tesi di F. ALONZI, *Possibile perdita d'efficacia della misura cautelare e nuova richiesta del p.m.*, cit., p. 1367, secondo cui «una volta che il p.m. avrà individuato e indicato nella sua richiesta soggetto, misura e fatto, per il quale si richiede il provvedimento coercitivo, allegando il relativo supporto di elementi che la sorreggono, spetterà al giudice, nell'ambito del perimetro così delineato, valutare se, ai fini dell'emissione del provvedimento cautelare, possono dirsi sussistenti i presupposti che lo legittimano, dando conto di tale valutazione nella motivazione del provvedimento».

Sembra in qualche misura evocare questo argomento il rilievo secondo cui, se si eccettua il riferimento al pericolo di intossicazione della prova di cui alla lett. *a* dell'art. 274 c.p.p. (che impone una durata ridotta e prestabilita al presidio), l'esigenza cautelare non figura nel dispositivo dell'ordinanza applicativa della misura (così L. VILLA, *op. cit.*, pp. 12-13).

libertà del giudice nella valutazione degli elementi probatori trasmessigli dal pubblico ministero dalla necessità di rispettare i confini della domanda: fermo restando che il giudice potrà motivare l'effettività del *periculum libertatis* prospettato dall'accusa sulla base di circostanze diverse da quelle evidenziate nella richiesta *ex art. 291 c.p.p.*, il *ne procedat iudex ex officio* gli impone di valutare la sussistenza della sola esigenza prospettata dall'accusa, senza che gli sia consentito "andare oltre", interrogandosi circa la sussistenza di altre fattispecie tra quelle tipizzate dall'art. 274 c.p.p.

Del tutto erronea (poiché basata su un'inversione logica), infine, la tesi di chi ricavi il potere del giudice per le indagini preliminari di fondare il provvedimento cautelare sulla base di un diverso *periculum libertatis* sulla base delle caratteristiche della procedura di riesame, che riconosce al tribunale della libertà il potere di confermare il provvedimento impugnato per ragioni diverse da quelle esplicitate nella relativa motivazione¹²². L'espressione, contenuta nell'art. 309 comma 9 c.p.p. (e su cui si fonda la controversa tesi della cosiddetta motivazione integratrice), non può essere impiegata per smentire questo importante aspetto del principio della

¹²² Tra le altre, Cass., Sez. I, 10 gennaio, 2000, Pata, in *Cass. pen.*, 2001, p. 220. In dottrina, V. MAFFEO, *Sui poteri del giudice del riesame dei provvedimenti cautelari*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1802, N. POLVANI, *Le impugnazioni de libertate*, Cedam, Padova, 1999², p. 118 ss., E. TURCO, *La motivazione dell'ordinanza di riesame: limiti ai poteri di integrazione*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3098 ss., la quale, pur criticando la teoria della fattispecie complessa, ammette nondimeno l'intervento surrogatorio nelle ipotesi in cui l'ordinanza cautelare «abbia una motivazione difettosa o insufficiente», le cui lacune non impediscono all'indiziato di «apprezzare le ragioni logico-giuridiche che sorreggono il provvedimento e di predisporre una adeguata difesa»; in particolare, secondo l'autrice questo intervento surrogatorio potrebbe spingersi sino a fondare la restrizione cautelare su un'esigenza cautelare diversa rispetto a quella originariamente prospettata dal pubblico ministero e trasfusa nell'ordinanza *ex art. 292 c.p.p.* In senso opposto, ancorché parlando del giudizio di appello e non di quello di riesame, è quella di D. VICOLI, *L'appello avverso ordinanze in materia di misure cautelari: fissati i poteri di cognizione e di decisione del tribunale della libertà, resta aperto il problema degli elementi nuovi*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1597. Sul punto si veda anche R. MADAMA, *Limiti ai poteri di decisione del tribunale della libertà, in sede di appello*, in *Giur. it.*, 1997, II, c. 557 ss., che peraltro sembra limitare l'impossibilità per il giudice dell'appello cautelare di fondare la conferma o la riforma del provvedimento impugnato su *pericula libertatis* diversi da quelli ritenuti dal giudice di prime cure ai soli casi in cui a tale modifica conseguirebbe una *reformatio in peius*.

domanda cautelare, dovendo piuttosto esser letta comunque alla luce di quel principio. Il tribunale della libertà, pur potendo modificare e integrare l'apparato motivazionale dell'ordinanza applicativa della misura, è comunque tenuto al rispetto dei confini segnati dall'iniziale richiesta *ex art. 309 c.p.p.*¹²⁵.

¹²⁵ Cass., Sez. III, 12 dicembre 1996, Petroni e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 206939.

CAPITOLO V

PROCEDIMENTO PRINCIPALE E OSTACOLI ALLA PRESENTAZIONE DELLA DOMANDA CAUTELARE

1. *Premessa: domanda cautelare e necessaria pendenza del procedimento principale*

Analizzate le caratteristiche della domanda cautelare (nonché i suoi rapporti con l'ordinanza del giudice), s'impone uno studio volto ad individuare la sussistenza di condizioni – magari implicite – all'instaurazione dell'incidente *de libertate*, che possano eventualmente tradursi in requisiti di validità della domanda cautelare.

In particolare, ci si riferisce qui ai rapporti tra domanda cautelare e procedimento principale: l'accessorietà della cautela fa sì che le vicende e i connotati del procedimento principale – la sua pendenza, l'eventuale emissione di provvedimenti decisori nel suo ambito, i contorni (di fatto e di diritto) della fattispecie che ne costituisce l'oggetto – possano determinare anche i presupposti e i caratteri della vicenda *de libertate*¹. Come già si è avuto modo di segnalare, nonostante la tendenziale autonomia che connota la fattispecie cautelare rispetto a quella di merito, il carattere strumentale della prima implica necessarie interferenze tra i due procedimenti (tali da operare anche là dove non espressamente sancite dal codice).

In proposito, e sebbene l'introduzione del “giudizio immediato custodiale” determini una significativa influenza della decisione cautelare sul procedimento di merito in rapporto all'*an* e al *quomodo*

¹ Per un'approfondita e completa analisi in proposito ancora una volta si rinvia a F. VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, Cedam, Padova, 2004, con particolare riferimento al capitolo III.

dell'azione penale², una volta che il procedimento principale approdi alla fase processuale, le interferenze, ove prospettabili, andranno concepite in un'unica direzione: è il procedimento principale ad influenzare quello incidentale, e non il contrario; né potrebbe essere altrimenti, non foss'altro per il metodo cognitivo che caratterizza la formazione della prova in sede processuale.

L'assenza di direttive codicistiche concernenti le modalità attraverso cui la fattispecie di merito incide su quella cautelare determina però non pochi disorientamenti: come già si è avuto modo di segnalare, il codice non chiarisce quali (eventuali) modifiche della regudicanda principale determinino un automatico adeguamento di quella cautelare³; né stabilisce in presenza di quali pronunce eventualmente emesse nel procedimento principale possa dirsi assorbito il profilo della gravità indiziaria⁴.

² Già prima, e in termini convergenti (ancorché non del tutto simmetrici), tale logica caratterizzava l'art. 405 comma 1 *bis*, dichiarato costituzionalmente illegittimo da Corte cost. n. 121 del 2009.

³ Si è avuto modo di accennare al problema alle note 38 e 39 del cap. II, dove si è dato conto del dibattito concernente l'automatico adeguamento della fattispecie cautelare alla fattispecie di merito nel caso in cui il decreto che dispone il giudizio descriva l'imputazione diversamente da come l'addebito era stato in precedenza descritto nel titolo cautelare.

⁴ Il tema è stato particolarmente dibattuto a proposito della sussistenza o meno di una preclusione in ordine alla valutazione dei gravi indizi di colpevolezza dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio. Com'è noto, la questione è stata oggetto di un ultimo, importante intervento delle Sezioni Unite (Sez. Un., 30 ottobre 2002, Vottari, in *Riv. it dir. proc. pen.*, 2003, p. 1014, con nota di M. DANIELE), che ha ribadito, richiamando il precedente intervento di Corte cost. n. 71 del 1996, la non sovrapposibilità dei concetti di *fumus commissi delicti* e idoneità a sostenere l'accusa in giudizio. Se questa è la soluzione indicata dalle Sezioni Unite per il decreto che dispone il giudizio, diversa è la situazione per il decreto di citazione a giudizio immediato e per l'instaurazione del giudizio direttissimo. Quanto al primo, è ancora attuale (poiché non superato da pronunce successive) l'insegnamento di Sez. Un., 25 ottobre 1995, Liotta (secondo cui l'evidenza della prova richiesta dall'art. 453 c.p.p. giustifica l'assorbimento della gravità indiziaria); l'unica pronuncia successiva, di segno opposto, si fonda su un *lapsus* tanto clamoroso da impedire di ravvisarvi un consapevole mutamento di indirizzo (nella fattispecie, la Cassazione – Sez. IV, 13 giugno 2003, Meliani, in *Arch. n. proc. pen.*, 2003, p. 430 – ha escluso l'assorbimento sul presupposto che la citazione a giudizio immediato si basi «sulla valutazione operata dal solo pubblico ministero in ordine alla evidenza della prova»). Quanto al giudizio direttissimo, neppure constano interventi successivi alle Sezioni Unite 25 ottobre 1995, cit., che rinvenivano i presupposti dell'assorbimento nell'arresto in flagranza convalidato dal giudice o nella confessione,

Ma per quanto l'incidenza del procedimento principale sulla fattispecie cautelare non sia definita dal legislatore, l'opportunità di un raccordo tra incidente *de libertate* e procedimento principale s'impone comunque, poiché discende dall'esigenza di garantire unità al sistema.

Ciò determina, oltre a necessari adeguamenti sulla cautela in corso di esecuzione, anche, e a maggior ragione, veri e propri condizionamenti in ordine alla possibilità stessa di presentare la domanda cautelare. Ed è rispetto a questo profilo, quindi, che interessa la nostra indagine.

Primo presupposto logico per l'instaurazione dell'incidente cautelare è costituito dalla pendenza di un procedimento di merito⁵.

Tale pregiudizialità è testimoniata a livello normativo: il codice è disseminato di indicatori della necessaria pendenza di un procedimento. Se già è significativo l'art. 273 c.p.p., che nell'imporre la gravità indiziaria implica l'esistenza una notizia di reato particolarmente qualificata, addirittura decisivi sono gli artt. 280, 287 e 274: le prime due disposizioni, prescrivendo determinate soglie edittali (rispettivamente per le misure coercitive e per quelle interdittive), impiegano entrambe la locuzione «quando si procede per delitti per i quali la legge stabilisce la pena [...]»; l'art. 274 lett. *a* c.p.p., nel descrivere il pericolo di inquinamento probatorio, si riferisce in modo espresso «alle indagini relative ai fatti per i quali si procede»⁶.

anch'essa verificata dal giudice. Si tratta – è evidente – di una situazione di parziale contraddizione (quantomeno con riferimento al presunto assorbimento per l'ipotesi di citazione a giudizio immediato), rispetto alla quale sembra auspicabile una nuova presa di posizione della giurisprudenza. Ciò premesso, l'esclusione dell'operatività del cosiddetto assorbimento dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio deve essere riferita al peculiare significato decisorio del decreto *ex* art. 429 c.p.p., non potendo estendersi anche all'emanazione di altri provvedimenti, quale ad esempio la sentenza di condanna (anche solo in primo grado). In questi casi, escludere l'operatività dell'assorbimento comporterebbe un'esaltazione dell'autonomia della procedura cautelare difficilmente giustificabile, posta l'esigenza di garantire l'unitarietà del sistema.

⁵ Non si tratta infatti di un dato così ovvio, insito nella natura servente della cautela; basti pensare alla disciplina degli istituti cautelari nel codice di procedura civile, che contempla la possibilità di incardinare il relativo procedimento d'urgenza indipendentemente dalla precedente (o contestuale) promozione della causa di cognizione.

⁶ Pone l'accento su questa disposizione M. DANIELE, *Effetti preclusivi della sentenza di non luogo a procedere e rito cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, p. 600 (v. an-

L'azionabilità della richiesta cautelare presuppone dunque l'inizio del procedimento; simmetricamente, la domanda cautelare ha ragion d'essere solo finché viva il procedimento, e dunque fino al passaggio in giudicato della pronuncia che conclude il processo. L'irrevocabilità della sentenza segna il confine con la fase esecutiva: il superamento di tale confine non potrà che precludere l'azione cautelare⁷. Infatti, per quanto il sistema legittimi la sopravvivenza della misura della custodia cautelare in carcere anche oltre il passaggio in giudicato della sentenza di condanna (rimanendo il vincolo funzionalmente predisposto alla formale instaurazione della fase esecutiva ad iniziativa del pubblico ministero), ci troviamo qui di fronte ad un caso distinto: altro è ammettere la permanenza della misura cautelare oltre la chiusura del procedimento di merito, altro prospettare un'iniziativa cautelare avanzata una volta sceso il giudicato; una tale soluzione finirebbe per sovvertire la natura cautelare dell'intervento, promosso da un organo ormai privo del relativo potere (come pure privo di competenza funzionale, e per analoghe ragioni, deve ritenersi il giudice che disponesse la cautela una volta intervenuta l'irrevocabilità della sentenza).

che P. STOJA, *Efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione e certezza in senso soggettivo: un problema irrisolto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 356).

⁷ Sebbene riguardante una situazione che non coincide con quella appena descritta nel testo, può essere utile menzionare una recente pronuncia del Tribunale della libertà di Bologna (Trib. Bologna, sezione impugnazioni cautelari penali, 4 febbraio 2008, inedita), con cui il giudice dell'impugnazione cautelare ha disposto la conversione dell'appello difensivo ex art. 310 c.p.p. in ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 111 comma 7 Cost., sostanzialmente aderendo alla prospettazione difensiva che qualificava in termini di abnormità l'ordinanza di aggravamento della cautela (dall'obbligo di presentazione quotidiana alla polizia giudiziaria agli arresti domiciliari) emessa dalla Corte d'appello successivamente al passaggio in giudicato della pronuncia di secondo grado (pur in presenza di una richiesta del Procuratore generale avanzata prima dell'irrevocabilità della sentenza). Sul punto, si segnala però una recente pronuncia di legittimità, con cui la Cassazione ha affermato la possibilità di disporre un aggravamento della misura cautelare anche successivamente al passaggio in giudicato della sentenza. Nella fattispecie, la domanda di sostituzione della misura era stata promossa dal pubblico ministero prima del passaggio in giudicato (e come tale doveva dunque considerarsi pienamente ortodossa), ma la relativa ordinanza era stata disposta dalla Corte d'appello quando la pronuncia conclusiva del secondo grado di giudizio era già passata in giudicato, e dunque in un momento il cui la conclusione del procedimento principale determinava la radicale impossibilità di emettere provvedimenti cautelari (cfr. Cass., Sez. II, 12 luglio 2007, De Giovanni, in *C.E.D. Cass.*, n. 237308).

2. *Un'ipotesi di confine: revisione e procedimento cautelare*

L'unico caso di possibile sopravvenienza della cautela rispetto all'irrevocabilità della pronuncia è contemplato dalla disciplina della revisione: ferma l'assenza di un automatico effetto sospensivo conseguente alla proposizione dell'impugnazione straordinaria, l'art. 635 c.p.p. riconosce alla corte d'appello il potere di disporre con ordinanza la sospensione dell'esecuzione della pena o della misura di sicurezza, applicando, se del caso, una delle misure coercitive previste dagli artt. 281, 282, 283 e 284 c.p.p. Stando alla lettera dell'art. 635 c.p.p., il ricorso alla cautela personale sembra addirittura poter anticipare la reviviscenza formale del procedimento: l'art. 635, comma 1, c.p.p., infatti, stabilendo che l'ordinanza di sospensione dell'esecuzione della pena (e dunque anche il contestuale provvedimento cautelare) può essere emessa «in qualunque momento», sembrerebbe legittimare la Corte ad emettere il provvedimento coercitivo anche prima dell'emissione del decreto di citazione per il giudizio di revisione. Visto che l'art. 60 c.p.p. associa la riassunzione della qualità di imputato al momento in cui viene «disposta la revisione», e visto che è il decreto di cui all'art. 636 c.p.p. a disporre la revisione, l'ampio tenore dell'art. 635 comma 1 c.p.p. legittima in astratto a ritenere che la corte d'appello possa ricorrere alla cautela anche prima della formale riacquisizione dello *status* di imputato⁸. Ma in dottrina si è dubitato della sostenibilità di una lettura tanto estensiva, segnalando l'opportunità di circoscrivere l'applicazione del provvedimento di sospensione della pena alla sola fase del giudizio⁹, e dunque ad un momento successivo all'emissione

⁸ Sintomatico, in tal senso, il disposto dell'art. 635 comma 2 c.p.p., che menziona il «condannato», e non l'«imputato»: altro indice del fatto che la sospensione dell'esecuzione, ed il conseguente provvedimento coercitivo, possono essere emessi anche prima dell'emissione del decreto di citazione a giudizio, e dunque prima della assunzione della qualifica di imputato.

⁹ La dottrina ha però rilevato che è ragionevole supporre che la corte d'appello si orienti nel senso della sospensione dell'esecuzione della pena «quantomeno dopo aver esaurito la verifica dell'ammissibilità della richiesta» (cfr. G. SPANGHER, *Revisione*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, 1997, XII, p. 13). Sembra aderire a questa impostazione anche G. DEAN, *La revisione*, Cedam, Padova, 1999, p. 103. Viceversa, secondo A. SCALFATI, *Inammissibilità della revisione e ordine di sospendere la pena in corso: due pronunce compatibili*, in *Giur. it.*, 1997, II, p. 52 «niente esclude

del decreto di citazione (che postula il superamento del vaglio di ammissibilità¹⁰). Viceversa, la prassi applicativa è giunta ad affermare la possibilità di emettere il provvedimento di sospensione della pena (e dunque, anche se non in modo esplicito, l'eventualmente contestuale provvedimento coercitivo levio rispetto alla custodia carceraria) anche nell'ipotesi in cui la fase preliminare sfoci nella inammissibilità della richiesta di revisione¹¹. Le ragioni che danno origine a tale forzatura interpretativa nascono dalla refrattarietà della giurisprudenza a ricondurre all'art. 630 lett. c c.p.p. il caso della ipotizzata responsabilità di un terzo per il fatto del condannato, caso che secondo la giurisprudenza andrebbe necessariamente fatto rientrare nella lettera a della disposizione, disciplinante il cosiddetto conflitto teorico tra giudicati, e che presuppone il passaggio in giudicato della sentenza di condanna del terzo¹². In sostanza, un'interpretazione tanto rigida delle condizioni di ammissibilità della revisione ha determinato i presupposti di una non altrettanto ortodossa lettura dell'art. 635 c.p.p., che si spiega (ma difficilmente si giustifica) proprio per rimediare agli effetti nefasti che dalla prima discendono sulla libertà personale del condannato. Si tratta però di una lettura che dal punto di vista sistematico è difficile da sostenere, non foss'altro per l'evidente rapporto tra i provvedimenti *ex art.* 635 c.p.p. e l'instaurando giudizio di revisione¹³. L'*empasse* potrebbe essere risolta consentendo l'accesso alla revisione attraverso il varco dell'art. 630 lett. c, e dunque prescindendo dal passaggio in giudicato

che il provvedimento favorevole venga adottato durante il periodo in cui si valuta se ammettere o meno la procedura» (in termini meno specifici v. anche A. PRESUTTI, *Revisione*, in *Enc giur.*, Treccani, 1991, XXVII, p. 9).

¹⁰ Per approfondimenti sul punto si veda A. SCALFATI, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, Padova, 1995, p. 76 ss.

¹¹ Cfr. App. Palermo, 4 giugno 1996, in *Giur. it.*, 1997, II, 50, p. con nota critica di A. SCALFATI.

¹² V., tra le altre, Cass., Sez. VI, 19 gennaio 1998, Mazzotta, in *Cass. pen.*, 1999, II, 2946, Sez. I, 15 settembre 1995, Pace, in *Arch. n. proc. pen.*, 1996, p. 306; Sez. I, 26 giugno 1992, Modeo, in *Cass. pen.*, 1994, p. 374; Sez. I, 12 novembre 1990, Brioschi, in *Riv. pen.*, 1991, p. 875; Sez. I, 15 ottobre 1990, Grimaldi, in *Arch. n. proc. pen.*, 1991, p. 470.

¹³ In questo senso A. SCALFATI, *Inammissibilità della revisione*, cit., p. 50, che commenta criticamente l'ordinanza della Corte d'Appello di Palermo, 4 giugno 1996. Critico anche G. DEAN, *op. cit.*, p. 103.

della condanna del terzo responsabile, senza snaturare l'istituto di cui all'art. 635 c.p.p., che si giustifica nell'ottica della riapertura del processo.

Quanto ai profili dinamici, va osservato che il tenore letterale dell'art. 635 c.p.p. sembra descrivere un superamento del principio della domanda cautelare, là dove attribuisce alla corte d'appello il potere di applicare una delle misure richiamate anche indipendentemente da una specifica richiesta del pubblico ministero. Significativo, in tal senso, il fatto che la decisione sulla sospensione possa essere assunta subito dopo la presentazione della richiesta di revisione, e dunque anche prima di un ipotetico intervento del pubblico ministero nel procedimento¹⁴. Il superamento del divieto di iniziative ufficiose qui però si giustifica alla luce del significato concreto della sostituzione della cautela alla pena, che non può che tradursi – questo è l'indubbio spirito della norma – in un miglioramento della condizione del prevenuto in ordine alla propria libertà personale: non a caso, la disposizione richiama l'applicabilità del divieto d'espatrio, dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria, dell'obbligo di dimora e degli arresti domiciliari, ma non della custodia cautelare in carcere, il cui livello di afflittività, estremo e del tutto sovrapponibile a quello della detenzione carceraria, finirebbe per vanificare la scelta stessa di sospendere l'esecuzione della pena detentiva. Di conseguenza, se non da un punto di vista squisitamente formale, da un punto di vista sostanziale il potere di cui all'art. 635 c.p.p. può senz'altro essere accostato a quello *ex art. 299 comma 2 c.p.p.* (che contempla il potere del giudice cautelare di revocare o affievolire la misura in corso di esecuzione indipendentemente da una richiesta di parte)¹⁵.

¹⁴ V. A. SCALFATI, *op. ult. cit.*, p. 49, che, parlando del provvedimento di sospensione dell'esecuzione della pena, ricorda come tale provvedimento non sia «preceduto da un'indagine e da un contraddittorio "mirati"». V. anche F. CASSIBBA, *Sospensione dell'esecuzione della pena in pendenza di giudizio di revisione e libertà personale del condannato*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 609.

¹⁵ Il comma 1 dell'art. 635 c.p.p. potrebbe non presentare solo questo elemento di stravaganza rispetto al generale principio della domanda cautelare. La disposizione, infatti, prevedendo che «in ogni caso di inosservanza della misura, la corte d'appello revoca l'ordinanza e dispone che riprenda l'esecuzione della pena o della misura di sicurezza», sembra contemplare un vero e proprio automatismo

3. *Archiviazione e domanda cautelare*

Se la strumentalità dell'incidente cautelare implica l'esistenza di un procedimento principale affinché il primo possa essere instaurato, non mancano però i profili dubbi, concernenti potenziali zone grigie, che possono rivelarsi ostative alla proposizione di una richiesta *ex art. 291 c.p.p.* Tali situazioni di confine potrebbero presentarsi per la necessità di far fronte alle esigenze cautelari *in limine* alla riapertura formale del procedimento che si sia concluso con una pronuncia non irrevocabile, come la sentenza di non luogo a procedere o un provvedimento (decreto o ordinanza) di archiviazione.

La diversità tra la disciplina della riapertura delle indagini dopo l'archiviazione e quella della revoca della sentenza di non luogo a procedere impone una trattazione disgiunta delle due ipotesi, regolate in modi tra loro non equiparabili. Tale differenza affiora anche nel libro IV, ed in particolare nel comma 5 dell'art. 300 c.p.p.: la disposizione, considerando la possibilità, per l'imputato prosciolto o destinatario di una sentenza di non luogo a procedere, di vedersi applicare una misura coercitiva ove sia successivamente condannato per lo stesso fatto, non menziona infatti l'ipotesi dell'archiviazione.

Si prenderanno quindi le mosse dai rapporti tra azione cautelare e archiviazione, per poi affrontare solo in un secondo momento quelli con la sentenza di non luogo a procedere. Peraltro, essendo la relativa disciplina racchiusa nell'art. 300 comma 5 c.p.p., prima verrà considerata l'efficacia preclusiva della eventuale emissione di sentenze di proscioglimento all'esito del giudizio, e solo successivamente quella della sentenza di non luogo a procedere¹⁶.

L'efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione è un tema affascinante, che ha diviso e continua a dividere la dottrina

della revoca, analogo a quello prescritto dall'art. 276 comma 1 *ter* c.p.p. per l'ipotesi di trasgressione al divieto di *non* allontanarsi (*sic*) dalla propria abitazione. Ma, per ragioni corrispondenti a quelle riferibili a tale ultima disposizione, è preferibile ritenere che sia comunque necessaria la relativa richiesta del pubblico ministero (cfr. cap. VI, par. 1.2). Più in generale, sulle peculiarità del provvedimento cautelare emesso ai sensi dell'art. 635 comma 1 c.p.p., si vedano L. BLASI, *La sospensione della pena è un miraggio*, in *Dir. e giust.*, 2004, f. 41, p. 38, nonché F. CASSIBBA, *op. cit.* (anche per i richiami giurisprudenziali).

¹⁶ V. *infra*, parr. 4 e 4.1.

nonostante la Corte costituzionale, nel 1995, abbia in sostanza individuato nell'autorizzazione prescritta dall'art. 414 c.p.p. una condizione atipica di procedibilità¹⁷.

La diatriba interpretativa nasce dall'oscura lettera della disposizione, che richiede il *placet* giudiziale per la riapertura delle indagini «su richiesta del pubblico ministero motivata dalla esigenza di nuove investigazioni». I riferimenti alla «riapertura delle indagini» e all'esigenza di «nuove investigazioni» potrebbero essere indicativi dell'intento di circoscrivere la necessità di autorizzazione alla sola riapertura delle indagini, e non anche all'atto di esercizio dell'azione penale. Questa è la posizione di parte della dottrina, critica verso la pronuncia con cui la Consulta ha appunto ravvisato nell'autorizzazione *ex* art. 414 c.p.p. una condizione atipica di procedibilità¹⁸.

Secondo alcuni autori, la tesi della Corte fatica a reggere, posta l'inidoneità dell'art. 414 c.p.p. a sostenere una struttura così imponente¹⁹.

¹⁷ Si tratta della sentenza (interpretativa di rigetto) n. 27 del 1995, con la quale la Consulta, pronunciandosi sulla questione di illegittimità costituzionale dell'art. 555 comma 2, in relazione all'art. 414 c.p.p., sollevata, in riferimento all'art. 24 Cost., nella parte in cui non consente di rilevare o eccepire la nullità del decreto di citazione ove non sia stata autorizzata la riapertura delle indagini, ha escluso la sanzione della nullità ravvisando una preclusione all'esercizio dell'azione penale non diversamente da quanto accade nel caso di mancata revoca della sentenza di non luogo a procedere.

¹⁸ Cfr. F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Jovene, Napoli, 1994, p. 440 ss., Id., *Archiviazione della notizia di reato e successivo esercizio dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1374 ss., F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 433 ss., che definisce l'art. 414 c.p.p. un «tipico infortunio di iperfasia legislativa», e «preclusione immaginaria» quella individuata dalla Corte costituzionale (dello stesso autore v. anche *Chi abusa del processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1423 ss.), R. ORLANDI, *Effetti preclusivi dell'archiviazione e procedimento cautelare*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 321. Ritengono viceversa che il provvedimento di archiviazione sbarrì la strada all'esercizio dell'azione penale, oltre a G. GIOSTRA, *L'archiviazione: lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Giappichelli, Torino, 1994², p. 102, tra gli altri, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2007⁷, p. 390 ss., N. GALANTINI, *Riapertura delle indagini*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1997, vol. XII, p. 66).

¹⁹ In proposito si rinvia, per tutti, alle considerazioni espresse da F. CAPRIOLI, *Archiviazione della notizia di reato*, cit., p. 1374 ss., nonché, prima della pronuncia della Corte costituzionale, nel lavoro monografico *L'archiviazione*, cit., p. 440 s. L'autore (peraltro critico verso il modo in cui il legislatore ha configurato l'archi-

D'altro canto, la pronuncia, optando per una soluzione tanto drastica, si è fatta carico della necessità di presidiare la stabilità del provvedimento di archiviazione, che può essere emesso anche dopo indagini lunghe, complesse e afflittive per la persona sottoposta alle indagini (che non acquisisce lo *status* d'imputato neppure in conseguenza della sottoposizione a misure coercitive).

Al di là di questo importante profilo, va tenuto presente che l'eventuale violazione dell'art. 414 c.p.p. non rimane comunque priva di conseguenze: la mancata autorizzazione alla riapertura delle indagini genera infatti in ogni caso l'inutilizzabilità degli atti investigativi eventualmente compiuti dal pubblico ministero. La fonte di questa invalidità deve essere individuata negli artt. 407 comma 2 (che così sanziona gli atti d'indagine eventualmente compiuti oltre il termine di chiusura delle indagini preliminari) e 191 c.p.p. (posto che si tratterebbe in ogni caso di atti assunti in violazione di un divieto stabilito dalla legge, come tali inutilizzabili)²⁰.

A fronte della radicale contrapposizione di vedute, occorre capire se il mancato ottenimento dell'autorizzazione *ex art.* 414 c.p.p. possa dirsi ostativo all'instaurazione del procedimento cautelare. Si tratta di una questione parzialmente distinta, che può essere risolta anche sulla base di argomenti ulteriori rispetto a quelli spendibili

viazione) rileva la tautologia insita in una disposizione che per riaprire le indagini si accontenta della non meglio specificata necessità di svolgerne ulteriori, esigenza idonea a superare l'archiviazione senza neppure interpellare il diretto interessato (ID., *Archiviazione della notizia di reato*, cit., p. 1375).

²⁰ La dottrina è sostanzialmente concorde nell'affermare l'inutilizzabilità degli atti d'indagine compiuti senza previa autorizzazione: cfr., tra gli altri, e già prima della pronuncia della Corte costituzionale, A. BERNARDI, *Art. 414*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale* (a cura di M. CHIAVARIO), p. 558, F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 434, G. GIOSTRA, *L'archiviazione*, cit., p. 103, C. VALENTINI REUTER, *In tema di riapertura delle indagini dopo l'archiviazione e misure coercitive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 325. Secondo R. ORLANDI (*op. cit.*, p. 3295 ss., nonché alle note nn. 16, 19 e 21), che peraltro aderisce alla tesi secondo cui l'eventuale esercizio dell'azione penale non risulterebbe viziato se non preceduto dall'autorizzazione a riaprire le indagini, l'inutilizzabilità dovrebbe colpire anche gli atti di indagine suppletiva e integrativa, trattandosi di atti che comunque presuppongono un'indagine validamente instaurata, mentre G. GIOSTRA (*op. cit.*, p. 100) sostiene che, ove effettivamente si aderisse alla tesi (da lui criticata) dell'ininfluenza della mancata autorizzazione *ex art.* 414 c.p.p. sulla validità dell'azione penale, nulla impedirebbe al pubblico ministero di svolgere indagini *ex art.* 419 comma 3 c.p.p.

per sostenere l'effetto preclusivo in rapporto all'esercizio dell'azione penale.

Sul punto sono intervenute nel 2000 le Sezioni Unite²¹, con una pronuncia che, recependo nella sostanza l'insegnamento della Corte costituzionale, si sforza di argomentare quella scelta in maniera più diffusa (la motivazione della pronuncia della Consulta era infatti decisamente stringata, addirittura apodittica nei suoi passaggi cardine).

Dopo aver ripercorso la storia giurisprudenziale del problema (accostando peraltro le pronunce che ipotizzano la nullità dell'atto di esercizio dell'azione penale a quelle che replicano la tesi della sentenza costituzionale), le Sezioni Unite aderiscono alla ricostruzione più rigorosa, che attribuisce all'archiviazione un'efficacia (sia pure limitatamente) preclusiva rispetto ai successivi eventuali atti d'impulso processuale. In particolare, tale preclusione, oltre ad impedire il compimento di ulteriori indagini e l'esercizio dell'azione penale, individuerebbe un «ostacolo in radice ad ogni attività, ivi compresa qualsivoglia richiesta al giudice (applicazione di misura di cautela, intercettazioni telefoniche, ecc.)». Ancora: sempre secondo le Sezioni Unite – che da questo punto di vista sviluppano un profilo viceversa trascurato dalla Corte costituzionale – l'impedimento opererebbe solo nei riguardi della medesima autorità già procedente all'investigazione²², e non nei confronti di altri eventuali uffici giudiziari che intendano (indagare, esercitare l'azione penale o) promuovere l'azione cautelare relativamente al “medesimo fatto”²³.

²¹ Cfr. Cass. Sez. Un. 22 marzo 2000, Finocchiaro, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 253 ss., con nota di P. STOJA.

²² Da intendersi – così è dato capire dal tenore della pronuncia – come medesimo “ufficio investigativo” e non come medesimo pubblico ministero persona fisica: cfr. Sez. Un., 22 marzo 2000, *cit.*, p. 268.

²³ A tale ultimo riguardo, la pronuncia discutibilmente precisa che, ai fini della validità dell'esercizio del potere cautelare, la nozione di «stesso fatto» comprenderebbe non soltanto le componenti oggettive e soggettive dell'addebito, ma anche «gli aspetti esterni dal fatto di reato, per tali intendendosi l'autorità che procede (o procedette) all'investigazione». Pur comprendendosi la funzione di questa precisazione, tesa a circoscrivere l'effetto impeditivo nei confronti del solo pubblico ministero (da intendersi come ufficio inquirente e non come persona fisica) che avesse già ottenuto l'archiviazione per quel medesimo fatto, stupisce che la Corte delinea

In sostanza, questa pronuncia estende all'instaurazione dell'incidente cautelare la tesi, già espressa dalla Corte costituzionale, circa l'esistenza di una preclusione endoprocedimentale in ordine all'esercizio dell'azione penale. Anche a tale proposito, quindi, potrebbero esprimersi le perplessità che parte della dottrina riserva a tale costruzione dogmatica. Ma a ben vedere, ed indipendentemente dall'impostazione cui s'intenda aderire a tale ultimo proposito, l'instaurazione dell'incidente cautelare deve comunque ritenersi preclusa a prescindere, per ragioni logicamente pregiudiziali ed assorbenti.

Rispetto alla proposizione della richiesta *ex art.* 291 c.p.p. gioca infatti un elemento ulteriore e comunque dirimente, ossia la natura ancillare dell'incidente cautelare, che per essere instaurato presuppone la pendenza del procedimento: la richiesta cautelare deve ritenersi comunque preclusa a causa della mancata riapertura del procedimento, presupposto della domanda proprio in forza della strumentalità della cautela rispetto al procedimento principale²⁴.

Questa spiegazione – risolutiva – dell'impossibilità di instaurare il procedimento *de libertate* potrebbe anche comportare maggiori garanzie per la difesa. Infatti, considerando l'autorizzazione di cui all'art. 414 c.p.p. come una condizione atipica di procedibilità, si potrebbe sostenere la possibilità di presentare la richiesta cautelare. Gli argomenti normativi a favore di questa lettura non mancherebbero: da un lato il secondo comma dell'art. 273 c.p.p., che, nell'escludere l'applicabilità delle misure cautelari personali in presenza di determinate condizioni, non menziona l'assenza di una condizione di procedibilità²⁵; dall'altro, l'art. 343 c.p.p., che,

un concetto di "fatto" comprensivo anche di elementi inevitabilmente avulsi dallo stesso. L'identità del pubblico ministero procedente è – e non può che rimanere – estranea all'identità del fatto per il quale si proceda (così P. STOJA, *op. cit.*, p. 357).

²⁴ Peraltro, e a differenza di quanto si avrà modo di approfondire rispetto all'ipotesi della revoca della sentenza di non luogo a procedere, nel caso dell'archiviazione non si scorge neppure l'interesse ad evitare che la persona sottoposta all'indagine possa essere preavvertita della possibilità di una sua sottoposizione a cautela personale: l'art. 414 c.p.p., infatti, configura un dialogo a due, tra pubblico ministero e giudice per le indagini preliminari, senza l'instaurazione di alcun genere di contraddittorio (neppure meramente cartolare) con la difesa.

²⁵ Cfr. A. GAITO, *Procedibilità (condizioni di) (dir. proc. pen.): a) Caratteri generali*, in *Enc. dir.*, II Agg., Giuffrè, Milano, 1998, p. 739, che critica la diversa

stabilendo l'impossibilità di disporre misure cautelari personali in assenza dell'autorizzazione a procedere (sempre che non si versi nell'ipotesi derogatoria disciplinata dal comma 3 della medesima disposizione), indirettamente potrebbe confermare l'applicabilità di tali misure in difetto delle altre condizioni di procedibilità²⁶.

Tale ultima ricostruzione, per quanto non del tutto sguarnita di argomenti, difficilmente può essere condivisa, posta l'esigenza di rispettare il principio di proporzionalità nell'applicazione della misura cautelare, che si traduce necessariamente in una prognosi di alta probabilità di condanna: in difetto di tale prognosi, è arduo ipotizzare l'applicazione di una misura cautelare²⁷ (peraltro, privilegiando questo tipo di considerazione, la richiesta cautelare, pur dovendo essere rigettata nel merito, dovrebbe comunque ritenersi validamente proposta). A livello testuale, la dottrina²⁸ ha però opportunamente evidenziato la rilevanza dell'art. 380 comma 3 (il cui tenore è replicato dall'art. 381 comma 3 c.p.p.), che subordina la possibilità di eseguire l'arresto alla proposizione (anche in forma orale) della querela: se è impedito l'arresto in flagranza, coerentemente dovrà escludersi anche il ricorso alla cautela personale.

Cionondimeno, la tesi favorevole all'applicazione di misure cautelari in difetto di condizioni di procedibilità non è priva di

posizione espressa da R. ORLANDI (cfr. *infra*, nel testo, nonché nota 28). Nello stesso senso G. PIZIALI, *Sull'efficacia preclusiva del provvedimento di archiviazione*, in *Ind. pen.*, 1997, p. 421 ss.

²⁶ Questo argomento si indebolisce ove si consideri che l'art. 346 c.p.p., disciplinante gli «atti compiuti in mancanza di una condizione di procedibilità» (che può ancora sopravvenire), non menziona le misure cautelari personali, limitandosi a contemplare la possibilità di compiere atti d'indagine urgenti e di dar corso ad incidente probatorio. Il medesimo principio *ubi lex dixit voluit, ubi tacuit noluit* induce conseguentemente a ipotizzare l'impossibilità di applicare misure cautelari ove manchi una condizione di procedibilità.

²⁷ In senso analogo N. GALANTINI, *Riapertura delle indagini*, in *Dig. disc. pen.*, XII, Utet, Torino, 1997, p. 169.

²⁸ Cfr. R. ORLANDI, *Art. 346 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, Utet, Torino, 1990, vol. IV, p. 101, nonché ID., *Procedibilità (condizioni di)*, in *Dig. disc. pen.*, X, Utet, Torino, 1995, p. 51 (segnatamente, nota n. 63). Nello stesso senso, cfr. G. TRANCHINA, *Il procedimento per la indagini preliminari*, in D. SIRACUSANO, G. TRANCHINA, E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2006, vol. II, p. 45.

riscontri in dottrina²⁹. Chiaro, quindi, che qualificare l'esistenza di un procedimento pendente come condizione per una valida instaurazione dell'incidente cautelare elide in radice le possibili conseguenze di questo genere di interpretazione: l'autonomia del procedimento cautelare, pur marcata, non consente infatti di prescindere dal correlativo procedimento principale, che dunque si traduce *ex se* in un presupposto per presentare la richiesta *ex art. 291 c.p.p.*³⁰.

Diverso il caso della eventuale proposizione della domanda immediatamente dopo la concessa autorizzazione a riaprire le indagini, senza che nel frattempo l'organo inquirente abbia compiuto nuove investigazioni. In questo caso (salva l'eventualità che il pubblico ministero possa produrre atti d'indagine acquisiti *aliunde*, o eventualmente compiuti nell'ambito di altri procedimenti), dovrebbe ritenersi comunque operante un meccanismo analogo a quello del giudicato cautelare³¹. Infatti, se il fascicolo allegato alla richiesta *ex art. 291 c.p.p.* comprende i medesimi atti già sottoposti al giudice dell'archiviazione, dovrà coerentemente escludersi la possibilità di riscontrare la sussistenza della gravità indiziaria, posto che la riconosciuta inidoneità a sostenere l'accusa in giudizio non può che assorbire il ben più pregnante pronostico sotteso all'*art. 273 c.p.p.* Identica la situazione in cui il pubblico ministero avesse svolto atti d'indagine senza aver prima ottenuto l'assenso *ex art. 414 c.p.p.*, per poi esercitare l'azione penale: in questo caso la richiesta di rinvio a giudizio determinerebbe la reviviscenza del procedimento,

²⁹ La giurisprudenza ha avuto modo di specificare che il difetto di condizione di procedibilità dovrebbe ritenersi compreso nell'*art. 273 comma 2 c.p.p.*, tale interpretazione dovendo oltretutto ritenersi suffragata dal confronto con l'*art. 129 comma 1 c.p.p.*, che, nello stabilire l'obbligo di immediata declaratoria di determinate «cause di non punibilità», ha riguardo anche alla mancanza di una condizione di non procedibilità (cfr. Cass., Sez. I, 9 maggio 1994, Tarek, in *C.E.D. Cass.*, n. 197879).

³⁰ In questo senso cfr. R. ORLANDI, *Effetti preclusivi dell'archiviazione*, cit., p. 3297.

³¹ Il vincolo del giudicato cautelare, per come concepito dalla giurisprudenza, non identifica una preclusione alla presentazione dell'istanza o dell'impugnazione della parte determinante l'inammissibilità dell'atto stesso, ma individua la possibilità, per il giudice, di non motivare in ordine ad elementi probatori già in precedenza valutati, potendo il giudice limitarsi a rilevare l'insussistenza di elementi nuovi.

ma l'inutilizzabilità del materiale investigativo sopravvenuto all'archiviazione impedirebbe comunque di superare la precedente prognosi di inidoneità a sostenere l'accusa in giudizio. Se non bastasse questa notazione fondata sul principio di proporzionalità, è poi l'esplicito contenuto dell'art. 300 comma 1 – che prescrive la perdita d'efficacia *ex lege* della misura ove sia disposta l'archiviazione – ad imporre tale conclusione.

In queste ipotesi la pendenza del procedimento renderebbe di per sé legittima l'instaurazione dell'incidente cautelare; la preclusione opererebbe dunque sul merito della valutazione, non potendo condurre ad una declaratoria di invalidità della richiesta cautelare ma esprimendosi quale limite endoprocessuale alla valutazione del giudice, vincolato ad una valutazione di insussistenza della gravità indiziaria³².

Infine, ove il pubblico ministero avesse ricavato *aliunde* elementi probatori idonei a sostenere la domanda cautelare (tale eventualità, espressamente considerata dall'art. 434 c.p.p. in relazione alla sentenza di non luogo a procedere, ben può verificarsi anche in rapporto ad un procedimento archiviato) potrà esercitare l'azione cautelare contestualmente alla richiesta di autorizzazione a riaprire le indagini, subordinando l'efficacia della domanda *ex art.* 291 c.p.p. all'intervenuta autorizzazione di cui all'art. 414 c.p.p.³³

4. *Sentenza di proscioglimento e domanda cautelare: l'ambiguo disposto dell'art. 300 comma 5 c.p.p.*

Analizzata la situazione “grigia” concernente l'ipotesi in cui la notizia di reato sia stata archiviata, è ora il momento di esaminare la preclusione delineata dall'ultimo comma dell'art. 300 c.p.p. (che riguarda anche, ma non solo, l'altro caso di confine prima evocato, ossia quello dell'intervenuta emissione di una sentenza di non luogo a procedere). Lo studio dei rapporti tra procedimento principale e

³² In questo senso, già R. ORLANDI, *op. cit.*, p. 3297 ss.

³³ Sui requisiti di ammissibilità di una richiesta cautelare “condizionata” Cass. pen., Sez. II, 13 novembre 2002, Martera e altro, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1363, con nota di F. ALONZI.

domanda cautelare non può infatti trascurare questa disposizione, dal contenuto, non proprio perspicuo, che pone un altro importante ostacolo all'esercizio dell'azione cautelare.

Nel suo complesso, l'art. 300 c.p.p. disciplina gli effetti prodotti sulla misura cautelare dall'emissione di determinate pronunce (fenomeno cui è dedicata anche la rubrica della disposizione, intitolata «estinzione delle misure per effetto della pronuncia di determinate sentenze»). Se il primo comma determina l'automatica perdita di efficacia della misura cautelare nel caso di archiviazione, proscioglimento, sentenza di non luogo a procedere, la disposizione attribuisce effetto eventualmente caducatorio anche alle sentenze di condanna: il terzo comma sancisce infatti l'estinzione della misura precedentemente applicata ove la sentenza irroghi una pena estinta o condizionalmente sospesa; il quarto comma subordina la perdita di efficacia della (sola) custodia cautelare alla circostanza che la durata della custodia già subita non sia inferiore all'entità della pena irrogata.

La *ratio* della disposizione è chiara: istituire un raccordo automatico tra pronunce (sebbene non definitive) emesse nell'ambito del procedimento principale ed efficacia della misura cautelare, nel pieno rispetto del principio di proporzionalità. Coerentemente, i commi 3 e 4 si fondano sulla necessità di evitare una privazione cautelare della libertà che l'imputato presumibilmente non dovrà scontare a titolo di pena; l'*incipit* dell'art. 300 c.p.p., stabilendo l'immediata perdita di efficacia delle misure nel caso di archiviazione o proscioglimento, trapianta nell'incidente cautelare una decisione che smentisce la gravità indiziaria, indefettibile presupposto di legittimità della restrizione cautelare. È ovvio: un provvedimento di archiviazione, una pronuncia di proscioglimento o di non luogo a procedere implicano *ex se* una palese smentita dell'impianto indiziaro, tanto da rendere addirittura pleonastica la norma.

In questo scenario, l'ultimo comma risulta eccentrico rispetto al restante contenuto della disposizione, alla sua rubrica, e più in generale al contesto di norme in cui la disposizione stessa è inserita (il capo V del titolo I è interamente dedicato alla perdita di efficacia delle misure). Anziché prevedere l'ennesima causa di estinzione della cautela, il comma 5 disciplina infatti il ricorso a misure coercitive

nell'ipotesi in cui sia stata emessa una sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere; in particolare, si prevede la possibilità di applicare misure coercitive nei confronti del prosciolto o del destinatario di una sentenza di non luogo a procedere che sia stato successivamente condannato, quando ricorrano le esigenze di cui alle lettere *b* e *c* dell'art. 274 c.p.p.

Il disposto è formulato in modo equivoco, essendo davvero difficile coglierne l'accento precettivo. Oltretutto i dubbi riguardano due piani distinti: non solo il significato generale della disposizione, ma anche la particolare disciplina concernente gli sviluppi successivi all'emissione della sentenza di non luogo a procedere³⁴.

Concentrandosi per ora sull'ipotesi più generale – quella concernente la sequenza in cui l'imputato, prima prosciolto all'esito del dibattimento di primo grado, venga successivamente condannato in appello – stando ad una prima esegesi, la disposizione fissa un ostacolo all'applicazione della cautela coercitiva prima che l'esito decisorio favorevole all'imputato venga rovesciato da un successivo provvedimento di condanna; le misure coercitive sarebbero applicabili solo successivamente alla stessa, e solo in presenza di pericolo di fuga o per esigenze di tutela della collettività. Secondo alcuni autori, l'art. 300 comma 5 c.p.p. avrebbe un contenuto meramente ricognitivo³⁵, data l'impossibilità di prospettare, in concreto, un pericolo per la genuinità della prova una volta concluso il secondo grado del giudizio di merito.

È poi ipotizzabile (ed è infatti stata avanzata, quantomeno in giurisprudenza) anche un'altra lettura, che tende a valorizzare la rubrica dell'art. 300 c.p.p. – intitolato appunto alla «estinzione delle misure per effetto della pronuncia di determinate sentenze» – e stando alla quale la preclusione all'esercizio del potere cautelare andrebbe riferita esclusivamente all'ipotesi in cui la sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere abbia determinato l'automatica estinzione della misura coercitiva precedentemente applicata all'imputato, a norma del primo comma dell'art. 300 c.p.p.;

³⁴ Profilo che verrà approfondito nel corso del prossimo paragrafo.

³⁵ V. F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 527 e M. DANIELE, *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 173 ss.

stando a questa giurisprudenza, in mancanza di una precedente caducazione della misura per effetto del proscioglimento, nulla impedirebbe il ricorso alla coercizione secondo le disposizioni generali di cui agli artt. 273 e 274 c.p.p.⁵⁶.

Per quanto forse in linea con lo spirito dell'intero art. 300 c.p.p., dedicato all'effetto estintivo di determinati esiti decisori, questa seconda interpretazione non convince. Infatti, sebbene possa considerarsi in qualche modo coerente con l'intento di sanzionare un impiego della coercizione non adeguatamente ponderato nell'ambito di una fase decisoria conclusasi con un esito fausto per l'imputato, una tale lettura, determinando un trattamento potenzialmente deteriore per il soggetto prima immune da restrizioni coercitive (che non godrebbe dell'effetto preclusivo imposto dalla disposizione), cozzerebbe con il principio di parità di trattamento di situazioni analoghe ricavabile dall'art. 3 della Carta fondamentale.

Meglio, dunque, la lettura che nell'art. 300 comma 5 c.p.p. ravvisa una preclusione operante a prescindere dalla circostanza che l'imputato sia stato assoggettato a restrizioni della libertà personale: oltre ad essere quella di maggior garanzia (e dunque preferibile alla luce dell'art. 13 Cost.), è anche la più conforme alla storia normativa dell'istituto. Decisivo, in tal senso, il confronto tra la direttiva n. 63 della legge delega, che l'ultimo comma dell'art. 300 c.p.p. attua a livello codicistico (ancorché *ultra litteram*⁵⁷), e la corrispondente direttiva n. 56 della legge delega del 1974, che, per l'ipotesi di assoluzione, era perentoria nel vietare il ricorso alla coercizione addirittura fino al passaggio in giudicato della sentenza di condanna (con una specificazione peraltro non chiara, posto che,

⁵⁶ V. Cass., 22 maggio 2000, Zagaria, in *C.E.D. Cass.*, n. 216624, secondo cui, testualmente, «l'art. 300, comma 5, c.p.p., trova applicazione soltanto in presenza di una sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere con cui sia stata disposta la scarcerazione, allorché, a seguito di impugnazione, sia stata riformata da sentenza di condanna». V. anche Sez. I, 20 dicembre 1999, Saraceno, *ivi*, n. 214963.

⁵⁷ Questa è l'espressione impiegata da V. GREVI, *Misure Cautelari*, in AA. VV., *Compendio di procedura penale* (a cura di G. CONSO e V. GREVI), Cedam, Padova, 2008⁴, p. 440, che probabilmente si riferisce al fatto che, mentre la direttiva n. 63 della legge delega parla di «assoluzione», l'art. 300 comma 5 c.p.p. impiega il termine «proscioglimento», con ciò evidentemente allargando l'ambito applicativo della preclusione all'esercizio del potere coercitivo originariamente voluta dal delegante.

come abbiamo già notato, l'irrevocabilità della condanna determina comunque il passaggio alla fase esecutiva, come tale impeditiva di iniziative cautelari).

In particolare, mentre la delega del 1974 prescriveva un «divieto di nuova custodia in carcere per lo stesso reato fino al passaggio in giudicato per la persona scarcerata a seguito di sentenza di assoluzione»³⁸, la direttiva n. 63 della legge 16 febbraio 1987, n. 81, così recita: «previsione che, in caso di condanna dopo sentenza di assoluzione, il giudice possa disporre misure di coercizione quando sussistono inderogabili esigenze di tutela della collettività ovvero quando l'imputato si è dato alla fuga o vi è concreto pericolo di fuga e il reato risulta di particolare gravità».

Affiancando le due direttive, si comprende meglio l'intento della seconda, che pur essendo quello di inserire un ostacolo all'esercizio del potere coercitivo, da un lato non richiede più il passaggio in giudicato della condanna (accontentandosi di una pronuncia, anche non definitiva, che rovesci il precedente esito di proscioglimento³⁹), e dall'altro non richiede che la precedente sentenza favorevole all'imputato abbia determinato la sua scarcerazione.

Questa tesi è stata fatta propria dalle Sezioni Unite, che, impegnate ad interpretare il tenore dell'art. 300 comma 5 c.p.p. con specifico riferimento all'efficacia preclusiva della sentenza di non luogo a procedere, hanno però (preliminarmente) preso posizione anche sul significato per così dire più generale del precetto, affermando che «[...] al giudice dell'impugnazione è inibita l'adozione di misure coercitive prima della pronuncia della sentenza di condanna che, in totale riforma di quella liberatoria di primo grado, riconosca la fondatezza della prospettiva accusatoria e affermi la responsabilità dell'imputato⁴⁰».

³⁸ Direttiva n. 56 della legge n. 108 del 3 aprile 1974.

³⁹ Sottolinea l'importanza della modifica di atteggiamento del legislatore delegante M. CHIAVARIO, *Misure cautelari e libertà personale alla luce della seconda legge-delega e del nuovo progetto preliminare di un codice di procedura penale*, in AA.VV., *Verso una nuova giustizia penale*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 125, nonché D. MANZIONE, *Art. 300*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale* (coordinato da M. CHIAVARIO), Utet, Torino, 1990, III, p. 220.

⁴⁰ V. Sez. Un. 23 febbraio 2000, Romeo, in *Cass. pen.*, 2001, p. 48, con nota di L. PECORI.

La disposizione suscita però anche ulteriori incertezze, che fra l'altro, come vedremo, inducono ad indagare più a fondo la *ratio* dell'istituto.

Innanzitutto, la lettura dell'art. 300 comma 5 c.p.p. deve essere coordinata con il comma 2 *ter* dell'art. 275 c.p.p., introdotto dalla legge n. 128 del 2001. Si è già avuto modo di evidenziare che, per come formulata, questa seconda disposizione sembra voler introdurre automatismi nell'applicazione delle misure cautelari⁴¹. Se letti uno di fianco all'altro, e tanto più alla luce del ripristino del potere di appellare le sentenze di proscioglimento, il comma 5 dell'art. 300 e il comma 2 *ter* dell'art. 275 c.p.p. delineano un quadro oltremodo singolare, frutto di istanze confliggenti tra loro. Da un lato il comma 5 dell'art. 300 c.p.p. (che, nella sua perentorietà, supera l'autonomia dell'incidente cautelare, e, in particolare, la circostanza che lo stato degli atti sul quale si è fondata la pronuncia di proscioglimento possa nel frattempo mutare); dall'altro il comma 2 *ter* dell'art. 275 c.p.p., ispirato ad una logica esattamente opposta, là dove impone al giudice (che verifichi la sussistenza di una o più tra le esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p.) di applicare sempre le misure cautelari contestualmente all'emissione di una sentenza di condanna, ove questa riguardi un delitto di cui all'art. 380 comma 1 c.p.p. che risulti commesso da soggetto condannato nei cinque anni precedenti per delitti della stessa indole.

Ebbene: posto che l'art. 275 comma 1 *ter*, c.p.p., prescinde totalmente dal requisito della cosiddetta "doppia conforme", il combinato disposto tra gli artt. 300 comma 5 e 275 comma 2 *ter* c.p.p. implica che, ove si rientri nell'ambito applicativo della seconda disposizione, nel caso di condanna successiva ad un proscioglimento in primo grado si passi dalla preclusione all'esercizio del potere cautelare all'obbligo di esercitarlo (secondo taluni addirittura d'ufficio).

Infine, il confronto con l'art. 275 comma 2 *ter* c.p.p. conduce poi ad evidenziare un'ulteriore aporia nell'art. 300 comma 5 c.p.p., che, consentendo l'applicazione di misure coercitive al prosciolto che venga successivamente condannato, trascura di occuparsi delle

⁴¹ Cfr. *retro*, capitolo I, par. 4. Soprattutto, la disposizione sarà oggetto di approfondimento nel cap. VI, par. 2.

misure interdittive. Infatti, se il primo comma dell'art. 300 c.p.p. sancisce l'effetto caducatorio del proscioglimento per «le misure» (vocabolo non accompagnato da specificazioni, e che deve dunque intendersi riferito tanto alle coercitive quanto alle interdittive), l'ultimo comma dell'articolo riguarda soltanto le cautele coercitive. *Quid iuris*, quindi, per le misure interdittive? Debbono ritenersi applicabili oppure no? E se sì, sempre (con “sempre” intendendo anche prima della pronuncia di condanna)?

Fermo restando che questa asimmetria potrebbe essere il frutto di una svista legislativa, la dottrina che ha avuto modo di occuparsi del problema ha dato risposte difformi. Taluni autori, nel criticare la disposizione, vi hanno rinvenuto un ostacolo all'applicazione della misura interdittiva, sia prima che dopo l'emissione della sentenza di condanna che rovesci l'originario esito assolutorio⁴²: una volta prosciolti in primo grado (come pure: una volta destinatario di una sentenza di non luogo a procedere o di un provvedimento di archiviazione), l'imputato (o l'indagato) non potrà più essere sottoposto a misure interdittive. Questa lettura consegue al divieto di applicare analogicamente disposizioni (in questo caso il comma 5 dell'art. 300 c.p.p.) restrittive per la persona sottoposta a procedimento, nonché al riconoscimento del divieto di applicazione di qualsiasi misura prima che la sentenza di proscioglimento (o di non luogo a procedere) venga sostituita da una condanna.

Il silenzio sulle misure interdittive potrebbe però essere inteso in modo opposto (così come potrebbe suggerire la minore afflittività di tali cautele rispetto a quelle coercitive): la circostanza che il legislatore non si preoccupi di menzionarle, infatti, può anche essere intesa come indicatore dell'assenza di limitazioni in ordine alla loro applicabilità⁴³.

Ad ogni modo, e qualunque sia la soluzione prescelta in ordine alla possibilità o meno di imporre misure interdittive (sia prima che dopo la condanna emessa dopo un originario proscioglimento),

⁴² Così D. MANZIONE, *op. cit.*, p. 220 e 221, nonché G. GARUTI, *Revoca della sentenza di non luogo a procedere e misure cautelari coercitive*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 966.

⁴³ Questo potrebbe essere il ragionamento sotteso all'affermazione di F. CORDERO, *op. ult. cit.*, p. 526, secondo cui «niente osta alle misure interdittive».

la differenziazione sottesa ad entrambe le possibili (e opposte) interpretazioni della disciplina è comunque difficile da giustificare: non si comprende, infatti, per quale ragione le misure interdittive debbano essere sottoposte ad un regime diverso (secondo alcuni addirittura più rigoroso) rispetto a quelle coercitive. I relativi presupposti applicativi sono analoghi: in particolare, anche per le misure interdittive deve essere vagliata la consistenza probatoria pretesa dall'art. 273 c.p.p. Visto che l'intero art. 300 c.p.p. s'ispira al criterio della proporzionalità, collegando tanto l'estinzione delle misure (comma 1) quanto la preclusione all'esercizio del potere coercitivo (comma 5) all'intervenuta pronuncia di un provvedimento che abbia escluso il *fumus commissi delicti*, rimane difficile comprendere perché le misure interdittive debbano essere disciplinate diversamente da quelle coercitive: se il presupposto *ex art. 273 c.p.p.* è comune ad entrambe, analogo dovrebbe essere il relativo trattamento in relazione a pronunce che neghino la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza.

La discrasia induce a riflettere meglio sulla logica sottesa all'art. 300 comma 5 c.p.p., potendo forse trovare una spiegazione plausibile. In proposito, occorre – ancora una volta – rilevare la non perfetta identità di *ratio* tra il precetto contenuto nel primo comma e quello racchiuso nell'ultimo comma dell'art. 300 c.p.p. Infatti, altro è dire che in presenza di una pronuncia di proscioglimento o di non luogo a procedere (come pure di archiviazione) la precedente valutazione di sussistenza della gravità indiziaria operata dal giudice cautelare risulta travolta (il che è sancito dal primo comma dell'art. 300 c.p.p.); altro è ricavare da tale pronuncia la preclusione all'esercizio del potere coercitivo fino all'emissione di una sentenza di condanna che rovesci l'esito decisorio del precedente grado di giudizio.

A ben vedere, ponendo questo ostacolo all'esercizio del potere coercitivo, l'ultimo comma dell'art. 300 c.p.p. si spinge oltre rispetto a quanto sancito dal primo comma. Nulla vieta, infatti, che eventuali sopravvenienze probatorie possano mutare lo stato degli atti fissato con la pronuncia favorevole all'imputato: per quanto si tratti di un'ipotesi con un'incidenza statistica non troppo rilevante, essa non deve però essere pregiudizialmente scartata.

Anche a tale specifico proposito, può nuovamente essere utile richiamare il contenuto della direttiva n. 56 della legge delega del

1974, che vietava di sottoporre a custodia carceraria chi già fosse stato rimesso in libertà a seguito di assoluzione. Quella previsione (per altri aspetti meno garantistica di quella ora vigente) andava ben al di là di quanto imposto dal cosiddetto principio di assorbimento, acquisendo un significato ulteriore, di garanzia per l'imputato (in quel caso, per l'imputato che già avesse patito il carcere). Stando a quella direttiva, non sarebbe stata sufficiente una condanna in appello seguita ad un'assoluzione: solo col passaggio in giudicato della condanna il soggetto avrebbe potuto essere nuovamente sottoposto a detenzione (e, a quel punto, a titolo di pena).

Ecco: una *ratio* analoga (anche se espressa in modo meno radicale) sembra ispirare anche l'art. 300 comma 5 c.p.p., che fino all'emissione di una successiva condanna tiene fermo il contenuto della precedente pronuncia liberatoria, a prescindere dalla possibile sopravvenienza di prove che possano dimostrare (magari anche in modo clamoroso) l'alta probabilità di un rovesciamento dell'esito favorevole all'imputato.

Tornando al quesito di partenza, questa constatazione potrebbe forse spiegare la diversa soluzione normativa che differenzia le misure interdittive da quelle coercitive. Con l'art. 300 comma 5 c.p.p. il legislatore è andato oltre la formulazione di un precetto meramente "ricognitivo" dell'intervenuto assorbimento della valutazione di insussistenza del *fumus commissi delicti*, introducendo una disposizione che ha un significato preclusivo rafforzato: indipendentemente dalle eventuali sopravvenienze probatorie (acquisite o acquisibili mediante una rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello), la norma impedisce il ricorso alla coercizione; le misure interdittive, meno afflittive, pur subendo la caducazione *ex art.* 300 comma 1 c.p.p., possono invece essere applicate, anche in pendenza del secondo grado di giudizio.

Sia chiaro: fondare questa costruzione su quella che potrebbe essere una mera dimenticanza del legislatore forse prova troppo. È anche vero, però, che, come si è potuto rilevare, anche la delega del 1974 si limitava a impedire la sola applicazione della custodia in carcere, evidentemente consentendo il ricorso a misure meno gravose. Comunque la si veda rispetto alle misure interdittive, le considerazioni appena dedicate al significato dell'art. 300 comma 5

c.p.p. quale sostanziale limite garantistico all'autonomia del procedimento cautelare rimangono comunque significative, non foss'altro per smentire il ritenuto carattere pleonastico dell'art. 300 comma 5 c.p.p.⁴⁴, e possono forse rivelarsi utili anche per affrontare l'esegesi della disposizione con specifico riferimento all'effetto preclusivo della sentenza di non luogo a procedere.

4.1. *L'efficacia preclusiva della sentenza di non luogo a procedere*

Se finora abbiamo constatato la difficoltà di interpretare l'art. 300 comma 5 c.p.p. rispetto ai rapporti tra proscioglimento (dibattimentale o in seno a giudizio abbreviato) e successiva condanna, il ragionamento si complica ulteriormente ove si prenda in esame l'ipotesi della sentenza di non luogo a procedere.

L'art. 300 comma 5 c.p.p. affianca infatti tale provvedimento alla sentenza liberatoria conclusiva del giudizio, e ha dato luogo ad un contrasto giurisprudenziale, poi risolto dalle Sezioni Unite nel 2000 (già prima menzionate), conseguente alla mancata previsione della revoca della sentenza di non luogo a procedere quale pronuncia idonea a superare l'ostacolo all'esercizio del potere coercitivo stabilito dalla disposizione medesima.

L'art. 300 comma 5 c.p.p., infatti, nell'interdire l'esercizio del potere coercitivo in caso di proscioglimento o di non luogo a procedere, condiziona la preclusione alla mancata sopravvenienza di una pronuncia di condanna, omettendo di menzionare tanto la revoca della sentenza di non luogo a procedere quanto il decreto che dispone il giudizio (oggi, alla luce della legge n. 46 del 2006, è più corretto parlare di provvedimento di annullamento con rinvio disposto all'esito di ricorso per cassazione contro la sentenza di non luogo a procedere).

Anche a tale proposito ci potremmo trovare in presenza di una dimenticanza dei compilatori.

⁴⁴ Il riferimento è alla posizione espressa da F. CORDERO, *op. ult. cit.*, p. 527: «[...] siamo davanti a una delle molte formule ricognitive disseminate dai codificatori: che il prosciolto, poi condannato, sia passibile d'una misura cautelare, ricorrendone i requisiti, risulta dal sistema».

Sulla questione, le posizioni della giurisprudenza prima dell'intervento delle Sezioni Unite del 23 febbraio 2000, erano più d'una. Un primo orientamento collegava il venir meno della preclusione *ex art. 300 comma 5 c.p.p.* unicamente alla pronuncia del decreto che dispone il giudizio in riforma della sentenza di non luogo a procedere, con una lettura tendente a privilegiare l'analogia tra l'esito dell'impugnazione della sentenza di non luogo a procedere e la riforma in appello della sentenza di proscioglimento emessa al termine del dibattimento⁴⁵. Secondo questa ricostruzione, la disposizione non si sarebbe riferita alla revoca della sentenza di non luogo a procedere, provvedimento ritenuto inidoneo a far cadere il divieto di applicare misure cautelari coercitive.

Un'altra esegesi, diametralmente opposta, affermava invece l'idoneità della sola revoca della sentenza di non luogo a procedere a superare l'ostacolo *ex art. 300 comma 5 c.p.p.* Di conseguenza, a seguito di una pronuncia ai sensi dell'art. 425 c.p.p. sarebbe stato possibile ricorrere alla coercizione nel caso di revoca della sentenza di non luogo a procedere e non nel caso di emissione del decreto che dispone il giudizio a seguito di impugnazione della sentenza di non luogo a procedere⁴⁶.

Infine, e analogamente a quanto ritenuto anche a proposito dell'altra ipotesi disciplinata nella disposizione (relativa alla sequenza proscioglimento dibattimentale-condanna in appello), un orientamento intermedio, pur ritenendo la revoca idonea al ripristino della coercizione, riferiva la preclusione contenuta nell'art. 300 comma 5 c.p.p. soltanto al caso di precedente assoggettamento dell'imputato a restrizione della libertà personale⁴⁷.

In questo variegato panorama giurisprudenziale sono intervenute le Sezioni Unite, che hanno fatto propria la seconda delle tre soluzioni prospettate: nonostante l'assenza di riferimenti alla revoca della sentenza di non luogo a procedere, la peculiarità di tale tipo di pronuncia

⁴⁵ V. Cass., Sez. I, 4 giugno 1992, Cataldi, in *C.E.D. Cass.*, n. 191376.

⁴⁶ Questa è la tesi espressa da Cass. pen., Sez. VI, 4 maggio 1999, Giglio, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 495, con nota di M. DANIELE.

Il riferimento al decreto che dispone il giudizio è dovuto al fatto che si tratta di pronunzie tutte precedenti all'abrogazione dell'appellabilità della sentenza *ex art. 425 c.p.p.*

⁴⁷ V. Cass., Sez. I, 20 dicembre 1999, Saraceno, cit.

(in sostanza: la sua intrinseca instabilità) ha evidentemente suggerito di scartare effetti preclusivi della decisione che sia stata revocata.

Questa interpretazione, per quanto mossa da istanze comprensibili, e che discendono dal fatto che, revocata la sentenza di non luogo a procedere, il soggetto cessa di essere formalmente “prosciolto”, non fa però adeguatamente i conti con la lettera del codice, che si esprime in termini non equivoci: l’effetto preclusivo della sentenza di non luogo a procedere viene meno una volta subentrata una condanna; e dunque né il decreto che dispone il giudizio (o meglio, il provvedimento che accolga il ricorso per cassazione *ex art.* 428 c.p.p.), né la revoca della sentenza di non luogo a procedere risultano idonei a superare la preclusione. L’art. 13 Cost. ostacola l’esegesi promossa dalle Sezioni Unite, impedendo di superare la lettera del codice: un approdo applicativo come quello perseguito dalla Cassazione può essere raggiunto solo sottoponendo la disposizione ad un vaglio di ragionevolezza, ma non leggendo la norma in contrasto con il suo tenore testuale.

Del resto, nell’analizzare l’istituto può essere utile tenere in considerazione quanto già espresso circa la probabile *ratio* dell’art. 300 comma 5 c.p.p.: si tratta di una disposizione mossa da intenti garantistici, che preclude il ricorso alla cautela (o, quantomeno, alla cautela coercitiva) prescindendo dalle eventuali sopravvenienze probatorie (non ancora scaturite in un provvedimento di condanna). La norma, in sostanza, pone così anche un limite all’autonomia e alla variabilità congenite alla decisione cautelare.

Così, almeno, in genere (e giustamente) viene inteso l’art. 300 comma 5 c.p.p. rispetto alla sequenza paradigmatica del proscioglimento in giudizio seguito da condanna in appello.

E dunque, non si comprende fino in fondo perché differenziare le due soluzioni, oltretutto in così eclatante contrasto con la lettera del codice. Una volta pronunciata la sentenza di non luogo a procedere, il procedimento cautelare potrà nuovamente instaurarsi solo dopo una successiva condanna⁴⁸.

⁴⁸ Peraltro, se è vero che la sentenza di non luogo a procedere è provvedimento idoneo a passare in giudicato, è anche vero che essa, presupponendo l’inedoneità a sostenere l’accusa in giudizio, implica un accertamento di superfluità del dibattimento particolarmente pregnante.

Questa interpretazione dell'art. 300 comma 5 c.p.p., difforme da quella maggioritaria, toglie rilevanza al profilo, ulteriore, concernente l'individuazione del momento di reviviscenza del procedimento già conclusosi con una pronuncia *ex art.* 425 c.p.p. Infatti, solo aderendo alla tesi maggioritaria, l'identificazione di tale momento diventa importante, perché esso (come già abbiamo visto a proposito dell'archiviazione) coincide con il momento a partire dal quale l'intervento cautelare può essere validamente sollecitato⁴⁹.

Infine: se quella appena proposta è la lettura dell'art. 300 comma 5 c.p.p. preferibile alla luce dell'art. 13 Cost., diventa allora difficile capire perché tale precetto codicistico, nel prendere in esame i provvedimenti idonei a restaurare la possibilità di ricorrere alla cautela, non consideri anche l'ipotesi della notizia di reato precedentemente archiviata.

Stando alla tesi qui prospettata, la sentenza di non luogo a procedere preclude l'esercizio del potere coercitivo fino a che non sia seguita da una sentenza di condanna; lo stesso non può però dirsi per il provvedimento di archiviazione, che, una volta rimosso con l'autorizzazione a riaprire le indagini *ex art.* 414 c.p.p., cessa di essere ostativo all'adozione delle cautele.

Ciò costituisce una ragione in più per riflettere sull'art. 300 comma 5 c.p.p.: un trattamento così difforme per situazioni non troppo lontane tra loro induce a mettere in discussione l'opportunità della scelta.

⁴⁹ In questa prospettiva si tratta di un profilo saliente, anche perché, a differenza di quanto avviene in relazione all'ottenimento dell'autorizzazione a riaprire le indagini *ex art.* 414 c.p.p., la revoca della sentenza di non luogo a procedere presuppone l'instaurazione del contraddittorio con la difesa (e dunque, facendo dipendere la possibilità di presentare la domanda cautelare alla intervenuta revoca della sentenza, può comunque risultare (almeno parzialmente) frustrato l'effetto sorpresa caratteristico dell'applicazione delle misure cautelari.

CAPITOLO VI

LA DOMANDA CAUTELARE NELLA SISTEMATICA DEL LIBRO IV

1. *Principio della domanda ed interventi in malam partem sul regime cautelare già in corso di esecuzione*

Nel corso del lavoro è stata offerta una possibile ricostruzione del principio della domanda cautelare, volta ad affermare la portata generale del divieto di iniziative *ex officio* e implicante un corollario, quello della necessaria correlazione tra richiesta e provvedimento del giudice. La prospettiva è stata tuttavia parziale, essendosi concentrata solo sul momento genetico della procedura incidentale: argomenti sia testuali sia sistematici delineano un principio dall'ambito applicativo più esteso, che tendenzialmente abbraccia ogni intervento *in malam partem*. Ciò è attestato, oltre che dal ruolo sistematico dell'art. 291 c.p.p., soprattutto dall'art. 299 comma 4 c.p.p., in tema di modifica *in peius* della misura precedentemente applicata; confermano poi la portata generale del principio l'art. 301, comma 2, c.p.p., che disciplina la rinnovazione della misura disposta per esigenze probatorie, e l'art. 305 c.p.p., che impone la necessaria richiesta dell'accusa affinché il giudice possa ritenersi legittimato a disporre la proroga della custodia cautelare¹.

La presenza di norme come quelle appena richiamate contribuisce a rafforzare la distinzione di ruoli tra pubblico ministero e giudice voluta dalla legge delega e trasfusa nell'art. 291 c.p.p., tratteggiando un disegno coerente, in cui non solo l'applicazione, ma anche l'inasprimento o la proroga della custodia cautelare scaturi-

¹ In tema di proroga non sono peraltro mancati gli spunti di dibattito, che hanno però riguardato le modalità di garanzia del contraddittorio con la difesa.

scono dalla necessaria domanda dell'accusa, ed indipendentemente dal fatto che il giudice sia stato già in precedenza investito della *quaestio libertatis*.

Muovendo dal tenore letterale del comma 4, che nel prevedere la possibilità di sostituzione *in pejus* menziona esplicitamente solo l'eventuale acuirsi del *periculum libertatis*, in dottrina è stata prospettata la possibilità, per il giudice, di inasprire d'ufficio il trattamento cautelare qualora non le esigenze cautelari, ma il fatto contestato risulti più grave di quello originariamente fondante l'ordinanza applicativa².

In realtà, la formulazione dell'art. 299 comma 4 c.p.p. non è incompleta, ed è anzi coerente con la disciplina dei presupposti e del procedimento applicativo cautelari. Innanzitutto, è già di per sé dirimente quanto segnalato in precedenza: il giudice non può porre a fondamento di una misura un fatto diverso da quello descritto dall'accusa³. E comunque, l'aggravamento dell'addebito non è ragione sufficiente per acuire il trattamento cautelare, posto che rimane comunque fermo il principio di adeguatezza, stando al quale il giudice è tenuto ad applicare (e quindi anche a mantenere in atto) la misura cautelare meno afflittiva tra quelle idonee allo scopo. È questo un dato dal quale non si può deflettere: se bastasse un aggravamento della regiudicanda (cui non corrisponda un contestuale

² Questa la (isolata) tesi di C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, Giapichelli, Torino, 1995, vol. I, p. 451, secondo cui il mancato riferimento anche all'eventuale aggravamento dell'entità del fatto o della sanzione che possa essere irrogata dimostra la possibilità di un intervento giudiziale *ex officio in peius*, collegato al venir meno del principio di proporzionalità e realizzabile nelle occasioni menzionate dall'art. 299 comma 3 c.p.p.

³ E questo neppure qualora il fatto diverso da quello descritto nell'imputazione cautelare (e dunque nell'ordinanza *ex art. 292 c.p.p.*) sia il fatto oggetto del procedimento principale (come avviene nelle ipotesi in cui il titolo cautelare in corso di esecuzione non venga "aggiornato" rispetto alla trasformazione della regiudicanda eventualmente intervenuta nel procedimento principale): in questi casi, il giudice dovrà comunque attendere l'impulso del pubblico ministero. Nel caso, speculare, in cui il giudice ritenga il fatto meno grave rispetto a quello originariamente fondante la cattura, dovrà revocare la misura, e non sostituirla *in melius*; il pubblico ministero si troverà comunque nella condizione di eventualmente modificare la contestazione del fatto rispetto a quella originaria, dovendo essere avvertito *ex art. 299 comma 3 bis c.p.p.* (v. *retro*, cap. IV, par. 4).

acuirsi delle esigenze *ex art. 274 c.p.p.*⁴) per determinare una sostituzione *in malam partem* del presidio cautelare, ci troveremmo, nella sostanza, di fronte all'attribuzione di una funzione sanzionatoria alla cautela, preclusa dalla presunzione d'innocenza. Ciò dimostra che il comma 4 dell'art. 299 c.p.p., lungi dal risultare incompleto, è in realtà idoneo a coprire l'unica eventualità in cui può ritenersi possibile la sostituzione *in pejus* del regime restrittivo, ossia quella in cui si acuisca il *periculum libertatis*.

1.2. La particolare ipotesi di cui all'art. 276 c.p.p.

Se l'art. 299 comma 4 c.p.p. impone la richiesta del pubblico ministero ove s'intenda sostituire una misura cautelare con altra più restrittiva (ovvero disporre l'applicazione della misura originariamente prescelta con modalità più gravose), l'esordio della disposizione, che fa salvo quanto stabilito dall'art. 276 c.p.p., può indurre ad escludere la necessità della domanda cautelare ove la sostituzione *in peius* del presidio cautelare sia resa necessaria dalla trasgressione alle prescrizioni precedentemente imposte (eventualità specificamente disciplinata dall'art. 276 c.p.p.). Questa è la tesi della giurisprudenza, che afferma la natura ufficiosa del potere di sostituzione della misura contemplato dall'art. 276 c.p.p.⁵.

⁴ Se si eccettua il caso di cui alla lett. c dell'art. 274 c.p.p., l'ipotesi non è così scolastica come può sembrare.

⁵ Cfr., tra le altre, Cass., Sez. VI, 19 ottobre 1992, Lambertucci, in *C.E.D. Cass.*, n. 192351, secondo cui «la sostituzione di una misura cautelare con altra più restrittiva andrebbe tenuta distinta dall'ipotesi sanzionatoria prevista dall'art. 276 c.p.p. in caso di trasgressione delle prescrizioni inerenti alla misura disposta; quest'ultima situazione, infatti, non solo prescinde totalmente da ogni valutazione in concreto sull'attualità delle esigenze cautelari, ma non necessita, per essere attivata, della richiesta o del parere del pubblico ministero» (v. anche Sez. III, 6 novembre 1996, Amuzu, *ivi*, n. 206881, nonché, sia pure sotto forma di *obiter dictum*, Sez. III, 8 ottobre 1998, Corigliano, in *Cass. pen.*, 2000, p. 427. Nella giurisprudenza di merito, Tribunale di Genova, ord. 5 aprile 1990, in *Arch. n. proc. pen.*, 1990, p. 264, con nota adesiva di M.V. CORINI, *Le modificazioni dello status libertatis ex art. 276 del codice di procedura penale* (secondo cui, in generale, il principio della domanda dovrebbe ritenersi confinato al solo momento genetico dell'incidente *de libertate*). *Contra* F. RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 232, P. SPAGNOLO, *Il tribunale della libertà*, Giuffrè,

La questione, già risalente alla versione originaria del codice, si è complicata con le modifiche apportate al testo originario dell'articolo. La disciplina si è infatti arricchita di nuovi tasselli: l'art. 2 della legge 12 luglio 1999, n. 231, ha inserito il comma 1 *bis*; l'art. 16 comma 3 del decreto legge 24 novembre 2000, n. 341, ha introdotto il comma 1 *ter*. Il primo dei due citati innesti non determina particolari problemi interpretativi, mentre il secondo, nell'imporre un automatismo decisorio, potrebbe mettere in dubbio la cogenza della domanda.

Questo l'attuale assetto: il primo comma della disposizione, che ne individua il *corpus* originario, stabilisce che il giudice può disporre la sostituzione o il cumulo della misura cautelare con altra più grave «tenuto conto dell'entità, dei motivi e delle circostanze della violazione»; il comma 1-*ter* dell'art. 276 c.p.p., introdotto nel 2000, prescrive che, «in deroga a quanto previsto dal comma 1, in caso di trasgressione alle prescrizioni degli arresti domiciliari concernenti il divieto di non allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora, il giudice dispone la revoca della misura e la sua sostituzione con la custodia cautelare in carcere». A parte il *lapsus* della doppia negazione «divieto di non allontanarsi», è tangibile l'intento di sottrarre spazio alla discrezionalità del giudice procedente, con un istituto «che si colloca sul filo della legittimità costituzionale»⁶: qualora si verifici questo tipo di trasgressione, stando al secco dato normativo il giudice dovrebbe disporre automaticamente la revoca degli arresti domiciliari e la loro sostituzione con la custodia in carcere⁷.

Ecco dunque che l'art. 276 c.p.p. racchiude oggi due distinte ipotesi di sostituzione *in pejus*: la prima, comunemente definita "di-

Milano, 2008, p. 330, nonché, prima dell'introduzione del comma 1 *ter*, G. CANZIO, *I poteri di cognizione e di decisione del giudice "preliminare"*, in *tema di libertà personale: una rilettura del quadro normativo*, in *Leg. pen.*, 1999, p. 472, nota n. 17, D. POTETTI, *Il principio della domanda cautelare dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2578.

⁶ L'espressione è di L. GIULIANI, *Il contraddittorio in ordine ad un provvedimento cautelare ex art. 276 c.p.p. tra interpretazioni lacunose ed argomenti di sapere rétro*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2780.

⁷ E anche a tale proposito si segnala il difetto di tecnica legislativa, che impropriamente, e a differenza da quanto (correttamente) previsto dall'art. 299 comma 4 c.p.p., menziona la revoca e la sostituzione *in pejus*, quando in realtà dovrebbe limitarsi a contemplare la sola sostituzione *in pejus*.

screzionale”, disciplinata dal primo comma, la seconda, “automatica”, di cui al comma 1 *ter*⁸.

Il dibattito suscitato da questa disciplina si è negli ultimi anni concentrato attorno alla necessità o meno dell’interrogatorio di garanzia, tanto da aver praticamente messo in ombra il profilo, differente e pregiudiziale, circa la necessità o meno della richiesta del pubblico ministero. Ciò malgrado, pare tuttora opportuno soffermarsi su questo aspetto, partendo dal significato dell’inciso «fermo quanto previsto dall’art. 276» con cui esordisce il comma 4 dell’art. 299 c.p.p.

Premesso che manca una deroga espressa alle cadenze del procedimento applicativo previsto in via generale⁹, diventa doveroso interrogarsi sulle diverse *ratio* che ispirano gli istituti disciplinati rispettivamente agli artt. 299 comma 4 e 276 c.p.p., così da eventualmente spiegare anche l’*incipit* della prima delle due disposizioni richiamate: se la *ratio* dell’art. 276 c.p.p. e la natura dell’accertamento demandato al giudice cautelare fossero effettivamente eterogenee rispetto a quelle che caratterizzano la prima disposizione, ciò potrebbe essere sufficiente a giustificare la clausola di riserva senza mettere in discussione la vigenza del principio della domanda nelle ipotesi di trasgressione alle prescrizioni imposte.

Sul punto, mentre l’art. 299 comma 4 c.p.p. è strumentale all’aggravamento delle esigenze cautelari, l’art. 276 presuppone la verifica dell’inottemperanza alle prescrizioni che connotano la misura in corso di esecuzione, senza che sia necessario appurare anche l’aggravamento delle esigenze cautelari. Sia chiaro: in concreto è difficile, se non impossibile, distinguere le due situazioni. Malgrado ciò, sul piano logico rimane indispensabile svolgere questa classificazione: mentre l’art. 299 comma 4 serve per omologare il regime restrittivo all’aggravamento dei *pericula libertatis*, l’art. 276 c.p.p., ed in particolare, il comma 1 *ter* della disposizione, disciplina un provvedimento che, pur non avendo funzione e natura sanziona-

⁸ La dicotomia è stata da ultimo recepita anche dalle Sezioni Unite (18 dicembre 2008, Giannone, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2769, con nota di L. GIULIANI).

⁹ Così F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2006⁷, p. 526, secondo il quale, infatti, l’*incipit* dell’art. 299 comma 4 c.p.p. richiama l’art. 276 «con una formula incongrua».

toria¹⁰, riguarda un riscontrato difetto di adeguatezza del presidio cautelare originariamente prescelto.

In sostanza: sebbene le situazioni concretamente riconducibili alle due disposizioni possano coincidere tra loro, i presupposti applicativi dei due istituti sono parzialmente diversi; l'inciso «fermo quanto previsto dall'art. 276» potrebbe dunque riferirsi a tale differenza (e non necessariamente alla possibilità di prescindere dall'iniziativa del pubblico ministero).

Così è, con ogni probabilità, rispetto alla fattispecie di cui al comma 1 dell'art. 276 c.p.p., che, come abbiamo visto, presuppone un vaglio sull'entità, i motivi, le circostanze della violazione. Questo tipo di verifica, quantomeno in linea di principio distinta da quella di cui all'art. 299 comma 4 c.p.p., oltre a spiegarne l'inciso iniziale suggerisce comunque di mantener ferma l'operatività della domanda cautelare¹¹.

Più complesso il discorso rispetto al comma 1 *ter*, che, per come formulato, si caratterizza per un tendenziale assorbimento *ex lege* di valutazioni operate già a monte dal legislatore, e come tali sottratte all'apprezzamento giudiziale: ove il giudice riscontri l'inottemperanza all'obbligo di non allontanarsi dalla propria abitazione, dovrà revocare la misura degli arresti domiciliari sostituendola con la cattività in carcere.

Prescindendo dal fatto che, in concreto, la possibilità, per il giudice, di riscontrare la trasgressione alle prescrizioni dipende comunque pressoché inevitabilmente dall'iniziativa del pubblico ministero, il discutibile istituto sembra ad ogni modo configurare un automatismo, che potrebbe anche indurre a ritenere non necessaria la richiesta del pubblico ministero.

¹⁰ Questa la tesi espressa da parte della giurisprudenza, smentita sia dalla Corte costituzionale (ord. n. 40 del 2002), che dalle Sezioni Unite (Sez. Un., 18 dicembre 2008, Giannone, cit.).

¹¹ Così, rispetto al testo vigente prima dell'introduzione del comma 1 *ter* c.p.p., G. CANZIO, *op. cit.*, p. 472, nota n. 17, che motiva tale opzione interpretativa in considerazione «sia della posizione di terzietà del giudice, rispetto alla individuazione e alla prospettazione (riservate al p.m.) dei plurimi parametri di riferimento per la valutazione giudiziale della violazione commessa, sia della portata generale del principio stabilito dall'art. 299 comma 4 c.p.p., che non può intendersi affatto derogata dallo specifico istituto di cui all'art. 276».

Nel considerare questa disciplina, può essere utile tenere in considerazione la lettura offertane dalla giurisprudenza più sensibile (impegnata in un'interpretazione correttiva del dato testuale, molto difficile da conciliare con i principi costituzionali). Il giudice delle leggi, chiamato a valutare la ragionevolezza del comma 1 *ter*¹² – pur avendo dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità (sollevata, appunto, rispetto all'art. 3 Cost.), e dopo avere escluso la natura sanzionatoria dell'istituto, che integrerebbe viceversa un caso di «presunzione di inadeguatezza degli arresti domiciliari» – nell'evidente intento di “salvare” la disposizione ha (timidamente) ammesso la sussistenza del potere, in capo al giudice, di apprezzare, «in tutte le sue connotazioni strutturali e finalistiche, la trasgressione in concreto realizzata, al fine di verificare quei caratteri di effettiva lesività alla cui stregua ritenere integrata la violazione assunta dalla norma a presupposto della sostituzione»¹³.

L'esigenza di interpretare la disposizione in senso conforme ai principi suggerisce di ammettere che al giudice vada comunque garantito un margine di valutazione in ordine alla gravità della trasgressione (così come avviene nell'ipotesi di cui al primo comma); a sua volta, il riconoscimento di questo margine suggerisce di garantire la necessità dell'impulso del pubblico ministero, organo che è (posta la sua contiguità con la polizia giudiziaria) per primo in grado di apprezzare l'entità della trasgressione. Una valutazione ponderata da due diversi organi realizza una garanzia in più rispetto al pericolo di incarcerazioni fondate su meccanismi automatici cui non corrisponde né un aggravamento delle esigenze cautelari né un'effettiva inadeguatezza del presidio cautelare originariamente prescelto¹⁴.

¹² In particolare anche sotto il profilo l'irragionevole privazione del potere-dovere del giudice di adeguare sempre la misura cautelare alle esigenze che la sorreggono nel caso concreto e di garantirne la costante proporzione rispetto alla gravità del fatto.

¹³ Corte cost. n. 40 del 2002. Dal conto loro le Sezioni Unite, con il recente intervento già richiamato, sebbene dopo aver confermato la dicotomia tra aggravamento discrezionale e aggravamento obbligatorio, hanno di fatto escluso che la soluzione circa la necessità o meno di dar luogo all'interrogatorio di garanzia possa essere distinta in funzione dell'applicabilità del comma 1 piuttosto che del comma 1 *ter* dell'art. 276 c.p.p., con un approccio che in qualche modo tende ad avvicinare l'ipotesi “automatica” a quella discrezionale.

¹⁴ In proposito, non è forse un caso se, per giustificare l'automatismo imposto dal legislatore, la giurisprudenza ha in proposito ipotizzato che l'art. 276 c.p.p.

1.3. *Domanda cautelare e sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare*

L'art. 299 c.p.p. non è l'unica disciplina che attesti la portata trasversale del principio della domanda, operante anche durante la vita della misura. Altre significative conferme – sia pure con particolarità (riconducibili alla *ratio* e al *modus operandi* dei singoli istituti) – si rinvencono nella disciplina dedicata alla sospensione dei termini di durata massima e alla proroga della custodia cautelare, come pure nell'art. 307 c.p.p., per l'eventualità della scarcerazione per decorrenza dei termini.

La sospensione dei termini di durata massima della custodia è disciplinata all'art. 304 c.p.p., che contempla due diversi modi di procedere, in funzione delle peculiarità che contraddistinguono le diverse ipotesi di sospensione (ipotesi che si sono moltiplicate negli anni, fino all'attuale formulazione dell'articolo).

Il blocco normativo costituito dal combinato disposto dei commi 1 e 4, concernente le ipotesi di sospensione cosiddetta automatica, descrive un «atto vincolato in presenza delle condizioni richieste dalla legge»¹⁵, che prescinde dalla richiesta del pubblico ministero. Il secondo blocco, viceversa, è composto dai commi 2 e 3, identifica l'ipotesi della sospensione cosiddetta «discrezionale» e postula la necessaria richiesta del pubblico ministero¹⁶.

La differenza tra le due diverse procedure (riferibili a fattispecie oggetto di numerose modifiche e aggiunte operate sull'art. 304 c.p.p.), più che costituire una disarmonia, si spiega in funzione della eterogeneità tra i vari casi di sospensione. Eccetto quella prevista in relazione alla pendenza dei termini per redigere la motivazione della

contempli un aggravamento del regime cautelare disposto in funzione sanzionatoria (rispetto alla mancata ottemperanza alle prescrizioni imposte). V. ad esempio, tra le numerose, Cass., Sez. III, 15 febbraio 2005, Zorzi, in *C.E.D. Cass.*, n. 231344, che parla espressamente di procedura di carattere sanzionatorio, come tale non implicante l'espletamento dell'interrogatorio di garanzia. Come già rilevato, questa lettura della *ratio* dell'art. 276 c.p.p. è stata smentita sia da Corte cost. n. 40 del 2002, che da Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2008, Giannone, cit.

¹⁵ Così si esprime Corte cost. n. 238 del 1997.

¹⁶ La distinzione tra sospensione obbligatoria e discrezionale è assunta, tra gli altri, da F. CORDERO, *op. cit.*, p. 537.

sentenza, le ipotesi di cui al primo comma si riferiscono a situazioni in cui il dibattimento o il giudizio abbreviato sono rinviati o sospesi per ragioni in qualche modo riconducibili alla difesa¹⁷. In questi casi, la sospensione dei termini massimi della cautela consegue alla sospensione o al rinvio del dibattimento, senza che sia imposto l'atto di impulso del pubblico ministero.

Non così nell'ipotesi di cui al secondo comma, riconducibile alla logica del "doppio binario", che contempla la possibilità (e non l'obbligo) di disporre la sospensione dei termini *ex art.* 303 c.p.p. nei casi di particolare complessità del dibattimento (o del giudizio abbreviato) ove si proceda per uno dei reati di cui all'art. 407, comma 2, lett. *a*. Tale ipotesi, implicando una decisione discrezionale, ha suggerito al legislatore di replicare la sequenza caratteristica degli artt. 291 e 299 comma 4 c.p.p.¹⁸.

1.4. *Domanda cautelare e scarcerazione per decorrenza dei termini*

La necessità della richiesta del pubblico ministero deve poi essere affermata anche in relazione all'art. 307 c.p.p., norma che disci-

¹⁷ L'istituto è evidentemente teso a neutralizzare eventuali comportamenti dilatori: v., per tutti, G. ILLUMINATI, *Art. 304*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, Utet, Torino, 1990, vol. III, p. 235.

¹⁸ A tale proposito deve essere tenuta in considerazione una sentenza della Corte costituzionale (la n. 238 del 1997; si è avuto modo di menzionarla *retro*, cap. I, par. 5, nota 43), che si è pronunciata proprio su questa seconda ipotesi. Nel caso di specie, un procedimento a carico di più imputati, il pubblico ministero aveva chiesto al giudice di disporre la sospensione *ex art.* 304 comma 2 c.p.p. soltanto nei confronti di alcuni imputati, sull'evidente premessa che non sia sufficiente, per far operare l'istituto, riscontrare la particolare complessità del giudizio nei processi per delitti *ex art.* 407 c.p.p., dovendo evidentemente essere verificata anche la particolare pericolosità dei soggetti nei cui confronti disporre la proroga medesima. A fronte della questione di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 3 e 101 Cost. sollevata dal giudice *a quo*, che riteneva vincolante la richiesta "soggettivamente selettiva" (in quanto appunto specificamente riferita soltanto ad alcuni tra i coimputati), il giudice delle leggi, non senza aver prima criticato la scelta legislativa di estendere a questa ipotesi il necessario impulso del pubblico ministero (scelta sindacabile, posto che il giudice, autorità procedente, disporrebbe di tutti gli elementi necessari alla relativa decisione), ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale, di fatto smentendo che la richiesta parziale del pubblico ministero possa vincolare il giudice, legittimato a disporre la sospensione nei confronti di tutti i coimputati.

plina le possibili conseguenze della scarcerazione dell'indiziato per decorrenza dei termini di durata massima della custodia cautelare¹⁹. Anche tale norma – il cui contenuto è stato arricchito, e reso notevolmente più complesso, dal decreto legge 24 novembre 2000, n. 341 – pur disciplinando vicende modificative del regime cautelare originariamente disposto, non richiama espressamente il principio della domanda; ma esso può ritenersi operante in virtù della valenza generale dell'art. 291 c.p.p. Né deve ritenersi l'opposto per il fatto che sia il solo comma 4 dell'art. 307 c.p.p. a menzionare la necessaria richiesta del pubblico ministero. Infatti, ciò è probabilmente dovuto alle peculiarità della procedura disciplinata dal comma stesso: procedura in origine studiata per il caso dell'indiziato dandosi alla fuga, e solo in un secondo momento resa applicabile nei confronti dell'imputato che «stia per» darsi alla fuga²⁰.

La disposizione, che oggi menziona anche tale seconda eventualità, è costruita in modo tale da risultare riferibile *in primis* proprio all'indiziato già fuggito, e che dunque con ogni probabilità sia stato fermato in un luogo diverso da quello del giudice procedente nei suoi confronti. Per questa ipotesi il legislatore ha evidentemente avvertito l'esigenza di disciplinare esplicitamente tutto il procedimento, visto che l'organo richiedente l'applicazione della custodia cautelare potrebbe essere distinto da quello titolare della funzione inquirente nel procedimento a carico dell'indiziato, così come il giudice per le indagini preliminari destinatario della richiesta *ex art.* 307 comma 4 potrebbe essere diverso dal giudice cautelare competente *ex art.* 279 c.p.p. E dunque: il fatto che solo il comma 4 parli di «richiesta di applicazione della custodia cautelare» non co-

¹⁹ In questo senso, G. ILLUMINATI, *Art. 307*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, Utet, Torino, 1990, vol. III, p. 247, F. RUGGIERI, *op. cit.*, p. 232; in giurisprudenza v. Cass., Sez. VI, 14 febbraio 1992, Scuderi, in *Arch. n. proc. pen.*, 1992, p. 602. V. anche Sez. I, 23 novembre 1992, Carmellino, *ivi* 1993, p. 468, che, dopo aver richiamato la necessità di una richiesta dell'accusa, ha peraltro affermato che «nell'ipotesi in cui il p.m. si opponga alla scarcerazione, sostenendo che non è ancora scaduto il termine della custodia cautelare, deve ritenersi implicita in tale opposizione la richiesta di misure "alternative" nel caso di accoglimento della domanda di scarcerazione».

²⁰ La modifica si deve all'art. 2, comma 7, del d. l. 24 novembre 2000, n. 341, conv. in l. 19 gennaio 2001, n. 4.

stituisce argomento idoneo a far ritenere che nelle rimanenti ipotesi contemplate dall'art. 307 c.p.p. i provvedimenti che il giudice può emettere a seguito della scarcerazione per decorrenza dei termini non debbano essere preceduti dalla relativa richiesta. Tanto più che una lettura di segno opposto sarebbe quantomeno illogica, visto che tra le due disposizioni – quella di cui al primo e quella di cui al quarto comma – sarebbe al limite più la seconda, riferibile al ripristino della custodia nella specifica ipotesi di fermo disposto a seguito della trasgressione delle prescrizioni, a giustificare una nuova adozione automatica della misura²¹.

Anche in questo caso deve quindi ritenersi operante il principio della domanda cautelare, così come del resto pacificamente ritenuto anche dalla giurisprudenza, compatta nel richiamare l'art. 291 c.p.p. anche in relazione ai provvedimenti sanzionati dall'art. 307 c.p.p.²².

²¹ M.M. MONACO, *Il pubblico ministero attore necessario del procedimento cautelare*, in *Giur. it.*, 1996, II, p. 9.

²² Cfr., tra le numerose, Cass., Sez. I, 17 gennaio 2001, n. 12452, Nacchio, in *Arch. n. proc. pen.*, 2001, p. 293, Sez. VI, 6 novembre 2003, Abdiaj, in *C.E.D. Cass.*, n. 227207. V. anche, tra le altre, Sez. IV, 23 gennaio 1997, n. 172, Lania, *ivi*, n. 207267, secondo cui la richiesta del pubblico ministero non può ritenersi implicita nel parere del p.m. contrario all'accoglimento dell'istanza di scarcerazione e privo di richieste in ordine ad eventuali misure alternative» (in termini analoghi Sez. VI, 6 maggio 2003, Marcone, *ivi*, n. 226105; *contra* Sez. I, 23 novembre 1992, Carmellino, *cit.*, p. 468, che, dopo aver richiamato la necessità di una richiesta dell'accusa, ha affermato che «nell'ipotesi in cui il p.m. si opponga alla scarcerazione, sostenendo che non è ancora scaduto il termine della custodia cautelare, deve ritenersi implicita in tale opposizione la richiesta di misure "alternative" nel caso di accoglimento della domanda di scarcerazione»). Interessante è poi Sez. VI, 3 novembre 2000, Latella, in *Cass. pen.*, 2002, p. 723, secondo cui «è legittimo il provvedimento di ripristino della custodia cautelare in carcere emesso dal giudice per le indagini preliminari su richiesta del pubblico ministero formulata prima che concretamente venga disposta la scarcerazione dell'imputato per decorrenza del termine massimo di custodia cautelare, atteso che l'art. 291 c.p.p. non vincola a formulare la richiesta di custodia cautelare in specifici momenti [...] l'anticipazione della richiesta in previsione di un evento giuridico possibile, benché non ancora certo, non pregiudica i diritti di difesa dell'imputato». In dottrina, cfr. GIUS. AMATO, *Art. 307*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di E. Amodio-O. Dominioni, Giuffrè, Milano, 1990, vol. III, p. 188, il quale rileva come «un eventuale intervento *ex officio* apparirebbe inconciliabile con l'impianto accusatorio del nuovo codice e con la conseguente posizione di "terzietà" del giudice», G. ILLUMINATI, *Art. 307*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, *cit.*, vol. III, p. 247.

2. *Misure cautelari e condanna non definitiva: i commi 1 bis e 2 ter dell'art. 275 c.p.p.*

Come anticipato nella parte iniziale dello studio²³, la duplice modifica apportata dal legislatore del 2001 nel corpo dell'art. 275 c.p.p. ha generato un importante dubbio circa la tenuta sistematica della domanda come principio generale in materia cautelare.

Utile in questa sede soffermarsi più diffusamente sulle due disposizioni – segnatamente, i commi 1 *bis* e 2 *ter* dell'art. 275 c.p.p. – che si collocano, al pari del comma 3 seconda parte del medesimo articolo²⁴, nell'ottica di una progressiva predeterminazione legislativa di vincoli ai poteri decisorii del giudice cautelare²⁵.

A differenza del comma 2 *ter*, effettivamente introdotto dal cosiddetto Pacchetto sicurezza, il primo dei due innesti, la cui attuale formulazione si deve all'art. 14 comma 1 della legge 26 marzo 2001 n. 128, risale ad un primo intervento novellatore, attuato dall'art. 16 comma 2 del decreto legge 24 novembre 2000, n. 341 (convertito in legge 19 gennaio 2001, n. 4), che aveva imposto al giudice uno specifico (ulteriore) onere di valutazione in merito all'adeguatezza delle misure diverse dalla custodia cautelare in carcere: nel disporre tali misure occorreva, ai sensi dell'originario tenore dell'art. 275 comma 1 *bis* c.p.p., tener conto dell'efficacia dei controlli sul rispetto delle prescrizioni imposte all'imputato in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto.

La disposizione, che a ben vedere poco aggiungeva a quanto già desumibile dalla formulazione generale del principio di adeguatezza, veniva giustamente criticata da parte della dottrina, poiché suscettibile di far dipendere la determinazione del regime cautelare da fattori indipendenti dalla prognosi di pericolosità dell'indiziato,

²³ V. *retro*, cap. I, par. 4.

²⁴ Disposizione che costituirà oggetto di analisi del prossimo paragrafo.

²⁵ Cfr. G. SPANGHER, *Misure cautelari contestuali alle sentenze di condanna in primo ed in secondo grado*, in AA.VV., *Nuove norme sulla sicurezza dei cittadini*, Cedam, Padova, 2001, p. 287. Una tendenza, questa, limpidamente attestata dalla storia dell'intero art. 275 c.p.p., disposizione tra le più travagliate del codice, oggetto di una cospicua serie di modifiche, anche recenti.

ancorandola a profili organizzativi difficilmente conciliabili con il principio di legalità²⁶.

Come premesso, a distanza di pochi mesi dall'introduzione del comma 1 *bis* ad opera del cosiddetto «Decreto antiscarcerazioni», la norma è stata interamente riformulata dal «Pacchetto sicurezza» (espressione che ha nel frattempo perso ogni capacità connotativa), che ha innestato nel corpo dell'art. 275 c.p.p. due disposizioni inedite, parzialmente recettive di diffusi orientamenti giurisprudenziali e costituenti due limpidi esemplari di «norma bandiera» tramite cui il legislatore invita il giudice a tener conto dell'esito del provvedimento – rispettivamente – di condanna (comma 1 *bis*) e di condanna emessa in secondo grado (comma 2 *ter* c.p.p.).

Segnatamente, il comma 1 *bis* c.p.p. fissa alcuni parametri di cui il giudice deve tener conto nel vaglio finalizzato all'emissione di una misura cautelare in caso di sentenza di condanna: l'esito del procedimento, le modalità del fatto e gli elementi sopravvenuti dai quali possa emergere che, a seguito della sentenza, risulta taluno dei *pericula libertatis* di cui alle lettere *b* e *c* dell'art. 274 c.p.p.²⁷.

Il comma 2 *ter*, dal canto suo, sembra porre un vero e proprio automatismo, laddove statuisce che, «nei casi di condanna in appello, le misure cautelari sono sempre disposte, contestualmente alla sentenza, quando, all'esito dell'esame condotto a norma del comma 1 *bis*, risultano sussistere esigenze cautelari previste dall'art. 274 c.p.p., la condanna riguarda uno dei delitti previsti dall'art. 380

²⁶ Cfr. F. ALONZI, *L'adozione di misure cautelari all'esito di un provvedimento di condanna: una discutibile novella*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla tutela della sicurezza dei cittadini (c.d. "Pacchetto sicurezza")*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 238.

²⁷ In proposito sembra opportuno evidenziare l'irrazionalità della differenza tra il comma 1 *bis* – che menziona solo le esigenze cautelari di cui alle lett. *b* e *c* di cui all'art. 274 c.p.p. – ed il comma 2 *ter*, che viceversa contempla un generico riferimento alle esigenze cautelari *tout court*: l'esclusione del pericolo di inquinamento probatorio sarebbe stata ben più giustificabile in rapporto all'applicazione della misura cautelare contestualmente alla condanna emessa in appello che non rispetto a quella contestuale alla sentenza di primo grado (v., in proposito, V. BONINI, *Le riforme alla riforma cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 960, nonché F. ALONZI, *op. cit.*, p. 244). Sul punto, e così rafforzando l'impressione di scarsa cura nella redazione della norma, v. anche la disarmonia con il testo dell'art. 300 comma 5 c.p.p. (su cui *infra*, nota 36, nonché, soprattutto, *retro*, cap. VI, par. 4).

comma 1 c.p.p., e questo risulta commesso da soggetto condannato nei cinque anni precedenti per delitti della stessa indole».

A fronte del limpido intento legislativo di creare un regime di più ampia applicabilità delle misure cautelari in caso di condanna²⁸, la portata innovativa delle due disposizioni, da un punto di vista concreto, a ben vedere non sembra così rivoluzionaria.

Il comma 1 *bis*, infatti, altro non fa che ribadire direttive già desumibili da altre disposizioni contenute nel libro IV²⁹: il riferimento alle «modalità del fatto», per esempio, è contenuto nell'art. 274 lett. c c.p.p., mentre la necessità di considerare gli «elementi sopravvenuti» (verosimilmente tra il momento del fatto-reato e quello in cui viene emessa la sentenza di condanna) si desume *in primis* dall'art. 299 c.p.p., disposizione dedicata alla revoca o sostituzione della misura. L'invito a valutare l'«esito del procedimento», pur costituendo una novità nell'ambito del codice, trova ampia eco in quel diffuso orientamento giurisprudenziale tendente a considerare l'emissione di un provvedimento di condanna quale indice probatorio saliente³⁰ – e, secondo alcune sporadiche pronunce, addirittura decisivo³¹ – ai

²⁸ C. RIVIEZZO, *Pacchetto sicurezza*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 114, F. ALONZI, *op. cit.*, p. 236. Nella stessa prospettiva si colloca anche l'ulteriore modifica apportata all'art. 275 c.p.p. dal «Pacchetto sicurezza» (segnatamente, dall'art. 14 l. 128 del 2001), che ha introdotto nel comma 2 l'inciso «che sia stata o»: innesto che costituisce un ulteriore invito al giudice a tener conto dell'eventuale esito di sentenze non ancora passate in giudicato.

²⁹ «L'intervento, questa volta, più che normativo è pedagogico» (F. ALONZI, *op. cit.*, p. 239). Secondo G. SPANGHER, *Art. 291*, in A. GIARDA-G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, 2007², vol. I, p. 2223, l'intento della disposizione è quello di rendere uniforme il materiale oggetto della valutazione di merito rispetto a quello oggetto della valutazione cautelare.

³⁰ Cfr. Cass., Sez. V, 19 febbraio 1997, Bausone, in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, p. 812, Sez. I, 9 gennaio 2001, Terminio, in *C.E.D. Cass.*, n. 218421; Sez. V, 3 febbraio 1999, Marinelli, *ivi*, n. 213469, secondo cui «l'esigenza cautelare di prevenzione del pericolo di fuga non può essere desunta automaticamente dalla particolare gravità della pena inflitta in primo grado, anche se tale elemento è rilevante per la valutazione del possibile concreto realizzarsi di propositi di fuga da parte del condannato».

³¹ «In tema di ripristino della custodia cautelare nei confronti dell'imputato, già scarcerato per decorrenza dei termini, in seguito alla pronuncia della sentenza di condanna di primo o secondo grado (art. 307 comma 2 lett. b), una condanna a dieci anni di reclusione per associazione per delinquere di stampo mafioso ed altro costituisce, di per sé sola, un elemento oggettivo idoneo a fondare l'esigenza cautelare di cui all'art. 274 comma 1 lett. b [...]» (Cass., Sez. II, 27 marzo 1998, Ciresi,

fini della valutazione del pericolo di fuga, che andrebbe considerato tanto più probabile quanto più si avvicina il momento in cui la sentenza medesima è idonea a divenire esecutiva.

Se il comma 1 *bis*, pur fortemente criticabile, non destabilizza la tenuta sistematica del principio della domanda³² – la norma non genera infatti incertezze circa l'applicabilità dell'art. 291 c.p.p. – il comma 2 *ter*, per il modo in cui è stato formulato, potrebbe anche essere inteso (ed è stato effettivamente inteso) come derogatorio rispetto alla disciplina generale. In particolare, è la formulazione testuale della norma ad alimentare il dubbio: secondo parte della dottrina assumerebbe rilevanza decisiva nel senso del riconoscimento di un potere officioso in capo al giudice dell'appello la circostanza che, una volta accertata la ricorrenza dei presupposti di cui alla disposizione – e dunque: una volta che, all'esito dell'esame condotto a norma del comma 1 *bis*, risultino sussistenti le esigenze cautelari previste dall'art. 274 c.p.p., la condanna riguardi uno dei delitti previsti dall'art. 380 comma 1 c.p.p. e questo risulti commesso da soggetto condannato nei cinque anni precedenti per delitti della stessa indole – il giudice debba «sempre» procedere all'emissione di una misura cautelare³³.

Non è quindi un caso se più di un autore ha ritenuto la disposizione derogatoria rispetto alle scadenze generali del procedimento applicativo, ravvisando nel superamento del principio della domanda cautelare il vero tratto saliente della nuova disciplina, anche perché l'insieme dei presupposti richiesti dal comma 2 *ter* è tale da

in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, p. 564; nello stesso senso Sez. I, 14 luglio 1994, Corona, *ivi*, 1995, p. 499, Sez. I, 18 gennaio 1996, Esposito, *ivi*, 1996, p. 640). Questo genere di affermazione (che nella sostanza sovrappone la custodia cautelare alla pena, così frustrando la presunzione d'innocenza: v., da ultimo, P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 148) è stato smentito da Sez. Un., 11 luglio 2001, Litteri, in *Cass. pen.*, 2002, p. 36, con nota di M. LUCIA DI BITONTO.

³² Dubbi in proposito sono peraltro stati sollevati da C. FIORIO, *Commento all'art. 14 l. 26 marzo 2001*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di A. Gaito, Utet, Torino, p. 3551.

³³ Significativo il riferimento anche alla “contestualità” rispetto all'emissione della sentenza. La disposizione, per come formulata, sembrerebbe avere un ambito applicativo limitato: l'obbligo di disporre la misura cautelare ai sensi del precepto dovrebbe intendersi circoscritto al momento di pronuncia della condanna, il che indirettamente costituisce un argomento a sostegno della tesi dell'applicabilità *ex officio*.

comportarne l'applicabilità a casi non particolarmente numerosi. La confusa formulazione del disposto, che ben si guarda dal prevedere qualsiasi presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari, di fatto contempla l'assorbimento delle determinazioni concernenti il presupposto della gravità indiziaria, la cui valutazione rimane preclusa in forza dell'emissione di un provvedimento di condanna. Tale constatazione, unita all'ambigua tecnica di formulazione della norma, ha quindi indotto alcuni autori a ravvisare una deroga alla disciplina di cui agli artt. 291 ss. c.p.p.

Tale interpretazione³⁴ trascura la collocazione sistematica dell'art. 291 c.p.p., che dovrebbe trovare attuazione generale, salvo un'esplicita disposizione in senso contrario. Nell'art. 275 comma

³⁴ Cfr. M. BARGIS, *Disposizioni per l'efficacia e l'efficienza dell'amministrazione della giustizia e in materia di tutela della sicurezza dei cittadini*, in AA.Vv., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi, *Appendice di aggiornamento (al 1° giugno 2001)*, Cedam, Padova, 2001, p. 33, secondo cui «la locuzione "sono sempre disposte" intenderebbe appunto esplicitare che il giudice di appello deve "sempre" occuparsi della *quaestio de libertate*, indipendentemente dalla richiesta del pubblico ministero, di fronte alla situazione specifica considerata nel comma stesso: non si può fare a meno di notare, tuttavia, che il legislatore avrebbe potuto eliminare qualsiasi ambiguità di lettura prevedendo un potere *ex officio* del giudice, sulla falsariga di quanto stabilito nell'art. 299 comma 3 periodo secondo c.p.p., in materia di revoca e sostituzione delle misure cautelari». Nello stesso senso V. GREVI, *Misure cautelari*, in AA.Vv., *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, 2008, pp. 397-398, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 302, C. RIVIEZZO (*Pacchetto sicurezza*, cit., p. 118), secondo il quale, nei casi indicati dall'art. 275 comma 2 *ter*, «quello sullo *status libertatis* dell'indagato diventa un tema obbligato della decisione, su cui il giudice è chiamato comunque a pronunciarsi, pena una censura di omessa pronuncia» (dello stesso autore: *Un pacchetto ricco di intuizioni tradito dagli errori e dalla fretta*, *Dir. e giust.*, 2001, f. 12, p. 8 ss.), L. VILLA, *Il giudice della cautela. Dalla valutazione delle esigenze cautelari alla scelta della misura da applicare in concreto*, relazione tenuta il 9 luglio 2001 all'incontro di studi sul tema *La funzione giudiziale preliminare*, organizzato dal Consiglio superiore della magistratura (reperibile su www.appinter.csm.it), p. 11. Alla luce della formulazione dell'art. 275 comma 2 *ter* c.p.p. sembra ritenere inevitabile questa lettura anche F. ALONZI, *op. cit.*, p. 247, che però critica fortemente l'istituto in quanto difficilmente conciliabile «con i principi accusatori che reggono l'intero sistema penale». In giurisprudenza si è esplicitamente espressa per l'applicabilità *ex officio* della misura cautelare disposta ai sensi dell'art. 275 comma 2 *ter* c.p.p., Sez. III, 14 ottobre 2008, p.m. in proc. Collantoni, in *C.E.D. Cass.*, n. 241532. *Contra*, nel senso prospettato da chi scrive, G. SPANGHER, *Misure cautelari contestuali alle sentenze di condanna in primo ed in secondo grado*, in AA.Vv., *Nuove norme sulla sicurezza dei cittadini*, Cedam, Padova, 2001, p. 298 ss., V. BONINI, *Le riforme alla riforma cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 960.

2 *ter* non è dato rinvenire alcuna deroga espressa, posto che quel «sempre» parrebbe riferirsi esclusivamente ad un automatismo nella valutazione dei soli presupposti cautelari, senza necessariamente sottintendere lo scavalcamento del principio della domanda; così come l'art. 275 comma 3 seconda parte contempla una presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari³⁵, l'art. 275 comma 2 *ter* implica viceversa una presunzione assoluta di sussistenza del *fumus commissi delicti*.

E del resto, la portata innovativa della disposizione non sarebbe comunque di così poco momento; innanzitutto, la norma non richiede il perfezionarsi del requisito della cosiddetta «doppia conforme»³⁶; in secondo luogo, sia pure attraverso una soluzione normativa censurabile (poiché si riferisce alla «condanna»³⁷, e non alla data di commissione del fatto), la disposizione evidentemente dimostra di voler fissare in cinque anni un lasso di tempo significativo per apprezzare il pericolo di cui all'art. 274 lett. *c*³⁸. Si tratta di due ragioni di per sé sufficienti ad attribuire alla disposizione autonomo contenuto precettivo, senza che sia necessario giungere ad ipotizzare una deroga alla disciplina generale di cui all'art. 291 ss c.p.p. per attribuire alla disposizione senso compiuto.

Più in generale, entrambe le norme (e dunque tanto il comma 1 *bis* quanto il comma 1 *ter*) non sembrano eccessivamente significative sul piano applicativo: esse esprimono una portata più politica che tecnico-precettiva, e riflettono la malcelata intenzione di inserire

³⁵ Cfr. *infra*, paragrafo successivo.

³⁶ E a tale proposito si ricorda la singolare situazione che emerge confrontando il comma 2 *ter* dell'art. 275 c.p.p. con il comma 5 dell'art. 300 c.p.p., secondo cui, ove l'imputato proscioltto o nei confronti del quale sia stata emessa sentenza di non luogo a procedere sia successivamente condannato per lo stesso fatto, possono essere disposte nei suoi confronti misure coercitive quando ricorrono le esigenze cautelari previste dall'art. 274 comma 1 lett. *b* e *c*. Ove si proceda per i reati considerati dall'art. 275 comma 2 *ter* c.p.p., sono evidenti le interferenze tra le due diverse disposizioni, la cui specialità reciproca rende difficile determinare in modo chiaro quale disposizione debba prevalere. Ritenendo speciale l'art. 275 comma *e ter* ci troveremo di fronte al passaggio da una preclusione (insita nell'impossibilità di applicare una misura cautelare ai sensi dell'art. 300 comma 5 c.p.p.) ad un automatismo (quello di cui all'art. 275 comma 2 *ter* c.p.p., appunto). V. *retro*, cap. VI, par. 4.1.

³⁷ Condanna che oltretutto non viene neppure definita irrevocabile, così lasciando spazio al dubbio circa la necessità o meno del relativo passaggio in giudicato.

³⁸ L'aspetto è segnalato da L. VILLA, *op. cit.*, p. 11.

forme di esecuzione provvisoria della pena ottenuta mediante il ricorso alla custodia cautelare³⁹.

Opportuno, in proposito, richiamare le variazioni intervenute nel corso del dibattito parlamentare, decisive per comprendere le vere ragioni che hanno condotto al duplice innesto nel corpo dell'art. 275 c.p.p.

Nella sua originaria stesura, l'art. 13 del testo in discussione alla Camera contemplava una modifica all'art. 605 c.p.p., relativo alla sentenza emessa in appello, tramite l'inserimento di un comma 1 *bis*, con il quale, fatta salva l'eventuale insussistenza di esigenze cautelari, si accoglieva il meccanismo della "doppia sentenza conforme" a fondamento dell'adozione di misure cautelari⁴⁰. L'originario

³⁹ Che le due disposizioni non siano state adeguatamente ponderate emerge anche dai rapporti sistematici con altre disposizioni. Ci si riferisce, segnatamente, al contenuto dell'art. 624 *bis* c.p.p., secondo cui la Corte di cassazione, nel caso d'annullamento della sentenza d'appello, dispone la cessazione delle misure cautelari. La disposizione, anch'essa introdotta dalla legge n. 26 marzo 2001, n. 128, era strettamente legata al progetto di modifica, poi abbandonato, dell'art. 605 comma 1 *bis* c.p.p. (su cui vedi subito *infra*, nel testo), che avrebbe contemplato la provvisoria esecutività della condanna pronunciata in secondo grado nell'ipotesi di cosiddetta "doppia conforme". L'art. 624 *bis* c.p.p. risulta di difficile interpretazione, anche perché, se inteso alla lettera, oltre ad avere effetti dirompenti, finirebbe per privare di significato l'art. 303 comma 2 c.p.p. (M. BARGIS, *Impugnazioni*, in G. CONSO-V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, Cedam, Padova, 2008, pp. 926-927). Sulla scorta dei lavori parlamentari, la dottrina maggioritaria (e la giurisprudenza) ritengono che la norma vada intesa come se si riferisse alle sole misure cautelari personali disposte ai sensi dell'art. 275 comma 2 *ter* c.p.p. (così, tra gli altri, G. SPANGHER, in *Le nuove norme sulla tutela della sicurezza dei cittadini*, cit., p. 131; la giurisprudenza di legittimità è conforme sul punto: cfr., fra le numerose, Cass., Sez. III, 1° febbraio 2002, Izzo, in *C.E.D. Cass.*, n. 221113, Sez. I, 27 ottobre 2005, Porcelli, *ivi*, n. 232964); diversamente M. GIALUZ, *La cessazione delle cautele a seguito di annullamento da parte della Cassazione: valore precettivo del nuovo art. 624 bis c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 538, e G. IADECOLA, *Le misure restrittive del "pacchetto sicurezza"*. *Il giudizio in cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 951, secondo cui la disposizione dovrebbe essere intesa come derogatoria all'art. 625 c.p.p., e dunque quale norma attributiva della competenza a disporre la eventuale declaratoria di inefficacia delle misure.

⁴⁰ L'art. 13 del testo in discussione alla Camera prevedeva, infatti, che «dopo il comma 1 dell'art. 605 del codice di procedura penale è inserito il seguente: "1 *bis*. Salvo che risultino insussistenti esigenze cautelari, il giudice, su richiesta del pubblico ministero, avanzata in dibattimento e sentita la difesa, contestualmente alla sentenza di condanna, applica le misure previste nei capi II e III del Titolo I del libro IV, quando per lo stesso reato, anche se diversamente circostanziato, la responsabilità dell'imputato è dichiarata in primo e secondo grado e la pena che deve

progetto prevedeva una norma dotata di ambito applicativo generalizzato, in quanto tale non confinato, così come la disposizione poi effettivamente introdotta, a procedimenti relativi a reati di particolare allarme sociale.

Le perplessità di ordine costituzionale, nascenti dall'estrema difficoltà di conciliare una disposizione come quella originariamente ipotizzata con l'art. 27 comma 2 Cost.⁴¹, hanno poi indotto il legislatore ad optare per l'introduzione dell'art. 275 comma 2 *ter*: norma che, per quanto formulata in termini apparentemente perentori, implica in realtà un solo automatismo, concernente l'impossibilità di rivalutare la sussistenza del *fumus commissi delicti*. Tale automatismo, come si è visto, prescinde totalmente dal contenuto della sentenza di primo grado, viceversa determinante ai fini dell'operatività della norma originariamente concepita in seno al dibattito parlamentare.

L'origine dell'art. 275 comma 2 *ter* c.p.p., nonché, soprattutto, i fondati timori di incompatibilità costituzionale che hanno indotto il legislatore a modificare l'originario progetto di riforma, assumono peso anche al fine di interpretare la disposizione: sostenere la possibilità di un intervento *ex officio* finirebbe per avvicinare l'applicazione della cautela personale all'irrogazione della pena, quando a ben vedere il legislatore, conscio dell'impossibilità di introdurre forme di applicazione della sanzione anticipata rispetto alla definitività della condanna, ha

essere espiata, ove la condanna diventi definitiva, non è inferiore a quattro anni di reclusione. Si applicano i termini di cui all'art. 303 comma 4"». Una disposizione analoga a quella che secondo le originarie intenzioni sarebbe dovuta andare a comporre il comma 1 *bis* dell'art. 605 c.p.p. era già stata formulata in altro disegno di legge di iniziativa ministeriale, deliberato il 12 giugno 1998 (in *Guida dir.*, 1998, f. 25, p. 157).

⁴¹ Sul tema si rinvia alle considerazioni espresse da R. ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in AA.Vv., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 213 ss., P.P. PAULESU, *op. cit.*, alle pp. 78 ss. nonché, più specificamente, p. 145 ss., P. FERRUA, *Presunzione di non colpevolezza e definitività della condanna penale*, in *Studi sul processo penale*, II, Giappichelli, Torino, 1992, p. 119 ss.; E. MARZADURI, *Accertamenti non definitivi sulla responsabilità dell'imputato ed attenuazione della presunzione di non colpevolezza*, in AA.Vv., *Presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 213 ss.; D. NEGRI, *Il rapporto tra misure cautelari e sospensione dell'esecuzione della pena alla luce della presunzione di non colpevolezza*, in AA.Vv., *Presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 202.

optato per lo stralcio dell'originario progetto di modifica dell'art. 605 c.p.p.⁴²; una interpretazione diversificata della disposizione finirebbe infatti per attestare la differente natura dell'applicazione della cautela personale in sede di emissione di una condanna in appello, con ovvie ripercussioni sul rispetto della presunzione di non colpevolezza.

La necessità di un'istanza di parte è suggerita, oltre che da ragioni ideologiche e sistematiche, anche da ragioni applicative, posto che difficilmente il giudice di secondo grado, in assenza dell'impulso del pubblico ministero, sarà in grado di decidere autonomamente in materia cautelare. A parte la divergenza di regimicande che caratterizza il procedimento *de libertate* rispetto a quello principale, e che rende il materiale conoscitivo a disposizione del giudice in linea di principio incompleto relativamente al giudizio sui *pericula libertatis*, ai fini di una corretta esegesi dell'art. 275 comma 2 *ter* assume un ruolo saliente anche un'altra constatazione: il giudice dell'impugnazione si trova a decidere sulla base di un materiale probatorio inattuale, specie alla luce dell'eccezionalità che caratterizza la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello. Posto che il giudice di secondo grado è chiamato a decidere fondamentalmente sulla base del fascicolo proveniente dal primo grado di giudizio, riconoscere nell'art. 275 comma 2 *ter* c.p.p. il conferimento di un potere cautelare officioso potrebbe comportare l'emissione di provvedimenti *de libertate* sulla base di elementi probatori anacronistici, e dunque non necessariamente corrispondenti alle reali esigenze cautelari⁴³.

3. *La «cattura quasi obbligatoria» ex art. 275 comma 3 c.p.p.*

Offerta un'interpretazione del comma 2 *ter* conforme al principio della domanda cautelare, è l'art. 275 comma 3 seconda parte c.p.p. ad identificare la norma più difficile da conciliare con il principio della domanda.

⁴² Del resto, persino l'originario progetto di riforma dell'art. 605 c.p.p. richiamava espressamente la necessità dell'impulso del pubblico ministero ai fini dell'applicazione della cautela personale: pur nell'ambito di una disposizione ancor più discutibile di quella poi effettivamente immessa nell'ordinamento, il legislatore aveva comunque riaffermato la cogenza della domanda cautelare.

⁴³ Cfr. V. BONINI, *op. cit.*, p. 960.

Oggetto di aspre (e qui del tutto condivise) critiche dottrinali, il regime contemplato da questa disposizione evoca l'automatismo proprio della cattura obbligatoria⁴⁴, ripudiato non senza ripensamenti⁴⁵ dalla codificazione del 1988 ma prontamente reintrodotta già nel 1991⁴⁶; ridimensionazione l'ambito applicativo dalla novella del 1995, l'istituto vede oggi una nuova "valorizzazione", essendo stato il novero dei delitti rispetto ai quali trova applicazione ampliato con l'ennesimo «pacchetto sicurezza», quello nel 2009⁴⁷.

Come noto, la disposizione contempla un'inversione del regime probatorio rispetto a quello previsto in via generale dal codice: accanto ad una presunzione relativa di sussistenza del *periculum libertatis*, che si perfeziona una volta accertato il presupposto dei gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti indicati dalla norma, il legislatore del 1991 ha introdotto anche una presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere. Accertata la

⁴⁴ E. FASSONE (*Garanzia e dintorni: spunti per un processo non metafisico*, in *Questione giustizia*, 1991, p. 120, nota n. 9), parla di «quasi obbligatorietà della custodia in carcere».

⁴⁵ Cfr., in proposito, M. CHIAVARIO, *Una carta di libertà espressione di impegno civile: con qualche squalcitura (e qualche... patinatura di troppo)*, in *Commento al codice di procedura penale*, Utet, Torino, 1990, secondo cui all'assenza di deroghe al regime generale concernenti reati di particolare allarme sociale si era pervenuti «non in virtù di una convinta ed unanime opzione in favore di soluzioni normative ancora inedite, quanto piuttosto in seguito ad una serie di esitazioni ed equivoci *in procedendo*».

⁴⁶ L'introduzione del particolare regime di cui alla seconda parte dell'art. 275 comma 3 c.p.p. si deve all'intervento di cui all'art. 5 decreto legge 13 maggio 1991, n. 152, conv. con modifiche in legge 12 luglio 1991 n. 203; innesto sul quale intervenne successivamente anche l'art. 1 decreto legge 9 settembre 1991 n. 292, conv. in l. 8 novembre 1991, n. 356.

⁴⁷ L'art. 5 della legge 8 agosto 1995, n. 33 sostituiva radicalmente il comma 3 dell'art. 275 c.p.p., riservando il meccanismo dell'automaticità della custodia carceraria ai soli reati di matrice mafiosa. Con l'art. 2 del decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito in legge 23 aprile 2009, n. 38, il meccanismo a duplice presunzione ha visto un nuovo notevole ampliamento del proprio ambito applicativo. Significativa anche l'ipotesi *extra codicem* introdotta dall'art. 26 della legge 15 luglio 2009, n. 94, recante disposizioni in materia di sicurezza pubblica, in relazione ai soggetti nei cui confronti sussistano gravi indizi di colpevolezza per aver promosso, diretto, finanziato o effettuato il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero per aver compiuto altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente.

sussistenza del *fumus commissi delicti*, il giudice sarà sostanzialmente vincolato ad applicare la più restrittiva tra le forme di coercizione, «salvo che non siano acquisiti elementi da cui risulti che non sussistono esigenze cautelari».

Evidente la divergenza di questo regime rispetto a quello generale: oltre ad individuare un'inaccettabile (ed insuperabile) deroga ai principi di proporzionalità ed adeguatezza nella scelta della misura, esso delinea una misura cautelare fondata sulla mera prognosi di colpevolezza. Il contrasto con gli artt. 13 Cost. e 27 comma 2 Cost. è innegabile⁴⁸. La disposizione pone il giudice dinanzi ad un *aut aut*: o applica la custodia cautelare in carcere, o lascia l'indiziato a piede libero; *tertium non datur*.

⁴⁸ La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità costituzionale dell'art. 275 comma 3 seconda parte c.p.p., ha escluso il contrasto della disposizione con gli artt. 3, 13 comma 1 e 27 comma 2 Cost. osservando che la delimitazione della norma all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso mantenuta dalla l. n. 332 del 1995 rendesse manifesta la non irragionevolezza dell'esercizio della discrezionalità legislativa, atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato (Corte cost., n. 450 del 1995, relativa alla precedente formulazione del disposto). Nonostante la posizione espressa dalla Corte costituzionale, la dottrina ha comunque continuato a manifestare forti perplessità su un congegno fortemente contrastante con i principi generali della materia cautelare (v. a commento della pronuncia costituzionale, D. NEGRI, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2835, il quale, oltre a rilevare l'assoluta validità delle censure mosse dal giudice *a quo* e dichiarate infondate dalla Consulta, ha altresì rilevato che la questione sarebbe stata «più proficuamente posta» rispetto agli artt. 13 e 111 Cost., con riferimento al profilo motivazionale, atteso che «non si può ritenere che sia adeguatamente motivato, e perciò costituzionalmente legittimo, un provvedimento che si richiami semplicemente alla presunzione assoluta fissata dalla legge»). Se le perplessità di carattere costituzionale erano difficili da fugare quando ancora il meccanismo era riferito ai soli delitti di matrice mafiosa, a maggior ragione oggi l'istituto risulta indifendibile: la sua giustificazione razionale non regge più (anche perché, così come rilevato in dottrina, il catalogo dei delitti per i quali vige il meccanismo risponde ad esigenze contingenti e poco razionali: F. ZACCHÉ, *Vecchi automatismi cautelari e nuove esigenze di difesa sociale*, in AA.VV., *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di O. Mazza-P. Viganò, Giappichelli, Torino, 2009, p. 290). L'ampliamento dell'ambito applicativo della "doppia presunzione" operato dall'ennesimo pacchetto sicurezza potrebbe allora costituire l'occasione per rimettere in discussione la compatibilità costituzionale dell'istituto. In tema, oltre che al saggio di Zacché, che analizza l'istituto anche alla luce della normativa convenzionale (segnatamente alle pagine 291 ss.), si rinvia alle considerazioni spese da P.P. PAULESU, *op. cit.*, p. 140 ss.

Tra i vari problemi originati dall'istituto, quello che interessa ai fini di quest'indagine riguarda i rapporti tra la doppia presunzione di cui all'art. 275 comma 3 c.p.p. ed il principio della domanda cautelare. Si tratta invero di un profilo forse secondario rispetto a tale anomalia codicistica, connotata comunque da deroghe anche più rilevanti rispetto ai principi generali che regolano la materia (proporzionalità, adeguatezza, oneri motivazionali caratteristici del provvedimento applicativo della misura). Non è forse un caso, allora, se, a quanto consta, il problema non risulta essere stato finora affrontato.

La norma, che di fatto addossa alla difesa la prova (diabolica) dell'insussistenza dei *pericula libertatis* (e si badi: di tutti e tre i rischi individuati dall'art. 274 c.p.p.⁴⁹), si presta ad essere interpretata come se postulasse un superamento del divieto di iniziative officiose. Alla luce del dato normativo sembra infatti che, quantomeno nella fase processuale in senso stretto, il giudice sia tenuto ad applicare la custodia carceraria anche in assenza di una richiesta del pubblico ministero, in ossequio alla volontà legislativa introdotta attraverso tale duplice automatismo.

Orbene. La richiesta è senz'altro necessaria soltanto durante le indagini preliminari, e per ragioni legate al modo in cui è concepito il giudice per le indagini preliminari, che in tale fase ha un ruolo intermittente e non riveste la qualifica di autorità che procede. Ciò significa che, se anche tale organo dovesse essere investito del procedimento prima dell'esercizio dell'azione penale, non sarebbe comunque legittimato a disporre la "cattura quasi obbligatoria" senza una previa sollecitazione del pubblico ministero⁵⁰.

⁴⁹ Questo è il modo in cui la giurisprudenza intende la disposizione: cfr. P.P. Paulesu, *op. cit.*, p. 144, anche per i richiami giurisprudenziali (nota 59).

⁵⁰ Peraltro, già si è avuto modo di notare l'eccentricità della situazione in cui il giudice, sollecitato a disporre la misura cautelare in rapporto ad una determinata ipotesi delittuosa, ritenga di trovarsi dinanzi ad una fattispecie compresa nel novero dei delitti per i quali vige la doppia presunzione *ex art. 275 comma 3 seconda parte c.p.p.* Tale situazione, che a parere di chi scrive dovrebbe comunque risolversi in un rigetto della domanda cautelare (dovendo escludersi la possibilità, per il g.i.p., di applicare la cautela sulla base di un diverso *nomen iuris*), secondo chi ritenga la possibilità di esercitare il potere coercitivo anche riquilificando giuridicamente l'addebito pone evidentemente dei problemi di armonia sistematica con il principio della necessaria domanda cautelare (v. *retro*, cap. IV, par. 5).

Non a caso, allora, pur costruito su una forma di automatismo al limite della legittimità costituzionale, l'istituto, con la sua doppia presunzione, è precetto inserito tra i criteri di scelta delle misure, e non contempla deroghe alle scansioni del procedimento applicativo: segno che il legislatore ha inteso salvaguardare l'autonomia del pubblico ministero di gestire i "tempi" dell'innescò dell'incidente *de libertate* anche in questa ipotesi estrema, in cui così scarso è il margine di apprezzamento lasciato alla valutazione sul caso concreto.

A tale ultimo proposito, deve allora essere attribuita rilevanza pregnante al dato sistematico, secondo un ragionamento valido per tutte le disposizioni che, racchiuse nell'art. 275 c.p.p., sembrano configurare modalità applicative differenziate rispetto a quelle prescritte in via generale dagli artt. 291 e seguenti del codice. Non bisogna infatti dimenticare che si tratta di precetti (quello ora in esame, ma anche quelli di cui ai commi 1 *bis* e 2 *ter*, di cui già si è parlato) inseriti nell'ambito di una disciplina intitolata ai «criteri di scelta delle misure», che dunque, in quanto tale, dovrebbe conservare un significato normativo confinato alla disciplina statica e non a quella dinamica, relativa alle scansioni applicative.

Se – come abbiamo visto – la collocazione della disposizione in un contesto normativo che pone una disciplina "statica" consente al pubblico ministero di decidere il momento di presentazione della domanda cautelare (secondo i tempi e le modalità di *discovery* che ritenga più proficui, così come gli è garantito in generale dall'art. 291 c.p.p.), allora dovrà ritenersi il procedimento applicativo disciplinato in via generale sempre cogente, anche dopo l'esercizio dell'azione penale.

Nel senso della necessità della domanda del pubblico ministero (anche una volta approdati alla fase processuale) depongono poi evidenti ragioni di garanzia, che suggeriscono di interpretare nel modo più rigoroso possibile la riserva di insussistenza di esigenze cautelari contenuta nella norma. Così come già rilevato a proposito dell'art. 276 c.p.p., sembra comunque preferibile salvaguardare la struttura della procedura applicativa come "fattispecie complessa", che richiede l'intervento necessario (e dunque la necessaria valutazione) di due differenti organi.

SOMMARIO

CAPITOLO I

NE PROCEDAT IUDEX EX OFFICIO: L'INIZIATIVA DEL PUBBLICO MINISTERO NELL'INCIDENTE CAUTELARE PERSONALE

1. Il codice del 1988 e la sottrazione del potere cautelare al pubblico ministero 5
2. Richieste necessarie e non necessarie nel processo penale: la richiesta *ex art. 291 c.p.p.* 10
3. Ambito applicativo del principio *ne procedat iudex ex officio* 14
4. Le modifiche all'originario impianto del libro IV: dubbi sull'inderogabilità dell'iniziativa *ex art. 291 c.p.p.* 18
5. Un possibile argomento per escludere l'applicazione dell'art. 291 c.p.p. in dibattito: disciplina del *dossier* cautelare e imparzialità del giudice..... 23
 - 5.1. L'esigenza di affermare l'intangibilità del principio, anche in una prospettiva *de iure condendo* 30

CAPITOLO II

CARATTERI GENERALI DELLA RICHIESTA CAUTELARE

1. Obbligatorietà della richiesta cautelare? 35
2. La richiesta cautelare è ritrattabile? 49
 - 2.1. L'irrevocabilità dopo la pronuncia del giudice..... 49
 - 2.2. La rinunciabilità prima della pronuncia del giudice..... 55

CAPITOLO III

LA TITOLARITÀ DELLA DOMANDA CAUTELARE

1. Premessa	59
2. Domanda cautelare e competenza territoriale. Possibili elusioni	60
3. Impugnazioni <i>de libertate</i> e pubblico ministero legittimato a coltivare la domanda cautelare.....	68
4. Domanda cautelare e rapporti interni all'ufficio del pubblico ministero: l'assenso scritto del procuratore della Repubblica	76

CAPITOLO IV

I RAPPORTI TRA LA DOMANDA CAUTELARE E LA DECISIONE DEL GIUDICE

1. Il contenuto della richiesta <i>ex art.</i> 291 c.p.p.: mero impulso o domanda?	89
2. La descrizione dell'«imputazione cautelare».....	98
3. La “correlazione cautelare”	104
4. I poteri del giudice di fronte all'azione cautelare: il fatto.....	107
5. La qualificazione giuridica	115
6. I poteri del giudice di fronte alla domanda cautelare: il <i>petitum</i> ...	124
6.1. L'applicazione di una misura meno grave di quella richiesta....	124
6.2. L'impossibilità di applicare una misura cautelare più grave di quella richiesta.....	130
7. La <i>causa petendi</i> : l'esigenza cautelare prospettata	139

CAPITOLO V

PROCEDIMENTO PRINCIPALE E OSTACOLI ALLA PRESENTAZIONE DELLA DOMANDA CAUTELARE

1. Premessa: domanda cautelare e necessaria pendenza del procedimento principale	145
2. Un'ipotesi di confine: revisione e procedimento cautelare	149
3. Archiviazione e domanda cautelare.....	152
4. Sentenza di proscioglimento e domanda cautelare: l'ambiguo disposto dell'art. 300 comma 5 c.p.p.	159
4.1. L'efficacia preclusiva della sentenza di non luogo a procedere	168

CAPITOLO VI

LA DOMANDA CAUTELARE NELLA SISTEMATICA DEL LIBRO IV

1. Principio della domanda ed interventi *in malam partem* sul regime cautelare già in corso di esecuzione 173
 - 1.2. La particolare ipotesi di cui all'art. 276 c.p.p. 175
 - 1.3. Domanda cautelare e sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare..... 180
 - 1.4. Domanda cautelare e scarcerazione per decorrenza dei termini 181
2. Misure cautelari e condanna non definitiva: i commi 1 *bis* e 2 *ter* dell'art. 275 c.p.p. 184
3. La «cattura quasi obbligatoria» *ex art. 275 comma 3* 192

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. COLI U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. DONATELLI I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. VALENZA P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. ZINGALI G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. TUMEDEI C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. ALBERTONI A., *L'"Apokeryxis"*, 1923.
7. SALVI F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. MILANI F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. FASSÒ G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. FERRI L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. ROSSI G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. POGGESCHI R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. MATTEUCCI N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. FORCHIELLI P., *I contratti reali*, 1952.
15. SALVI F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. FASSÒ G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. PALAZZINI FINETTI L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, 1953.
18. ROSSI G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. FERRI L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. TORELLI P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. SANTINI G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. GIANNITI F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. GHEZZI G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. NARDI E., *Casae "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. FERRI L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. GHEZZI G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. BONSIGNORI A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. GUALANDI A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. BONSIGNORI A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. MANCINI G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. NARDI E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. ROMAGNOLI U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. SANTINI G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. RUDAN M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. BONINI R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. COLLIVA P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. MENGOLZI P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu, Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. ROVERSI MONACO F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. GIANNITI F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. MENGOZZI P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. ROMAGNOLI U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. MONTUSCHI L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. BONINI R., *Ricerche di diritto giustiniano*, 1968.
53. SANTINI G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. LO CASTRO G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. ROVERSI MONACO F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. GIANNITI F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. MENGOZZI P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. CARINCI F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. OSTI G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. ZUELLI F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. PERGOLESI E., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. MONTUSCHI L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. PATTARO E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. PINI G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. CARPI F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. DE VERGOTTINI G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. PAOLUCCI L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. DE GENNARO A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. GIANNITI F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. BONVICINI D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. DE VERGOTTINI G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. LAMBERTINI R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. DALLA D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. DI PIETRO A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. ROMANELLI G., *Profilo del noleggjo*, 1979.
80. BORGHESI D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. DALLA TORRE G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. ALLEVA P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. PULIATTI S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. FASSÒ G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. SGUBBI F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. LAMBERTINI R., *Plagium*, 1980.
88. DALLA D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. VANDELLI L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. NARDI E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. PELLICANÒ A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. GIARDINI D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. BORTOLOTTI D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. ROFFI R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. ALESSI R., *Scritti minori*, 1981.
96. BASSANELLI SOMMARIVA G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, 1983.
97. ZANOTTI A., *Cultura giuridica del Seicento e jus publicum ecclesiasticum nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. TONIATTI R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. NARDI E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. DALLA D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. CAIA G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. BARATTI G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. BORTOLOTTI D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. PULIATTI S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. LAMBERTINI R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. ZANOTTI M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. RUFFOLO U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. BIAGI M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. MALAGÙ L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. RICCI G.E., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. ZANOTTI A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. SELMINI R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. DALLA D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. ZUNARELLI S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. ZOLI C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. CAVINA M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. CALIFANO L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. SARTI N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. SCARPONI S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. BERNARDINI M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. LA TORRE M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. GARCIA DE ENTERRIA J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. BIAGI GUERINI R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. MAGAGNI M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. PETRONI L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. ZANOTTI A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. SARTOR G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. ROSSI L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. LUCHETTI G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. SARTI N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. GUSTAPANE A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. BOTTARI C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. VANDELLI L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. GASPARRI P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. CAPUZZO E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. BIAVATI P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. FERRARI E., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. GUSTAPANE A., SARTOR G., VERARDI C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. ORLANDI R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. CARPANI G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. MUSSO A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. DONINI M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. CALIFANO PLACCI L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. MANZINI P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. TIMOTEI M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. SESTA M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. TULLINI P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. RESCIGNO F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. LUGARESI N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. SARTI N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. COLLIVA P., *Scritti minori*, 1996.
162. DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. GARDINI G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. MANZINI P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. MITTICA M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. LUCHETTI G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. CAMON A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. MANCINI S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. ZANOBETTI PAGNETTI A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Vol. I, Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Vol. II, Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. GRAZIOSI A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. BIAVATI P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. ROSSI G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. PELLEGRINI S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. BONI G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. I, Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. II, Diritto dell'Unione europea*, 1998.
180. ROSSI A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. BONGIOVANNI G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. CAPUTO G., *Scritti minori*, 1998.
183. GARRIDO J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. BELLODI ANSALONI A., *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem, I*, 1998.
185. FRANCIOSI E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. CATTABRIGA C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. MANCINI L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. GUSTAPANE A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. RICCI G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. FASSÒ G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. FASSÒ G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. SCARCIGLIA R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. BRIGUGLIO E., "Fideiussoribus succurri solet", 1999.
195. MALTONI A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. ROSSI L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. GRAGNOLI E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. BONI G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. LUGARESÌ N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. LALATTA COSTERBOSA M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilhelm von Humboldt*, 2000.
202. SEMERARO P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. VERZA A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. LOLLI A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. CAMPANELLA P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. LASSANDARI A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. BIANCO A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. RAFFI A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. PIERGIGLI V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. CAFARO S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. MASUTTI A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. ZANOTTI A., ORLANDO F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. LUPOI M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. LOLLI A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. CURI F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. COTTIGNOLA G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. GARDINI G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. CEVENINI C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. MONDUCCI J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. VILLECCO BETTELLI A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. BRIGHI R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. LUCHETTI G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. MEMMO D., MICONI S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
- 230.BIS BRIGUGLIO E., *Studi sul procurator*, 2008.
231. QUERZOLA L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. TAROZZI S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. BOTTI F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. GIOVANNINI M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. MONTALTI M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. LEGNANI ANNICHINI A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformazioni quattrocentesche*, 2008.
240. LOLLI A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. VACCARELLA M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. TUBERTINI C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. FIORIGLIO G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. BOTTI F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. ZANOBETTI PAGNETTI A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. MATTIOLI F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. BERTACCINI D., *La politica di polizia*, 2009.
249. ASTROLOGO A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. DI MARIA S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del codice*, 2010.
251. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.

Finito di stampare nel mese di gennaio 2010
presso Editografica – Rastignano (BO)