

MOTIVAZIONE CAUTELARE LACUNOSA E POTERI DEL TRIBUNALE DEL RIESAME: UNA (PROBABILE) MODIFICA LEGISLATIVA

*All'esame del Parlamento un nuovo intervento legislativo
in materia di misure cautelari personali:
ecco come potrebbe cambiare il controllo del tribunale del riesame
sulla motivazione dell'ordinanza impugnata*

di Carola Musio

SOMMARIO: 1. Il d.d.l. A.S. n. 1232 e il nuovo art. 309 comma 9 c.p.p. – 2. Il giudizio sull'ordinanza cautelare nel sistema vigente e il potere di integrare la motivazione da parte del tribunale del riesame. – 3. Le novità contenute nel d.d.l. A.S. n. 1232: conseguenze pratiche ed aspetti critici. – 4. Effetti sulla natura del rimedio.

1. Il d.d.l. A.S. n. 1232 e il nuovo art. 309 comma 9 c.p.p.

Una certa frenesia normativa sembra aver recentemente colpito il legislatore penale. Tra le diverse riforme attualmente in cantiere, in stato più o meno avanzato, si registra anche un nuovo intervento in materia di misure cautelari personali. Il riferimento è alla proposta di legge A.C. n. 631¹: dopo l'approvazione in data 9 gennaio 2014 opera della Camera dei Deputati, il testo (assunta la veste formale di d.d.l. A.S. n. 1232) ha superato, seppur non senza qualche modifica, lo scorso 2 aprile, anche l'esame del Senato², venendo rinviato, quindi, alla Camera bassa per la seconda necessaria lettura. Come emerge espressamente dal Dossier predisposto dal Servizio studi del Senato³, la novella, nel suo complesso⁴, intende intervenire sulla normativa di tema di

¹ Presentata alla Camera dei Deputati, con il numero A.C. n. 631 (recante «Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali»), dall'On. Ferranti ed altri, la proposta di legge aveva, a sua volta, già nella discussione in sede di Commissione Giustizia, assorbito altre proposte avanzate in ordine alla medesima tematica: A.C. n. 980 del 17 maggio 2013, di iniziativa dell'On. Gozi ed altri, A.C. n. 1707 del 17 ottobre 2013 dell'On. Cirielli, A.C. n. 1807 del 13 novembre 2013 ed A.C. n. 1847 del 25 novembre 2013, entrambi avanzati dall'On. Brunetta ed altri. L'approvazione della p.d.l. alla Camera è stata già segnalata in [questa Rivista](#), 4 febbraio 2014.

² Come segnalato da [MARCO MONTANARI, Il Senato approva il d.d.l. di riforma in materia di misure cautelari, in questa Rivista](#), 29 aprile 2014.

³ Cfr. *Dossier del Servizio Studi del Senato* n. 95/2014, p. 9.

restrizioni della libertà personale *ante iudicium* allo scopo specifico di limitare il ricorso alla custodia cautelare in carcere.

In questa prospettiva, le principali direttrici su cui si muovono le proposte di modifica operano, in primo luogo, sulla discrezionalità del giudice nella valutazione delle esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p. e sui criteri di scelta delle misure (con riferimento sia alla custodia cautelare in carcere, che agli arresti domiciliari). Su altro versante, si mira a rafforzare gli obblighi di motivazione cui è tenuto il giudice nel disporre la misura (incidendo sul contenuto dell'ordinanza applicativa della cautela, come oggi delineato dall'art. 292 c.p.p.), con correlato aggravio dell'onere per il pubblico ministero nel momento della formulazione della richiesta *ex art.* 291 c.p.p. Il legislatore interviene, poi, nell'ambito delle impugnazioni *de libertate*, modificando in maniera piuttosto incisiva soprattutto la disciplina del procedimento di riesame, non senza qualche "incursione" anche con riguardo all'appello e al ricorso per cassazione.

Tra i contenuti più interessanti del d.d.l. in oggetto vi è senz'altro la modifica della normativa in tema di poteri decisori del tribunale del riesame, oggi contenuta nel comma 9 dell'art. 309 c.p.p. L'art. 12 del testo approvato dal Senato⁵ prevede, infatti, che alla vigente formulazione del comma citato sia aggiunto un ulteriore periodo dal seguente tenore:

«Il tribunale annulla il provvedimento impugnato se la motivazione manca o non contiene l'autonoma valutazione, a norma dell'articolo 292, delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa».

L'innovazione proposta incide, quindi, sull'attuale assetto dei controlli sulla decisione cautelare, lasciando fermo l'esito di riforma o conferma dell'ordinanza e introducendo, quanto all'annullamento, una delimitazione della discrezionalità dell'organo decidente. La portata della novità legislativa si comprende se solo si considera che ad oggi la soluzione generalmente praticata in sede di riesame, a fronte di una motivazione cautelare lacunosa, è quella di riconoscere al tribunale il potere-dovere, nel confermare il provvedimento, di integrare autonomamente la motivazione stessa. Si può sin d'ora affermare che la soluzione proposta dal d.d.l. in esame sul punto – contrapponendosi a quella oggi largamente praticata – pare muoversi nel senso di un maggiore garantismo ed una più forte attenzione verso il delicato tema della restrizione della libertà personale, mostrandosi perciò di non poco interesse.

⁴ Nel corso dell'*iter* parlamentare al nucleo originario della novella si sono aggiunte alcune ulteriori previsioni alquanto eterogenee, concernenti materie diverse da quella delle misure cautelari personali (ordinamento penitenziario, responsabilità disciplinare dei magistrati).

⁵ Cfr. art. 12 A.S. n.1232. Ai fini dell'analisi che si vuole qui condurre, si assumerà, come testo di riferimento, quello approvato dal Senato. Al riguardo, vale la pena, comunque, di sottolineare come sotto gli aspetti qui particolarmente considerati il Senato non abbia apportato alcuna modifica rispetto al testo già licenziato in prima lettura dalla Camera dei Deputati.

2. Il giudizio sull'ordinanza cautelare nel sistema vigente e il potere di integrare la motivazione da parte del tribunale del riesame.

L'esercizio dei poteri decisorî da parte del tribunale del riesame, come oggi regolato dal comma 9 dell'art. 309 c.p.p., si esplica nell'adozione di quattro possibili diverse tipologie di provvedimenti: declaratoria di inammissibilità della richiesta, annullamento, riforma o conferma dell'ordinanza sottoposta a riesame; a questi esiti del giudizio deve essere aggiunta, secondo autorevole dottrina, anche l'ipotesi della revoca⁶.

In particolare, nei casi di impugnazione ammissibile, il tribunale ha, in primo luogo, la facoltà di annullare (*melius*: revocare) l'ordinanza cautelare, ad esempio, per vizi di merito relativi alla sussistenza di presupposti applicativi della misura di cui agli artt. 273 e 274 c.p.p.; può, poi, riformarla in senso più favorevole per l'imputato (mai *in peius*), anche per motivi diversi da quelli enunciati nella richiesta o successivamente; d'altra parte, può invece confermare il provvedimento impugnato anche sulla base di ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione dello stesso, avvalendosi di elementi già risultanti dagli atti trasmessi al tribunale ai sensi dell'art. 309, comma 5, c.p.p., oppure addotti dalle parti in udienza, e dai quali il tribunale abbia dedotto la «sostanziale "giustizia"»⁷ della misura coercitiva.

Si nota, quindi, una certa libertà dell'organo giudicante nel valutare il merito e la legittimità dell'ordinanza cautelare, senza essere vincolato, quanto alla cognizione, né agli eventuali motivi presentati dal ricorrente, né, quanto alle ragioni a sostegno della misura, alla motivazione del provvedimento applicativo della stessa.

Nella prassi si è posto il problema di delineare i confini di questa libertà rispetto al caso, non infrequente, in cui la motivazione dell'ordinanza cautelare si presenti lacunosa o sia del tutto assente. Non essendo quest'ultima ipotesi espressamente disciplinata dal legislatore, ci si è chiesti quale possa essere l'ambito di manovra del tribunale del riesame a fronte dei difetti inerenti la parte giustificativa del provvedimento impugnato: se, cioè, la libertà di valutazione e di decisione, apparentemente sganciata dai motivi addotti nell'ordinanza cautelare (vista la facoltà di confermare il provvedimento «anche per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione»), comprenda anche il potere di integrare la motivazione carente, in un'ottica conservativa, oppure incontri un limite che imponga l'annullamento dell'ordinanza.

L'interpretazione prevalente, affermata come maggioritaria in dottrina e giurisprudenza⁸, ritiene precluso al tribunale della libertà l'annullamento del

⁶ Cfr. V. GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso, V. Grevi e M. Bargis, Padova, 6ª ed., 2012, p. 473.

⁷ V. GREVI, *Misure cautelari*, cit. p. 473-474.

⁸ Cfr. G. AMATO, Artt. 308-309, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di E. Amodio e O. Dominioni, Milano, 1990, p. 201; D. CARCANO, G. IZZO, *Arresto, fermo e misure coercitive nel nuovo processo penale*, Padova, 1990, p. 179; A. GIANNONE, *Commento all'art. 309*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, Torino, 1990, pp. 273-274; E. MARZADURI, voce *Riesame dei provvedimenti*

provvedimento cautelare per difetto di motivazione, mentre gli attribuisce il potere-dovere di sostituire la propria valutazione a quella originaria, integrando, nel confermare la misura, la motivazione dell'ordinanza impugnata.

Si sottolinea che il potere di annullamento per mancanza o carenza di motivazione compete solamente alla Corte di cassazione quale giudice di legittimità⁹; inoltre, nel disciplinare il riesame come impugnazione cautelare «anche nel merito» (art. 309, comma 1, c.p.p.) il legislatore avrebbe, invece, assimilato il riesame, proprio in quanto giudizio esteso al merito, all'appello; si nota, poi, che, in virtù del principio generale che governa tutte le impugnazioni di merito, il giudice del riesame deve poter integrare la motivazione lacunosa del provvedimento impugnato con la propria, secondo la regola dell'inseparabilità tra giudizio rescindente e rescissorio¹⁰.

Dalla assimilazione tra i due mezzi di impugnazione cautelare si ricava anche che nel riesame, come nel giudizio d'appello, le censure di merito sono da considerarsi assorbenti rispetto a quelle di legittimità, tra le quali rientra il difetto di motivazione: la lacunosità dell'ordinanza impugnata può, pertanto, causarne la revoca solo in quanto

restrittivi della libertà personale, in *Noviss. Dig. I., Appendice*, Utet, 1986, p. 784 ss., G.P. VOENA, *Atti*, in *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi, Padova, 1996, p. 221; R. ORLANDI, *Riesame del provvedimento cautelare privo di motivazione*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1521. In giurisprudenza v. *Cass.*, Sez. un., 17 aprile 1996, Moni, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3276; *Cass.*, Sez. III, 10 maggio 1994, Lo Giacco, in *C.E.D. Cass.*, n. 199332; *Cass.*, Sez. V, 13 marzo 1992, Costantini, *ivi*, n. 190421; *Cass.*, Sez. I, 3 luglio 1991, Mirabile, in *Arch. n. proc. pen.*, 1992, p. 282; più recentemente, nello stesso senso, tra le altre, *Cass.*, Sez. II, 30 novembre 2011, p.m. in c. Romano ed a., in *C.E.D. Cass.*, n. 252222; *Cass.*, Sez. II, 4 dicembre 2006, Blasi ed a., *ivi*, n. 235622; *Cass.*, Sez. II, 21 novembre 2006, p.m. in c. Montuori, *ivi*, n. 235825.

Occorre aggiungere che tale orientamento corrisponde a quello affermato sin dall'introduzione dell'istituto del riesame nel nostro sistema processuale, ancora sotto la vigenza del codice Rocco, attraverso la l. 12 agosto 1982, n. 532. In proposito, si vedano, in dottrina, tra gli altri, E. AMODIO, *Il processo penale nella parabola dell'emergenza*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 2122; F. CORDERO, *Procedura penale*, 8ª ed., Milano, 1985, p. 187; V. GREVI, *Tribunale della libertà, custodia preventiva e garanzie individuali: una prima svolta oltre l'emergenza*, in AA.VV., *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, a cura del medesimo A., Bologna, 1983, p. 32; G. ILLUMINATI, *Commento all'art. 9*, in *Commento articolo per articolo della l. 12 agosto 1982, n. 532*, in *Leg. pen.*, 1983, p. 107; E. LEMMO, *Primi orientamenti giurisprudenziali sul tribunale della libertà*, *ivi*, p. 285 ss.; nonché, in giurisprudenza, *ex multis*, *Cass.*, Sez. fer., 2 settembre 1985, Costanzo, in *Cass. pen.*, 1986, p. 528; *Cass.*, Sez. I, 16 giugno 1983, Gamba, in *Giust. pen.*, 1984, III, c. 366; *Cass.*, Sez. I, 27 settembre 1983, Sanzo, in *Cass. pen.*, 1984, p. 1718, e *Cass.*, Sez. VI, 20 dicembre 1982, Trinca, *ivi*, 1983, p. 130.

⁹ Così *Cass.*, Sez. III, 2 febbraio 2011, p.m. in c. D'Agostino, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3491; *Cass.*, Sez. II, 21 novembre 2006, Montuori, cit.

¹⁰ Vigente il codice del 1930 si era già espressa sul punto *Cass.*, Sez. I, 27 settembre 1983, Sanzo, cit., a favore della riferibilità del principio dell'integrabilità della motivazione dell'ordinanza cautelare anche al riesame, sottolineando la natura di quest'ultimo quale mezzo di impugnazione assimilabile «a un appello istruttorio privo di ogni appesantimento procedurale, svincolato dall'enunciazione dei motivi e soggetto a decisione entro un breve termine di scadenza». Nello stesso senso, *Cass.*, Sez. I, 5 aprile 1983, Freschi, in *Giust. pen.*, 1984, III, c. 170; *Cass.*, Sez. I, 2 marzo 1983, Dal Lago, in *Cass. pen.*, 1984, p. 942. Commentando tale orientamento, si era rilevato in dottrina come, a fronte dell'attribuzione dei normali poteri di cognizione, propri di un giudice del merito (data dalla cognizione piena del provvedimento, non vincolata ai motivi, e dall'ampia base degli elementi di controllo), fosse contraddittorio precludere al tribunale della libertà la facoltà di procedere al giudizio rescissorio integrando la motivazione del provvedimento impugnato: così E. LEMMO, *Primi orientamenti giurisprudenziali*, cit., p. 295.

si traduca nella sostanziale ingiustizia del provvedimento, data la prevalenza del giudizio di merito sul sindacato di legittimità relativo al difetto di motivazione¹¹.

Secondo questa impostazione, va riconosciuta alla vicenda cautelare la natura di «fattispecie a formazione (eventualmente) progressiva»¹², nella quale il titolo cautelare risulta dalla combinazione tra provvedimento originario e successiva pronuncia di conferma del tribunale del riesame. Si è, cioè, sostenuto che tra l'atto impugnato e la decisione *de libertate* esista un rapporto di complementarità, grazie al quale il primo viene integrato dal giudice dell'impugnazione, legittimato a sanarne l'eventuale vizio di motivazione: il provvedimento coercitivo e l'ordinanza di riesame sono strettamente legati tra loro, in quanto, a fronte dell'impugnazione dell'ordinanza che dispone la misura cautelare, l'efficacia di quest'ultima è condizionata alla sopravvenienza di un provvedimento di conferma da parte del tribunale della libertà. Il secondo giudice si sostituisce, quindi, al primo nell'integrare i requisiti di legittimità che mancano all'originario titolo cautelare, in modo che i due provvedimenti vengano a costituire, insieme, la condizione legittimante la privazione della libertà personale¹³.

Spingendosi in questa direzione sino alle estreme conseguenze, la giurisprudenza è giunta in passato a ritenere che per il giudice del riesame sia del tutto indifferente se la motivazione in precedenza sia esistita o non sia esistita affatto, ovvero sia stata completa ed esauriente o meno, proprio sulla premessa che il tribunale abbia il potere di integrare l'ordinanza originariamente difettosa sotto il profilo dell'apparato giustificativo¹⁴.

Non si tratterebbe, quindi, di conservazione del provvedimento originario, ma di eliminazione degli eventuali vizi in esso presenti, in applicazione del principio per cui il giudice che rileva una causa di nullità deve provvedere immediatamente ad eliminarla. Il che non sottrae affatto al giudice del riesame il potere di pronunciarsi poi sul merito. In questo senso, di fronte ad un'ordinanza cautelare affetta da vizio di motivazione, il tribunale del riesame è chiamato, semmai, ad esprimersi con un provvedimento composito, che comprende in sé valutazioni di legittimità e di merito, dichiarando, da un lato, la nullità del provvedimento impugnato (per mancanza di motivazione *ex art. 125, comma 3, c.p.p.*, o per difetto dei requisiti richiesti dall'art. 292 c.p.p.) e provvedendo, dall'altro, alla sua rinnovazione¹⁵.

¹¹ Cfr. Cass., Sez. VI, 1° febbraio 1983, Lo Prete, in *Giust. pen.*, 1983, III, c. 194.

¹² V. GREVI, *Tribunale della libertà*, cit., p. 32.

¹³ Questa la ricostruzione operata da Cass., Sez. I, 27 settembre 1983, Sanzo, cit.; Cass., Sez. I, 16 giugno 1983, Gamba, cit.; successivamente sposata anche da Cass., Sez. II, 24 gennaio 1997, De Leonardo, in *C. pen.*, 1998, p. 169.

¹⁴ Così Cass., Sez. II, 13 dicembre 1995, Coletta, in *C.E.D. Cass.*, n. 203777; Cass., Sez. fer., 20 agosto 1991, Mercurio, in *Cass. pen.*, 1992, p. 3098; Cass., Sez. I, 18 dicembre 1990, Scarcia, *ivi*, 1992, p. 105. Nel riportare tale orientamento parlano comunque di «prospettiva certamente minoritaria» L. LUDOVICI, P. SPAGNOLO, *Art. 309, in Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di G. Lattanzi ed E. Lupo, vol. IV, Milano, 2013, p. 1354.

¹⁵ Per arrivare a questa soluzione, parte della dottrina ha richiamato le regole generali sugli effetti della dichiarazione di nullità, pur con «la stranezza di una constatata nullità [...] che non avrà come conseguenza l'inefficacia dell'atto, ma – in caso di conferma – una sopravvivenza di effetti, assicurata

Nell'alternativa tra annullamento senza rinvio e rinnovazione dell'atto nullo, si ritiene, pertanto, di fare applicazione della regola che impone la rinnovazione quando sia necessaria e possibile (art. 185, comma 2, c.p.p.): nel caso in questione la "necessità" sarebbe data dalla perdurante invalidità del provvedimento che restasse privo di motivazione, mentre la "possibilità" dal potere di decidere nel merito, che include in sé il dovere di motivare, anche quando l'atto impugnato non contenga nemmeno un principio di motivazione¹⁶.

Si evidenzia, inoltre, l'effetto pregiudizievole che avrebbe nei confronti del soggetto *in vinculis* la prevalenza della rilevazione dell'*error in procedendo* rispetto alla pronuncia nel merito dell'atto impugnato, nell'ipotesi di riforma in senso a lui favorevole: si sottolinea, infatti, come la decisione sul merito della cautela sia l'unica idonea a fondare quel giudicato cautelare che impedisce la reiterazione del provvedimento coercitivo¹⁷.

Va segnalato, tuttavia, che la giurisprudenza più recente ha ritenuto di dover prendere le distanze rispetto alle conclusioni cui era giunto l'indirizzo da ultimo ricordato. Pur riconoscendo la possibilità di integrazione delle lacune motivazionali in sede di riesame, tale giurisprudenza afferma la necessità di distinguere il caso dell'ordinanza cautelare carente di motivazione, suscettibile di interpolazione ad opera del tribunale del riesame, dall'ipotesi tanto di mancanza assoluta della motivazione «in senso grafico», o fisico, quanto di motivazione meramente apparente, che «si risolva in una clausola di stile» o sia «basata su affermazioni apodittiche». In queste ultime ipotesi, infatti, stante l'impossibilità di individuare gli indizi e le esigenze cautelari poste a base del provvedimento, va riconosciuta una invalidità dell'atto decisorio (nella specie, nullità dello stesso, secondo quanto disposto sia dall'art. 125, comma 3, c.p.p., sia dall'art. 292, comma 2, lett c e c-bis, c.p.p.), di fronte alla quale il potere di integrazione del giudice della libertà si trasformerebbe, illegittimamente, in potere sostitutivo¹⁸.

Se questo è, pur con le rilevate differenze, il panorama della giurisprudenza in materia, contraddistinto, in misura maggioritaria, da una posizione favorevole alla integrabilità della motivazione cautelare ad opera del tribunale del riesame¹⁹, in dottrina, accanto a posizioni adesive, si sono manifestate anche voci critiche²⁰.

proprio dalla motivazione aggiunta»: in tal senso R. ORLANDI, *Riesame del provvedimento cautelare*, cit., p. 1526.

¹⁶ Sono ancora considerazioni di R. ORLANDI, *Riesame del provvedimento cautelare*, cit., p. 1528.

¹⁷ Di questa opinione R. ORLANDI, *Riesame del provvedimento cautelare*, cit., pp. 1525-1526, il quale ricava dalla disciplina in tema di giudizio d'appello, applicabile anche al riesame, la possibilità che una dichiarazione di nullità possa associarsi a una decisione di merito.

¹⁸ V., tra le altre, Cass., Sez. II, 14 giugno 2012, p.m. in c. Mazza ed a., in C.E.D. Cass., n. 253247; Cass. Sez. VI, 24 maggio 2012, p.m. in c. Piscopo ed a., *ivi*, n. 254161; Cass., Sez., II, 20 aprile 2012, Okunmweida, *ivi*, n. 253326, che ammette la dichiarazione di nullità, «sia pure eccezionalmente»; Cass., Sez. III, 15 luglio 2010, p.m. in c. Lteri Lulzim, *ivi*, n. 249148; Cass., Sez. III, 11 ottobre 2007, Verdesan, in Cass. pen., 2009, p. 269. In dottrina v. P. SPAGNOLO, *Il tribunale della libertà*, Milano, 2008, pp. 345-346.

¹⁹ Si segnalano, tuttavia, anche in giurisprudenza, posizioni contrarie: Cass., Sez. fer., 4 agosto 1998, Sesana, in Arch. n. proc. pen., 1999, p. 187, con nota di L. FADALTI, *Nullità dell'ordinanza custodiale e poteri del*

Al riguardo, si è in questa prospettiva affermato che il potere di annullamento conferito al tribunale del riesame dall'art. 309, comma 9, c.p.p. si debba esplicare non solo a fronte all'accertamento dell'assenza dei presupposti legittimanti l'azione cautelare, ma anche rispetto alla verifica della mancanza dei requisiti di legittimità formale e sostanziale del provvedimento.

Si sottolinea, infatti, come la restrizione della libertà personale, non supportata dall'esposizione tanto dei motivi da cui gli indizi sono stati desunti quanto delle ragioni della loro rilevanza, costituisca un illegittimo esercizio di un potere riconosciuto a ben precise condizioni dalla legge: il disposto dell'art. 292 c.p.p. non può che esprimere l'attenzione particolare prestata dal legislatore rispetto alla motivazione del provvedimento cautelare, da intendersi in senso assolutamente rigoroso²¹.

Alle argomentazioni contrarie, che fanno leva sul potere del tribunale di confermare l'ordinanza «anche per ragioni diverse» da quelle che emergono dal provvedimento, si ribatte proponendo una diversa lettura dell'inciso, che non starebbe a fondare la possibilità per il giudice di trarre dagli atti trasmessi o adottati in udienza motivazioni diverse da quelle espresse nel provvedimento, bensì solamente la facoltà di una autonoma valutazione degli indizi e delle esigenze cautelari²².

La possibilità di confermare il provvedimento per ragioni diverse, infatti, può esplicarsi solo in quanto la motivazione contenuta nel provvedimento cautelare consenta di controllare il percorso logico-argomentativo seguito dal giudice che ha disposto la misura per giustificare la rilevanza degli indizi e riconoscere la sussistenza delle esigenze cautelari²³: lo stesso concetto di ragioni «diverse» postula, anche da un punto di vista logico, che delle motivazioni, anche in parte, siano state espresse²⁴.

tribunale del riesame; Cass., Sez. III, 27 ottobre 1995, Camillacci, *ivi*, 1996, con nota di R. ORLANDI, *Riesame del provvedimento cautelare*, cit.; Cass., Sez. IV, 14 giugno 1994, Vagliani, *ivi*, 1995, p. 1915, con nota di M. CERESA GASTALDO, *Il riesame sulla legittimità dell'ordinanza cautelare: cade il teorema della «motivazione integratrice»*.

²⁰ Cfr. R. ADORNO, *Il riesame delle misure cautelari reali*, Milano, 2004, p. 418 ss.; G. BETOCCHI, *Diritto di difesa e potere d'integrazione nel procedimento di riesame dei provvedimenti di coercizione personale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986, p. 144 ss.; M. CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, 1993, pp. 183 ss.; M. CHIAVARIO, *Tribunale della libertà e libertà personale*, in AA.VV., *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, cit., p. 180 ss.; F.R. DINACCI, *Contenuto e limiti del potere di riesame spettante ai c.d. tribunali della libertà*, in *Giust. Pen.*, 1984, III, c. 366 ss.; L. FADALTI, *Nullità dell'ordinanza custodiale*, cit., p. 188; G. ILLUMINATI, *Modifiche, integrazioni e problemi non risolti nella normativa sul tribunale della libertà*, in *La nuova disciplina della libertà personale nel processo penale*, a cura di V. Grevi, Padova, 1985, p. 391; P. SPAGNOLO, *Il tribunale della libertà*, cit., p. 353 ss.; E. TURCO, *La motivazione dell'ordinanza di riesame: limiti al potere di integrazione*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3100.

²¹ Cfr. M. CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive*, cit. p. 186.

²² In tal senso, M. CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive*, cit. p. 188. Tra i sostenitori della tesi incline a riconoscere il potere di integrazione, vi era comunque chi ne ravvisava un limite nel divieto di reperire le «ragioni diverse» in qualunque atto del procedimento, restringendo la possibilità di rinvenire tali diversi elementi in quelli posti dal p.m. a fondamento della domanda cautelare o emersi durante l'udienza camerale: in questo senso A. GIANNONE, *Commento all'art. 309*, cit., p. 274.

²³ V. P. VENTURA, *Annullamento o integrazione nel giudizio di riesame*, in *Giur. it.*, 1999, p. 822.

²⁴ Cass., Sez. IV, 14 giugno 1994, Vagliani, cit.; in dottrina L. FADALTI, *Nullità dell'ordinanza custodiale*, cit., p. 189; P. SPAGNOLO, *Il tribunale della libertà*, cit., p. 353, nonché F.R. DINACCI, *Contenuto e limiti del potere di*

È oggetto di critiche anche la ritenuta assimilabilità del riesame all'appello, con la conseguente applicazione della regola della inseparabilità della fase rescindente da quella rescissoria, dalla quale viene fatta discendere la possibilità di sostituzione della pronuncia del primo giudice ad opera del secondo, in virtù dell'assorbimento dei vizi di legittimità (come il difetto di motivazione) nelle censure di merito.

Da tale interpretazione ha tratto origine, infatti, la menzionata teoria che vede nel provvedimento cautelare una fattispecie complessa a formazione progressiva, destinata ad essere integrata e completata dalla pronuncia resa a seguito di riesame.

Sul punto si evidenzia, in via generale, come la configurabilità di una fattispecie complessa a formazione progressiva presupponga che la successione di più atti sia la conseguenza di un obbligo giuridico in capo all'organo di diritto pubblico tenuto a completare la fattispecie; e come, *a contrario*, non possa parlarsi di fattispecie complessa a formazione progressiva nelle ipotesi in cui, invece, non sia prevista legislativamente l'attivazione di un soggetto per la formazione e il completamento di una successione di atti²⁵. In ambito processuale, poi, in mancanza di una norma che renda obbligatoria una successione di atti, il perfezionamento in un unico titolo di più atti giuridici è ammissibile solo quando i singoli atti antecedenti «siano di per sé efficaci e perfetti, ossia idonei a produrre autonomi effetti giuridici e contenenti i requisiti legalmente richiesti»²⁶.

Applicando tali principi al caso del provvedimento cautelare, affermare che la motivazione possa formarsi anche in un momento successivo grazie all'intervento del giudice del riesame equivarrebbe a sostenere, contro la sua evidente esecutività, la natura non perfetta dell'ordinanza cautelare medesima, oltre ad arrivare a configurare l'impugnazione del ricorrente come un onere impostogli in vista dell'integrazione della fattispecie, rendendo il riesame un «abnorme strumento giuridico, ad impulso di parte, volto ad ottenere la formazione di un atto già esecutivo ma giuridicamente *in itinere*»²⁷. Se, infatti, nell'appello la materia sottoposta al giudice può ancora essere ridefinita, proprio perché la sentenza oggetto del giudizio di impugnazione non costituisce ancora un provvedimento efficace nei confronti del suo destinatario, così non è evidentemente rispetto all'ordinanza cautelare, che, in assenza di condizione sospensiva, è immediatamente esecutiva.

Inoltre, si sottolinea come, riconoscendo al tribunale del riesame la possibilità di integrare la motivazione in termini così ampi da determinare una sorta di sanatoria dell'originaria nullità del provvedimento per carenza di motivazione, il potere di

riesame, cit., c. 375, il quale sottolinea che l'alternativa tra conferma o revoca per ragioni diverse «non sottintende poteri di ricostruzione e vivificazione di un atto illegittimo».

²⁵ V. M. CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive*, cit. p. 192, il quale a sua volta rinvia alle osservazioni autorevolmente svolte in materia da G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, p. 113. In materia di misure cautelari reali, è critico sulla ravvisabilità di una fattispecie a formazione progressiva nella relazione tra provvedimento impugnato e decisione del tribunale del riesame, R. ADORNO, *Il riesame*, cit., p. 419 ss.

²⁶ Ancora, sul punto, M. CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive*, cit. p. 193.

²⁷ Queste le considerazioni di M. CERESA GASTALDO, *Il riesame sulla legittimità dell'ordinanza cautelare*, cit., p. 1921.

annullamento esplicitamente previsto dall'art. 309 c.p.p. non avrebbe, di fatto, mai modo di esplicarsi²⁸. Tale neutralizzazione degli effetti negativi dei vizi dell'atto viene criticata, poi, in quanto frutto di una «concezione sostanzialistica delle nullità processuali»²⁹ che ricerca nella vicenda giudiziaria sotto esame l'effettività del pregiudizio, laddove invece la nullità risulta normativamente configurata quale conseguenza della inosservanza di forme.

La stessa dottrina, critica rispetto alle posizioni assunte dalla giurisprudenza maggioritaria, mette in luce anche le conseguenze pregiudizievoli, in termini di sacrificio di alcuni fondamentali principi costituzionali, che la soluzione censurata porta con sé: il riferimento è all'art. 111 Cost., nella parte in cui impone che tutti i provvedimenti giurisdizionali siano motivati; all'art. 13, comma 2, Cost., che consente le limitazioni della libertà personale solo a fronte di un atto «motivato» dell'autorità giudiziaria, nonché all'art. 24 Cost. sotto il profilo della garanzia del diritto di difesa³⁰.

Con riguardo, anzitutto, all'art. 13 Cost. si fa notare come, ammettendo il potere di integrazione ad opera del giudice del riesame, si finisca per esonerare di fatto quello di prima istanza dall'obbligo di motivazione.

Invero, rispetto a tale critica, si obietta osservando come a fronte di eventuali *deficit* del provvedimento originario, sul piano dell'apparato giustificativo, residui a favore della parte interessata la possibilità di ricorrere alla Corte di cassazione *per saltum* contro l'ordinanza originaria³¹. L'argomento non convince del tutto. In proposito, si dimentica di considerare che, attraverso la proposizione del ricorso diretto in cassazione, rimane precluso ogni tipo controllo nel merito sull'ordinanza applicativa della misura, con un duplice corollario negativo: aumentare il rischio, per un verso, che possano continuare a produrre effetti provvedimenti infondati nei loro presupposti di fatto, e, per l'altro, che risultino avallate prassi applicative distorsive, se non eversive, della garanzia rappresentata dall'obbligo di motivazione³².

Osservando il fenomeno sotto un diverso ed ulteriore punto di vista, si evidenzia, inoltre, l'effetto che il riconoscimento al tribunale del riesame del potere di integrazione determina sui rapporti tra gli organi che impongono la coercizione e quelli che su tale originaria valutazione sono chiamati ad operare una funzione critica. Si realizza, in questo modo, un assetto poco rispettoso della giusta indipendenza tra

²⁸ In tal senso L. FADALTI, *Nullità dell'ordinanza custodiale*, cit., p. 188. Anche D. NEGRI, *La nullità dell'ordinanza cautelare per omessa valutazione degli elementi a favore della difesa nel sistema delle impugnazioni de libertate*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1310, auspica un'interpretazione del potere di annullamento riconosciuto al tribunale del riesame come limite alla potestà di rimediare ai vizi del provvedimento, almeno nel caso di violazione formale delle prescrizioni di cui all'art. 292, comma 2 lett. c-bis, e comma 2-ter, c.p.p.

²⁹ F.R. DINACCI, *Contenuto e limiti del potere di riesame*, cit., c. 367.

³⁰ Per un'approfondita analisi del fondamento costituzionale dell'obbligo di motivazione si rinvia, per tutti, a F. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, p. 4 ss.

³¹ Avanzata, tra gli altri, da R. ORLANDI, *Riesame del provvedimento cautelare*, cit., p. 1527.

³² Cfr. M. CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive*, cit. pp. 195 ss. Parla dell'ordinanza custodiale non motivata come di un «non atto sul piano giuridico» F.R. DINACCI, *Contenuto e limiti del potere di riesame*, cit., c. 382. Quanto alla violazione dell'obbligo costituzionale di motivazione v. anche G. BETOCCHI, *Diritto di difesa e potere d'integrazione*, cit., p. 169; FADALTI, *Nullità dell'ordinanza custodiale*, cit., p. 189.

controllato e controllante, dal momento che si affida a quest'ultimo una «anomala posizione di supporto»³³ dell'operato del giudice che ha disposto la misura. Al riguardo, sarebbe addirittura configurabile un difetto di legittimazione in capo all'organo del riesame, al quale verrebbe attribuito un ruolo spettante, in via principale, al giudice della cautela³⁴.

La compressione del diritto di difesa, infine, emerge una volta che si consideri che, in caso di integrazione della motivazione, l'accusato viene a conoscere delle ragioni giustificatrici della privazione della propria libertà solo dopo aver esperito l'unico mezzo di impugnazione nel merito a sua disposizione: gli si impone così di esercitare «al buio» le doglianze nel merito della misura³⁵.

3. Le novità contenute nel d.d.l. A.S. n. 1232: conseguenze pratiche ed aspetti critici.

Rispetto a tale quadro d'insieme, segnato da un orientamento prevalentemente incline, almeno a livello di diritto giurisprudenziale (sebbene non senza qualche voce discordante), a riconoscere al tribunale del riesame il potere di “salvare” la motivazione cautelare viziata integrandola, interviene, come si è detto, il d.d.l. A.S. n. 1232, con il quale, al contrario, si intende introdurre il dovere per il tribunale del riesame di annullare l'ordinanza impugnata, con conseguente ripristino della libertà personale, «se la motivazione manca o non contiene l'autonoma valutazione, a norma dell'articolo 292, delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa».

La nuova disposizione risolverebbe definitivamente la *querelle* interpretativa, intervenendo apprezzabilmente in senso garantista con l'espressa previsione, quale possibile esito del giudizio di riesame, dell'annullamento dell'ordinanza per vizio di motivazione, definendo altresì in cosa consista detto vizio: assenza totale di motivazione o mancata motivazione sul profilo della valutazione delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa.

Come si evince già dalla lettura del testo normativo, viene richiamata, in parte, la prescrizione (*id est*: art. 292 c.p.p.) che nel codice disciplina i profili formali del provvedimento cautelare prevedendo gli elementi che (alcuni a pena di nullità) devono essere inseriti nell'ordinanza ad opera del giudice che la emette.

La prescrizione citata³⁶ richiede, come è noto, che l'ordinanza contenga, innanzitutto, oltre all'identificazione del destinatario della misura (comma 2, lett. a),

³³ M. CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive*, cit. p. 199.

³⁴ In tal senso F.R. DINACCI, *Contenuto e limiti del potere di riesame*, cit., c. 373.

³⁵ Cfr. G. BETOCCHI, *Diritto di difesa e potere d'integrazione*, pp. 147 e 162; M. CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive*, cit. p. 201. Possibili compressioni del diritto di difesa derivanti dal potere di integrare la motivazione cautelare sono state, peraltro, evidenziate anche da chi sostiene la legittimità dell'indirizzo prevalente in giurisprudenza: cfr. A. GIANNONE, *Commento all'art. 309*, cit., p. 278.

³⁶ È noto come il testo originario dell'art. 292 c.p.p. abbia subito nel tempo diverse modificazioni, frutto di interventi legislativi (il più importante dei quali coincidente con la l. 8 agosto 1995, n. 332) che hanno

l'esposizione dell'ipotesi di imputazione, data dalla «descrizione sommaria del fatto» con l'indicazione delle norme che si reputano violate (comma 2, lett. *b*). In secondo luogo, ed è quello che qui interessa maggiormente, quanto alla motivazione del provvedimento, essa esige, da un lato, per ciò che attiene al *fumus commissi delicti*, che dal testo emergano espressamente «gli indizi che giustificano in concreto la misura disposta» e la loro consistenza, data dagli «elementi di fatto da cui sono desunti» e dai motivi per i quali assumono rilevanza, mentre, dall'altro, sotto il profilo del *periculum libertatis*, richiede l'esposizione delle specifiche esigenze cautelari (lett. *c*.), con l'ulteriore prescrizione, alla lett. *d* della disposizione, della necessità di indicare la data di scadenza della misura, ove questa ultima sia stata disposta per fronteggiare l'esigenza cautelare relativa all'acquisizione o alla genuinità della prova, *ex art.* 274 lett. *a* (al fine dell'applicazione della correlata disciplina dell'estinzione della misura *ex art.* 301 c.p.p.)³⁷. Inoltre, la lett. *c-bis*³⁸ pretende che la motivazione comprenda la spiegazione «dei motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa»³⁹; qualora, poi, sia stata applicata la custodia cautelare in carcere, il giudice deve anche esporre le «concrete e specifiche ragioni» per le quali le esigenze cautelari del caso non possano essere fronteggiate con altre misure.

Tutti gli elementi indicati devono essere inseriti nel provvedimento a pena di nullità del medesimo, rilevabile anche d'ufficio; la sanzione della nullità (questa volta, però, non rilevabile d'ufficio) è comminata anche per l'inosservanza del disposto del successivo comma 2-ter, che prescrive la presenza, nell'ambito dell'ordinanza, della «valutazione degli elementi a carico e a favore dell'imputato» raccolti dal pubblico ministero e dal difensore. Infine, senza sanzione di nullità a presidiarne l'assenza, il comma 2-bis dell'art. 292 c.p.p. richiede la sottoscrizione dell'ausiliario che assiste il giudice, il sigillo dell'ufficio e possibilmente l'indicazione del luogo in cui si trova l'imputato.

Richiamata, quindi, seppur sinteticamente, l'attuale disciplina relativa al contenuto dell'ordinanza cautelare, soprattutto per ciò che concerne la motivazione,

inciso – non sempre in modo tecnicamente felice – sulla primigenia formulazione. Qui si farà, per necessità di sintesi, riferimento alla versione oggi vigente, senza potersi soffermare sulle diverse questioni interpretative che essa pone.

³⁷ In proposito, si è condivisibilmente osservato come la norma *de qua* si esprima «con formula analitica e stringente, diretta a responsabilizzare al massimo il giudice» nell'esporre le ragioni che lo hanno determinato ad adottare la misura, modellando questo obbligo motivazionale in modo da coprire tutti i presupposti stabiliti per l'applicazione delle misure cautelari (così V. GREVI, *Misure cautelari*, cit., p. 427).

³⁸ Introdotta nel testo della disposizione con la l. 8 agosto 1995, n. 332, con la quale si sono imposti al giudice ulteriori adempimenti in merito alla motivazione cautelare. In dottrina si è notato, infatti, che, se tale motivazione «in base alla normativa precedente, poteva essere sommaria[,] adesso deve essere esaustiva e deve rispettare una struttura prefissata», al fine di evitare l'uso di formule di stile: v. P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 14^a ed., 2013, p. 451 (corsivo dell'Autore).

³⁹ F. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale*, cit., p. 105, parla in proposito «embrione di contraddittorio [...] anticipato al momento della decisione sulla richiesta di misura cautelare», giustificando, quindi, la nullità dell'ordinanza (per mancanza parziale della motivazione) che non contenga il passaggio sugli elementi forniti dalla difesa in quanto rende il discorso giustificativo dell'adozione della misura privo di una sua «parte vitale» (p. 288).

sarà più agevole valutare l'impatto delle modifiche suggerite dalla iniziativa legislativa in esame.

Al riguardo, va anzitutto rilevato che il d.d.l. tende ad introdurre nell'art. 292, comma 2, lett. *c-bis*, c.p.p., attraverso l'inserimento del riferimento ad una «autonoma valutazione [...] delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa», una ulteriore specificazione volta a meglio definire gli obblighi motivazionali del giudice della cautela. Probabilmente lo scopo, apprezzabile, è quello di evitare quegli "appiattimenti" del giudice sulle richieste del pubblico ministero tradottisi nella diffusa e censurabile pratica del "copia e incolla"⁴⁰. Qui la *ratio* della modifica sta nel richiedere, all'opposto, all'organo giurisdizionale un giudizio autonomo e distinto circa la consistenza degli elementi posti a fondamento del provvedimento cautelare.

Venendo più specificamente alla nuova ipotesi di annullamento dell'ordinanza per vizio di motivazione, per quanto riguarda il caso della assoluta mancanza di un qualsiasi apparato giustificativo, non si ravvisano particolari problemi. Si tratta, in effetti, di una soluzione non innovativa rispetto a quella già praticata, *de iure condito*, dalla giurisprudenza più recente e accolta anche da quella dottrina pur sostenitrice del potere di integrazione della motivazione: il caso di motivazione totalmente carente viene, infatti, già oggi ricondotto – come precedentemente osservato – alla fattispecie di nullità sancita dagli artt. 125, comma 3, e 292, comma 2, lett *c* e *c-bis*, c.p.p.⁴¹ e non emendabile in sede di riesame.

Un primo punto di criticità della novella riguarda, invece, la mancata esplicita previsione della medesima conseguenza, consistente nell'annullamento del provvedimento impugnato, per il caso di motivazione apparente: ci si riferisce, in particolare, alle ipotesi, tutt'altro che infrequenti, di giustificazione cautelare assente non fisicamente ma sostanzialmente, ovvero sia di motivazione che solo formalmente

⁴⁰ Spesso la giurisprudenza ha censurato una certa abitudine, pur invalsa nella prassi, di redigere la motivazione dell'ordinanza cautelare, ricalcando sostanzialmente quella contenuta nella richiesta del p.m., fenomeno reso ancora più agevole oggi per effetto delle tecnologie informatiche. In proposito, si è riscontrato in tale pratica un difetto assoluto di motivazione per la mancata dimostrazione della valutazione critica del contenuto della domanda cautelare: *ex multis*, v. da ultimo Cass., Sez. IV, 5 febbraio 2013, n. 7031, in *C.E.D. Cass.*, n. 254937; Cass., Sez. VI, 24 maggio 2012, p.m. in c. D.G.S. ed a., in *Giur. it.*, 2013, p. 1202, con nota di C. GABRIELLI, *Sui limiti del "copia e incolla" informatico*. Ha ravvisato in tale ipotesi un caso di assenza totale della motivazione, con conseguente nullità del titolo cautelare, Trib. Napoli, Sez. VIII Pen., 2 dicembre 2011, in *Quest. Giust.*, 2012, p. 221, con nota di D. CAPPUCCIO, *I giudici "copia e incolla"*, *ivi*, p. 216, il quale sottolinea come il tema coinvolga il valore della terzietà del giudice, ma evidenzia anche il collegamento con il più ampio problema delle risorse della giustizia e delle difficoltà organizzative degli uffici giudiziari, che possono indurre a tali pratiche per esigenze di tipo contingente.

Se la modifica legislativa è volta al condivisibile fine di arginare tali pratiche, si intravede, tuttavia, la possibilità di diverse interpretazioni in ordine al "grado" di autonomia da ritenersi sufficiente a rispettare il requisito richiesto (dal punto di vista della consistenza della motivazione), nonché il rischio di qualche difficoltà di accertamento, in sede di riesame, quanto alla effettiva osservanza al momento dell'emissione dell'ordinanza del nuovo disposto normativo.

⁴¹ Per tutti v. D. NEGRI, *La nullità dell'ordinanza cautelare*, cit., p. 1306 ss.; P. SPAGNOLO, *Il tribunale della libertà*, cit., p. 351 ss. In generale sulla mancanza di motivazione, seppur con riferimento alla sentenza, cfr. F. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale*, cit., p. 284 ss.

integri i requisiti richiesti dalla legge, ma che nel merito si avvalga di formule stereotipate e prive di reale sforzo argomentativo.

Come accennato in precedenza, conformemente a quel settore della dottrina che già propendeva per la necessità dell'annullamento per vizio di motivazione in tutti i casi di insufficienza, contraddittorietà, tautologia o apparenza dell'apparato giustificativo⁴², negli ultimi anni anche la giurisprudenza, che pur riconosce il potere di integrazione in capo al tribunale del riesame, ha riscontrato un limite a tale facoltà nel caso di motivazioni meramente apparenti, imperniate sull'uso di clausole di stile ed affermazioni apodittiche che non consentono l'individuazione degli indizi e delle esigenze cautelari che giustificano l'emissione del provvedimento⁴³. A fronte di motivazioni di tal genere, infatti, consentire un potere di completamento o integrazione al giudice del riesame significherebbe legittimarne una sostituzione al giudice competente per l'emissione della misura.

Anche alla luce di tali precedenti, è ragionevole ritenere che anche nel nuovo contesto normativo, scaturente dalla approvazione della riforma *in itinere*, il riferimento alla mancanza di motivazione verrebbe alla fine inteso comprensivo non solo dell'ipotesi – rara, ma non impossibile – di assenza grafica del discorso giustificativo, ma anche di quella di motivazione che solo formalmente rispetti i requisiti stabiliti dalla legge, in realtà eludendoli.

Le maggiori difficoltà riconducibili alla nuova formulazione del comma 9 dell'art. 309 c.p.p., così come risultante dalla riscrittura operata dal d.d.l. in oggetto, sono da rinvenirsi altrove.

Si è detto come, al di fuori del caso di mancanza assoluta della parte motiva, la nuova previsione alluda, estendendo anche a queste l'obbligo di annullamento, ad ipotesi di motivazione esistente, ma lacunosa.

In proposito, assumendo tale logica, e volendo individuare il tipo di vizio di motivazione suscettibile di fondare la pronuncia di annullamento dell'ordinanza cautelare, sarebbero, in astratto, configurabili due diversi scenari: sanzionare, allo stesso modo, l'elusione di tutti gli obblighi motivazionali di cui all'art. 292 c.p.p., sopra ricordati, oppure operare una selezione, imponendo l'annullamento del provvedimento solo a fronte della violazione di alcuni di essi. Con la nuova formulazione del comma 9 il legislatore pare voler percorrere questa seconda strada, scegliendo di riferirsi, infatti, non a tutti i casi di difetto parziale⁴⁴ di motivazione per l'assenza degli elementi elencati all'art. 292 c.p.p., ma soltanto alle specifiche situazioni

⁴² In tal senso M. CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive*, cit., pp. 184-185.

⁴³ Per i riferimenti giurisprudenziali v. nota 18. Nel senso dell'inammissibilità dell'integrazione della motivazione apparente da parte del tribunale del riesame v. A. FURGIUELE, *Il riesame*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Spangher, vol. II, Torino, 2008, p. 514, il quale vi ravvisa un caso di nullità del provvedimento per inesistenza della motivazione.

⁴⁴ Critica in via generale la distinzione tra motivazione assente e motivazione parziale R. ORLANDI, *Riesame del provvedimento cautelare*, cit., p. 1528, nota 22, il quale evidenzia, oltre alle difficoltà interpretative, il rischio di incentivare ordinanze cautelari sostanzialmente prive di apparato giustificativo «in attesa di un tardivo rimedio ad opera del giudice dell'impugnazione», con la conseguente redazione di provvedimenti con motivazioni apodittiche e parziali.

di mancanza di autonoma valutazione concernente le «esigenze cautelari», gli «indizi» ovvero gli «elementi forniti dalla difesa».

Anche a voler prescindere da una certa ambiguità insita nella nuova previsione (che ne rischia comunque di inquinare il senso)⁴⁵, si può senz'altro evidenziare come il nodo centrale posto dalla nuova disciplina passi dal confronto tra il contenuto dell'obbligo di motivazione risultante dall'art. 292 c.p.p. e la nuova ipotesi di annullamento per difetto di motivazione, trattandosi, in particolare, di capire se tra le due fattispecie vi sia, e in che misura, sovrapposizione o corrispondenza. Vista, infatti, la diversità di formulazione tra le stesse, ci si chiede quanti e quali degli obblighi motivazionali analiticamente indicati dalla norma del codice di procedura penale siano sussumibili sotto la nuova formulazione dell'art. 309 c.p.p.

Ci si deve interrogare, innanzitutto, sulla *ratio* della scelta legislativa e sul suo effetto sui poteri del tribunale della libertà: nel caso in cui la si ricolleggi ad una precisa volontà del legislatore di limitare le ipotesi di annullamento, e non vi si ravvisi soltanto un intento, per così dire, "riassuntivo" dei contenuti fondamentali della motivazione dell'ordinanza (indicando "una parte per il tutto"), si dovrà ritenere preclusa al giudice dell'impugnazione la possibilità di annullare il provvedimento che manchi degli elementi richiesti dall'art. 292 c.p.p. ma non richiamati espressamente dal nuovo comma 9 dell'art. 309 c.p.p. (con conseguente riesplorazione, in questi casi, del potere di integrare la motivazione elaborato dalla giurisprudenza).

Se lo scopo della novella è davvero quello di richiamare solo i contenuti ritenuti essenziali della motivazione cautelare, il modo in cui tale selezione è stata effettuata non può, però, non lasciare perplessi.

Quanto ai tre dati espressamente richiamati, per quanto concerne, in primo luogo, il generico riferimento agli «elementi forniti dalla difesa» sotto il profilo dell'assenza di una loro autonoma valutazione, si nota il mancato richiamo anche alla fattispecie della mancata esposizione dei motivi per i quali tali elementi a favore non sono stati ritenuti rilevanti, così come, invece, richiesto dall'art. 292, comma 2, lett. *c-bis*. Volendo escludere, per ragioni logico-sistematiche, un'interpretazione eccessivamente restrittiva del dato testuale, si dovrebbe ritenere comunque possibile pervenire, per via esegetica, alla conclusione secondo cui il rinvio alla mancata «autonoma valutazione» di tali elementi comprenda anche l'ipotesi in cui non siano state indicate le ragioni della loro irrilevanza.

⁴⁵ Il nuovo disposto normativo riferisce l'ipotesi dell'omessa valutazione a tre dati diversi, non omogenei tra loro. Nei primi due casi, l'omessa valutazione riguarda i due principali presupposti di applicabilità della misura cautelare (esigenze cautelari ed indizi); nel terzo, essa concerne il materiale probatorio utilizzabile dal giudice ai fini della propria decisione, individuato, selettivamente, tra l'altro, (solamente) in quello offerto dalla difesa. Di qui potrebbero nascere dubbi e perplessità, giacché nella valutazione in ordine alla sussistenza del *periculum libertatis* e del *fumus commissi delicti* il giudice pare già essere normativamente obbligato a tenere conto anche degli eventuali elementi proposti dalla difesa, sottoponendoli a valutazione, non fosse altro che per dimostrarne la inattendibilità o la non decisività, a fronte di quelli a carico.

Un ulteriore punto di frizione rispetto all'esigenza di tutela dei diritti del soggetto sottoposto alla misura, si ravvisa, poi, a fronte del mancato riferimento, nella formula usata nel nuovo comma 9, a tutte le tipologie di elementi a favore dell'imputato richiamati, a loro volta, dall'attuale comma 2-ter dell'art. 292⁴⁶. Se, infatti, da un lato, il generico riferimento agli elementi forniti dalla difesa operato dalla novella può essere interpretato, con un certo sforzo estensivo, includendovi l'attività di investigazione difensiva, dall'altro, resta, invece, irrimediabilmente trascurato l'apporto che può eventualmente derivare all'imputato dagli accertamenti su fatti e circostanze a lui favorevoli cui abbia, eventualmente, provveduto il pubblico ministero in fase di indagini ai sensi dell'art. 358 c.p.p.

Problematico appare anche il richiamo all'omessa valutazione in ordine alla sussistenza dei presupposti applicativi della misura, genericamente indicati come «esigenze cautelari» e «indizi», senza alcuna esplicita menzione degli altri aspetti considerati dall'art. 292 c.p.p., come l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono stati desunti e delle ragioni per cui questi ultimi assumono rilevanza (tenuto conto anche del tempo trascorso dalla commissione del reato). Ci si chiede, infatti, se – anche in questo caso – la nuova fattispecie di annullamento dell'ordinanza debba ricondursi ai soli casi di vuoto integrale della motivazione sul punto, ovvero anche ad ogni ipotesi di difformità della motivazione cautelare rispetto al modello legale delineato dall'art. 292 c.p.p.

Criticabile appare, infine, il mancato richiamo della lett. *c-bis* nella parte in cui richiede, per il caso di applicazione della custodia cautelare in carcere, in omaggio ai principi di adeguatezza e di *extrema ratio* cristallizzati nell'art. 275, comma 3, c.p.p., l'esposizione delle concrete e specifiche ragioni che escludono la possibilità di soddisfare le esigenze cautelari con misure meno afflittive.

Visti i possibili punti critici della novella legislativa, sarebbe stata allora più opportuna una formulazione della norma nel senso di prevedere espressamente l'annullamento da parte del tribunale del riesame non solo nell'ipotesi di mancanza assoluta di motivazione, ma anche nei casi, analoghi, di motivazione meramente apparente, ovvero di motivazione solo parziale in quanto carente sotto uno dei diversi profili che, ai sensi dell'art. 292 c.p.p., il giudice della cautela è tenuto a considerare a pena di nullità.

⁴⁶ Secondo F. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale*, cit., pp. 106-107, tale norma non va considerata un doppiante di quella contenuta nel comma 2 lett. *c-bis*, in quanto quest'ultima riguarda elementi logici, mentre la prima si riferisce ad elementi di fatto. Dalla lettura combinata delle due disposizioni, pertanto, si evince che l'ipotesi accusatoria può essere confutata tanto con fatti contrari quanto con prospettazioni logiche contrarie di quegli stessi fatti: per contrastarla non basta una contro-ipotesi difensiva esclusivamente di tipo logico, ma occorrono fatti.

4. Effetti sulla natura del rimedio.

L'espressa positivizzazione del dovere di annullamento della motivazione cautelare assente o carente di alcuni requisiti può leggersi anche, da un punto di vista più generale, sotto la luce delle categorie teoriche cui si riconducono le impugnazioni cautelari, conducendo a chiedendosi se la novità legislativa porti con sé o richieda un cambio di prospettiva circa la natura da riconoscere al giudizio di riesame.

La questione dell'ampiezza dei poteri del tribunale della libertà in relazione alla motivazione del provvedimento cautelare impugnato è, infatti, ad essa strettamente connessa, in quanto non di poco conto sono le ricadute dei diversi approcci interpretativi sia sul tipo di pronuncia che il tribunale può adottare (incidente o meno sulla motivazione dell'ordinanza applicativa della misura) che sulla struttura stessa del titolo cautelare, suscettibile o meno di essere integrato dalla decisione di riesame.

Vale la pena di ricordare per brevi cenni che lo strumento del riesame è stato introdotto, sotto la vigenza del codice abrogato, con la l. 12 agosto 1982, n. 532, allo scopo di assicurare ai soggetti sottoposti a privazione cautelare della libertà personale la possibilità di sottoporre a verifica, anche nel merito, il titolo detentivo, perché potesse essere controllato il rispetto della legalità sostanziale della misura. Se inizialmente la sua principale funzione era di riequilibrare le posizioni di accusa e difesa nella vicenda cautelare, anche per adeguare la disciplina nazionale alle garanzie richieste a livello sovranazionale, oggi il riesame si configura come uno strumento di garanzia volto alla verifica dell'idoneità, adeguatezza, proporzionalità e legittimità dell'azione cautelare, più attento al rispetto dei principi costituzionali e alla posizione del soggetto privato della libertà⁴⁷. Non si tratta più soltanto di un mezzo per colmare le lacune garantiste della fase di adozione del provvedimento cautelare, ma soprattutto di un momento di verifica della legittimità e del rispetto delle regole fissate dal legislatore nel disciplinare i casi e i modi di restrizione della libertà personale, come richiesto dall'art. 13 Cost.

Pur con tutte le difficoltà applicative, e le iniziali resistenze, a fronte degli aggiustamenti portati dal codice riformato, oggi si può quindi affermare che al riesame «resta affidata l'essenziale funzione di primo effettivo controllo sul corretto esercizio del potere cautelare», irrinunciabile anche in un'ottica *de iure condendo*⁴⁸. Si deve ricordare, infatti, che il giudizio *ex art. 309 c.p.p.* interviene solo successivamente all'esercizio del potere coercitivo, e ciò comporta che il contraddittorio davanti ad un organo giudiziario circa il rispetto sulla sussistenza dei presupposti applicativi della misura (e quindi sulla legittimità dell'ordinanza) avviene soltanto quando la privazione della libertà è già stata posta in essere.

⁴⁷ Cfr., per la ricostruzione esaustiva dell'evoluzione normativa dell'istituto, nel passaggio dalla legislazione dell'emergenza, attraverso le riforme del 1984 e del 1988, fino al nuovo codice, M. FERRAIOLI, *Il riesame dei provvedimenti sulla libertà personale*, Milano, 1989, p. 66 ss.; P. SPAGNOLO, *Il tribunale della libertà*, cit., p. 12 ss.

⁴⁸ Queste le parole di M. CERESA GASTALDO, *Riformare il riesame dei provvedimenti di coercizione cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1178.

Da queste poche considerazioni può comprendersi l'importanza della tematica concernente i poteri del tribunale del riesame sul contenuto dell'ordinanza e la sua motivazione. La sussistenza o meno della facoltà di interpolare il provvedimento impugnato appare connessa, come hanno sottolineato gli interpreti, alla classificazione giuridica che si voglia attribuire all'istituto del riesame: tra i molti risultati interpretativi, che spaziano (all'interno del *genus* delle impugnazioni⁴⁹) dall'impugnazione al gravame, all'appello *sui generis* o procedimento incidentale, dal rimedio di invalidazione al ricorso gerarchico improprio, la questione dei poteri del tribunale del riesame ruota tutta intorno al dibattito che vede contrapporsi l'indirizzo favorevole a riconoscere al riesame di cui art.309 c.p.p. la natura di giudizio *ex novo* sul rapporto cautelare⁵⁰, all'orientamento volto, al contrario, a configurarlo quale strumento di controllo (di legittimità e di merito) sull'atto⁵¹.

Il punto controverso è, cioè, sempre stato quello di stabilire se il riesame costituisca un gravame che, indipendentemente dal vaglio sulla precedente decisione, tenda a sostituire all'atto originario una nuova statuizione sulla questione della libertà personale del soggetto, oppure di un rimedio diretto all'invalidazione, intesa come revoca o annullamento, del provvedimento applicativo della misura.

Senza poter ovviamente in questa sede affrontare compiutamente siffatto problema teorico, che implica approfondite riflessioni sulle categorie dogmatiche inerenti al sistema delle impugnazioni, non può però sfuggire come la presa di posizione del legislatore – attraverso le modifiche contenute nel d.d.l. in oggetto – in favore del potere di annullamento del provvedimento cautelare, in luogo della facoltà di integrarne la motivazione, farebbe presumere una concezione del giudizio di riesame non come valutazione del rapporto giuridico sotteso al provvedimento, ma come decisione limitata ad un vaglio sull'atto con il quale il potere cautelare sia stato esercitato. Ciò porterebbe con sé, quindi, una ridefinizione del ruolo del procedimento *de libertate*, che non si configurerebbe come giudizio *ex novo* sulla vicenda cautelare, ma piuttosto quale rimedio per l'invalidazione di un atto che si ritenga illegittimo.

⁴⁹ Per quanto vi siano voci discordanti in dottrina, che parlano di «puro gravame»: in tal senso F. CORDERO, *Procedura penale*, 1991, p. 492; sottolinea la totale estraneità della procedura di riesame alla logica dell'appello P. FERRUA, voce *Appello*, II) *Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, vol. II, Roma, 1988, p. 3; F.R. DINACCI, *Contenuto e limiti del potere di riesame*, cit., c. 381, ritiene, invece, che il riesame afferisca al *genus* degli incidenti.

⁵⁰ V. GREVI, *Tribunale della libertà*, cit., p. 27 ss., parla di «una sorta di *novum iudicium* affidato all'organo collegiale».

⁵¹ La tesi è di M. CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive*, cit., p. 42 ss; ID., *Riformare il riesame*, cit., p. 1179; in senso adesivo, L. FADALTI, *Nullità dell'ordinanza custodiale*, cit., p. 189. Per un approfondimento circa le posizioni emerse sull'inquadramento sistematico del riesame v. M. FERRAIOLI, *Il riesame*, cit., p. 217 ss; ID., *Il riesame "anche nel merito"*, Torino, 2012, p. 93 ss.