

LINEE DI RIFORMA DELLE IMPUGNAZIONI *DE LIBERTATE**

*Relazione svolta in occasione del Convegno annuale dell'Associazione
tra gli studiosi del processo penale*

di Enrico Marzaduri

Abstract. Le esigenze di riforma delle impugnazioni delle misure cautelari personali impongono estrema attenzione, vista la rilevanza dei beni coinvolti. Tuttavia, una congrua revisione della disciplina potrebbe sì comportare una crescita di garanzie, ma anche una più equilibrata applicazione delle medesime.

SOMMARIO: 1. Uno sguardo sul passato: il ricorso in cassazione contro i provvedimenti sulla libertà personale. – 2. Uno sguardo sul presente: il diritto al controllo sul corretto esercizio del potere cautelare. – 3. Uno sguardo sul futuro: ipotesi di riforma della disciplina delle impugnazioni delle misure cautelari personali, tra mantenimento delle garanzie e razionalizzazione del sistema.

1. Uno sguardo sul passato: il ricorso in cassazione contro i provvedimenti sulla libertà personale.

Nell'originaria versione del codice Rocco, il settore relativo alla disciplina delle impugnazioni dei provvedimenti sulla libertà personale dell'imputato risultava senza dubbio uno dei più deficitari al cospetto delle esigenze di tutela del bene che sarebbe stato qualificato ed apprezzato come inviolabile solo con l'avvento della Costituzione repubblicana.

In effetti, l'ideologia che sosteneva la codificazione del 1930 era ben lontana dal riconoscere natura di diritto fondamentale alla libertà personale, considerata, per l'appunto, non "un diritto preminente", ma semplicemente "una concessione che lo Stato fa all'individuo in relazione e subordinazione all'interesse sociale"¹. Quindi, la

* L'articolo propone il testo, riveduto ed integrato, della relazione svolta in occasione del XXV Convegno annuale dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale "G.D. Pisapia", su *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali* (Trento, 11-13 ottobre 2013).

¹ Così, con sconcertante chiarezza, PAFUNDI, *Mandato di accompagnamento, di arresto, di cattura e di comparizione*, in N.D.I., v. VII, Torino 1939, p. 97. Ma già in termini sostanzialmente analoghi MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, I, Torino 1931, p. 183 e, più in generale, ALOISI, *Gli studi di diritto penale e processuale penale in Italia nel ventennio fascista*, in AA.VV., *Il pensiero giuridico italiano (Bibliografie del ventennio)*, Roma 1941, p. 22, che osservava come, mutata radicalmente con l'avvento del regime fascista la

previsione di strumenti processuali che consentissero all'imputato di contestare l'esercizio del potere coercitivo nell'ambito del procedimento penale si inseriva in una prospettiva di sostanziale eccezionalità, non sussistendo alcuna situazione soggettiva da tutelare; e difatti, gli unici spazi riservati all'imputato riguardavano l'impugnabilità delle ordinanze in tema di libertà provvisoria², mentre il pubblico ministero, al tempo anche titolare del potere di emettere misure restrittive *in itinere iudicii*, si vedeva riconosciuto un ampio potere di impugnazione nei confronti dei provvedimenti *de libertate*³.

Da questa clamorosa disparità di trattamento doveva prendere le mosse Giovanni Leone, nella storica seduta pomeridiana del 27 novembre 1947 dell'Assemblea Costituente, nel corso della quale venne presentato e motivato l'emendamento nel quale compariva la garanzia del ricorso in cassazione per tutti i provvedimenti concernenti la libertà personale⁴. Si può quindi comprendere facilmente una certa enfasi nei modi con cui venne presentata detta proposta, destinata, se approvata, a costituire "una delle più grandi garanzie conquistate da un regime democratico in un Codice di procedura penale che, in questa parte soprattutto, sentì l'influenza del regime dittatoriale"⁵.

V'è da ritenere, tuttavia, che già l'autorevole proponente non potesse non essere consapevole dei limiti che questa soluzione comportava sul piano dell'effettività della tutela: le più immediate riserve riguardavano sia l'idoneità del ricorso a fornire risposte in tempi congrui sulla legittimità dei provvedimenti, sia l'ambito stabilito nel precetto costituzionale al sindacato, riferito al solo profilo della violazione di legge; ma non era affatto privo di rilievo "l'interrogativo se la Corte di cassazione, data la sua composizione e le funzioni ad essa tradizionalmente attribuite" fosse, "di fatto l'organo giurisdizionale più adatto a fungere da supremo garante della libertà del singolo"⁶.

concezione filosofica e politica dei rapporti fra lo Stato e l'individuo, si era affermata "la prevalenza, in ogni caso, degli interessi collettivi, impersonati nello Stato su quelli eventualmente in contrasto dei singoli individui".

² E peraltro, anche con riferimento a queste ordinanze, vi era una situazione di netta disegualianza di posizioni tra pubblico ministero ed imputato, dal momento che alle impugnazioni del primo era attribuito effetto sospensivo nei confronti della concessione della libertà provvisoria, effetto sospensivo che sarebbe stato eliminato solo con la l. 5 novembre 1970, n. 824: sul punto, anche per ulteriori riferimenti, GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano 1976, p. 241 ss. Andrà ricordato che con l'art. 8 d.l. 15 dicembre 1979, n. 625, conv., con modificazioni, in l. 6 febbraio 1980, n. 15, sarebbe stato ripristinato l'effetto sospensivo dell'impugnazione del pubblico ministero nei casi di concessione della libertà provvisoria per i delitti aggravati dalla finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, nonché per i delitti di cui all'art. 416 c.p. e per quelli indicati nell'art. 165 *ter* c.p.p. 1930: per una serie di considerazioni fortemente critiche, v., volendo, MARZADURI, *sub art. 8 d.l. 15 dicembre 1979, n. 625*, in LP 1981, p. 89 s.

³ Invero, ai sensi degli artt. 263, 269 e 282 c.p.p. 1930, il pubblico ministero poteva appellare e poi ricorrere in cassazione in caso di non emissione o di revoca del mandato di cattura, di scarcerazione istruttoria e di cautele patrimoniali o di obblighi imposti con la concessione della libertà provvisoria.

⁴ Cfr. LEONE, in *Assemblea Costituente, seduta pom. 27 novembre 1947*, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori dell'Assemblea costituente*, a cura della Camera dei Deputati - Segretariato generale, Roma 1971, v. V, p. 4165.

⁵ LEONE, in *Assemblea Costituente*, cit., p. 4166.

⁶ Per tale rilievo, GREVI, *Libertà personale*, cit., p. 233. Sotto questo profilo, se è vero che il riconoscimento del

Il riconoscimento costituzionale della generale ricorribilità in cassazione dei provvedimenti sulla libertà personale doveva comunque rappresentare un riferimento estremamente importante per quell'attenta (parte della) giurisprudenza che in più occasioni avrebbe ricavato dal disposto fondamentale soluzioni atte a colmare preoccupanti lacune della disciplina codicistica⁷. Tuttavia, non ci sembra privo di un qualche fondamento il sospetto che l'inserzione a livello di Costituzione di un diritto al ricorso in cassazione abbia talora portato a ritenere soddisfatta l'esigenza di adeguamento della normativa ordinaria al dato costituzionale, sulla base della semplice traduzione del precetto nelle disposizioni codicistiche. Per contro, l'esigenza di eliminare la sperequazione tra il pubblico ministero e l'imputato a livello di impugnazione dei provvedimenti sulla libertà personale imponeva al legislatore uno sforzo attuativo che non poteva esaurirsi nel conformare il codice al principio allora contenuto nel 2° comma dell'art. 111 Cost., in conseguenza, quantomeno, della rammentata attribuzione all'accusa di significativi poteri d'appello delle ordinanze giudiziali. E questa operazione, che avrebbe presto interessato le ordinanze istruttorie sulla scarcerazione, divenute appellabili anche dall'imputato oltre che dal procuratore della Repubblica e dal procuratore generale (art. 272 *bis* comma 2 c.p.p. 1930), per l'appunto, non avrebbe coinvolto la situazione con buona probabilità più significativa tra quelle che evidenziavano la necessità di assicurare una tutela della libertà personale dell'imputato sul piano delle impugnazioni: l'emissione dell'ordine o del mandato di cattura o di arresto, provvedimenti destinati a rimanere semplicemente ricorribili in cassazione ai sensi dell'art. 263 *bis* c.p.p. 1930 sino al 1982, a fronte dell'appellabilità da parte del pubblico ministero delle ordinanze 'simmetriche', cioè quelle che non accoglievano la richiesta di emissione del mandato di cattura o ne avevano disposto la revoca.

Il significato della ricorribilità in cassazione, e, più in generale, dell'impugnabilità dei provvedimenti era comunque fortemente condizionato dalla regolamentazione dei presupposti e della struttura degli stessi. Invero, anche dopo la riforma del 1955, che ritenne di poter dare attuazione all'esigenza costituzionale di motivazione dei provvedimenti restrittivi della libertà personale, accontentandosi, tuttavia, dell'introduzione nei contenuti del mandato di cattura della "sommatoria enunciazione, compatibile con il segreto istruttorio, dei motivi che ne determinano

diritto al ricorso in cassazione contro tutti i provvedimenti *de libertate* sembra potersi considerare espressione di una prospettiva rivolta alla tutela del *jus litigatoris*, è altrettanto vero che analoga valutazione dovrà essere effettuata per il rimedio processuale esperibile sempre contro tutte le sentenze, quale che sia l'importanza delle stesse sul piano del *jus constitutionis*. In effetti, una così ampia sfera applicativa del ricorso in cassazione si giustifica solo all'interno di una prospettiva garantistica soggettiva, nella quale il mezzo di impugnazione contribuisce a definire il concetto di 'giusto processo' emergente dalla Costituzione: SERGES, *Il principio del "doppio grado di giurisdizione" nel sistema costituzionale italiano*, Roma 1993, p. 199.

⁷ V., al riguardo, GREVI, *Libertà personale*, cit., p. 245, che richiama le decisioni della Corte di cassazione nelle quali si riconobbe all'imputato il diritto di ricorrere per cassazione contro il rigetto della propria istanza di revoca del mandato di cattura o contro le ordinanze sui provvedimenti accessori alla concessione della libertà provvisoria.

l'emissione" (art. 264 comma 2 c.p.p. 1930)⁸, era piuttosto problematico individuare occasioni nelle quali la Corte di cassazione potesse incidere concretamente sulle sorti dell'imputato: il *fumus commissi delicti* era collegato all'accertamento di un presupposto probatorio alquanto vago, i "sufficienti indizi di colpevolezza"⁹, ed il *periculum libertatis*, quando non presunto stante il regime di obbligatorietà dell'emissione del provvedimento restrittivo, veniva ricavato dal semplice apprezzamento delle qualità morali dell'imputato e delle circostanze del fatto¹⁰.

Non pare casuale, quindi, che nel medesimo atto normativo – la l. n. 532 del 1982¹¹ – con il quale il legislatore riconobbe all'imputato il diritto di richiedere il riesame, anche nel merito, dei provvedimenti impositivi della cautela personale emessi nel corso dell'istruzione, furono altresì individuate le finalità così perseguibili¹², furono ipotizzate misure alternative al carcere preventivo¹³ e venne infine potenziato il rilievo

⁸ La presenza della motivazione appariva fortemente attenuata nel suo rilievo garantistico non solo a livello di tecnica espositiva, ma altresì a livello di contenuti, dal momento che la giurisprudenza prevalente ritenne che il limite derivante dalla necessaria compatibilità con il segreto istruttorio escludeva la esplicitazione "delle ragioni per cui un determinato evento" era stato "ritenuto in concreto dotato di efficacia indiziante" (Cass. 18 novembre 1969, Lombardi, in *Cass. Pen. Mass.* 1971, p. 391), se non addirittura l'obbligo di "rendere noti gli specifici elementi emersi a carico dell'imputato" (Cass. 2 luglio 1962, Vecchi, in *Riv. it. Dir. proc. pen.* 1963, p. 332).

⁹ A rendere ancora meno significativo il riferimento al presupposto probatorio, si era affermato in giurisprudenza che nei casi di mandato di cattura obbligatorio non era necessario motivare al riguardo: v., ad es., Cass. 29 settembre 1964, Alberti, in *Cass. Pen. Mass.* 1965, p. 97. Doveva intervenire la Corte costituzionale, supportata comunque da un orientamento di legittimità che aveva opportunamente contrastato la rammentata linea interpretativa (tra le molte, Cass. 30 ottobre 1968, Maculan, in *Cass. Pen. Mass.* 1969, p. 1275), con la sent. n. 64 del 1970, a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 253 c.p.p. 1930, nella parte in cui, alla luce della predetta lettura, "esclude l'obbligo della motivazione in ordine alla sussistenza di sufficienti indizi di colpevolezza". Sul punto, v. l'efficace sintesi di GREVI, *Libertà personale*, cit., p. 149 ss.

¹⁰ Cfr., anche dopo l'importante e già richiamata sent. n. 64 del 1970 della Corte costituzionale, nella quale si era sì 'salvato' l'istituto del mandato di cattura obbligatorio ma si era pure sottolineato efficacemente il carattere cautelare della custodia dell'imputato, Cass. 8 settembre 1971, Citarola ed altri, in *Cass. Pen. Mass.* 1972, p. 1963, ove si continua ad affermare che l'obbligo di motivazione deve reputarsi soddisfatto tutte le volte in cui l'autorità giudiziaria dimostra di aver tenuto conto degli elementi indicati nell'art. 254 comma 2 c.p.p. 1930. Si deve riconoscere, tuttavia, che buona parte della giurisprudenza ebbe a considerare tali parametri solamente come percorsi attraverso i quali accertare una situazione di pericolo per i valori a tutela dei quali poteva ammettersi la carcerazione dell'imputato: Cass. 16 gennaio 1967, Pannuccio, *ivi* 1967, p. 1038.

¹¹ Un percorso garantistico per più versi analogo era stato tracciato, del resto, nel 'punto' 54 della legge delega 3 aprile 1974, n. 108, per la riforma del codice di procedura penale: 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 di Grevi, Bologna 1983, p. 7.

¹² Nell'art. 254 comma 2 c.p.p. 1930, come novellato dall'art. 4 l. n. 532 del 1982, si stabiliva che nell'emissione del provvedimento di cattura si dovesse tener conto "del pericolo di fuga dell'imputato o del pericolo per l'acquisizione della prova, desunti da elementi specifici, nonché della pericolosità dell'imputato, desunta dalla sua personalità e dalle circostanze del fatto, in rapporto alle esigenze di tutela della collettività".

¹³ Per l'appunto, venne inserito un 3° comma nell'art. 254 c.p.p. 1930, in forza del quale l'imputato, invece di essere condotto in carcere, poteva rimanere "in stato d'arresto presso la propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in un luogo pubblico di cura o di assistenza" ovvero essere sottoposto alle prescrizioni di cui all'art. 282 comma 2 c.p.p. 1930 o all'art. 284 comma 2 c.p.p. 1930.

della motivazione nelle ordinanze *de libertate*¹⁴.

2. Uno sguardo sul presente: il diritto al controllo sul corretto esercizio del potere cautelare.

L'attribuzione ad un organo giurisdizionale non coinvolto da logiche istruttorie nel processo principale doveva portare non pochi studiosi ad escludere che si fosse avuta la previsione di una vera e propria impugnazione¹⁵, dovendosi piuttosto riconoscere l'introduzione di una convalida della misura emessa, convalida sollecitata dall'impulso della parte¹⁶, se non anche la disciplina di un procedimento diretto ad una nuova emissione del provvedimento in ragione dei poteri integrativi della motivazione, così da dar vita ad una fattispecie a formazione eventualmente progressiva¹⁷. Ed invero, simili approcci potevano rinvenire una sostanziale conferma nella ricordata delimitazione operativa del nuovo istituto, attivabile soltanto sino all'emissione dell'ordinanza di rinvio a giudizio, così che la funzione essenziale del riesame poteva risultare costituita dall'assicurazione della presenza di un giudice collegiale estraneo allo svolgimento delle indagini, chiamato a pronunciarsi sulla legalità di una decisione *de libertate* assunta da un organo giudiziario, il pubblico ministero od il giudice istruttore, ritenuto non sufficientemente 'affidabile' a livello di imparzialità¹⁸.

Certo, che già con la riforma del 1984 e con l'ampliamento dell'ambito oggettivo di esperibilità del riesame a tutti i provvedimenti adottati nella fase del giudizio¹⁹, queste ricostruzioni perdevano larga parte della loro attendibilità ed acquistava sempre più consistenza la tesi che vedeva nel nuovo strumento processuale un rimedio generale, da ricondurre all'interno delle impugnazioni²⁰, "azionabile quale che fosse lo

¹⁴ Con l'art. 10 l. n. 532 del 1982, nel testo dell'art. 264 c.p.p. 1930, il riferimento alla "sommatoria enunciazione" veniva sostituito con l'obbligo di fornire la "specifica enunciazione degli indizi di colpevolezza", che si aggiungeva all'indicazione dei motivi che avevano determinato l'emissione del provvedimento di cattura.

¹⁵ Una sintesi delle varie opinioni espresse sulla natura del controllo assicurato con il riesame viene proposta da SPAGNOLO, *Il tribunale della libertà (tra normativa nazionale e normativa internazionale)*, Milano 2008, p. 26 ss. Per una più ampia trattazione dei profili dogmatici dell'istituto, v. FERRAIOLI, *Il riesame dei provvedimenti sulla libertà personale*, Milano 1989, p. 189 ss.

¹⁶ In questi termini, AMADIO, *Il processo penale nella parabola dell'emergenza*, in Cass. Pen. 1983, p. 2121.

¹⁷ Per questa impostazione, cfr. GREVI, *Tribunale della libertà, custodia preventiva e garanzie individuali*, cit., p. 32.

¹⁸ Sul punto, di recente, GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Padova 2012, p. 43 e p. 248, che rammenta le osservazioni di CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, v. II, Milano 1984, p. 361, per il quale sembrava destinata a sbiadire l'esigenza di un controllo sul merito da parte del tribunale della libertà, una volta assicurata la piena giurisdizionalità dell'organo emittente.

¹⁹ Sia consentito il rinvio a MARZADURI, *Riesame dei provvedimenti restrittivi della libertà personale*, in Noviss. Dig. It., App., v. VI, Torino 1986, p. 786.

²⁰ V., in particolare, sia pure con diversità di accenti, ILLUMINATI, sub art. 7 l. n. 532 del 1982, in LP 1983, p. 101; MENCARELLI, *La nuova disciplina in materia di provvedimenti restrittivi della libertà personale e sui sequestri*, in Riv. it. dir. proc. pen. 1982, p. 1433; nonché CORDERO, *Procedura penale*, Appendice, Milano 1983, p. 12, che

stato del processo principale e quali che fossero le garanzie ivi assicurate”²¹. Invero, non sembra condivisibile, anche se piuttosto diffusa, “l’idea che ogni possibile scelta legislativa circa gli assetti dell’incidente cautelare possa condurre ad una sorta di osmosi di garanzie tra i diversi gradi del procedimento *de libertate*”²². Per l’appunto, si deve evitare di pensare che si possa compensare con un’adeguata articolazione dei momenti di controllo il riconoscimento di garanzie, la cui presenza è imposta *ab ovo* dal rispetto del principio di inviolabilità della libertà personale, ed al contempo non si deve ritenere, in ossequio alle pur consistenti esigenze di economia processuale, che la crescita di tutela nella fase di adozione del provvedimento restrittivo possa condurre *tout court* all’eliminazione degli strumenti di controllo nel merito²³.

L’attuale disciplina delle impugnazioni dei provvedimenti sulle misure cautelari personali, come noto, prevede la riesaminabilità anche nel merito di tutte le ordinanze che dispongono una misura coercitiva, salvo che si tratti di ordinanza emessa a seguito di appello del pubblico ministero (art. 309 c.p.p.). Ne segue la mera appellabilità delle ordinanze che sostituiscono la misura originaria²⁴ o che applicano una misura interdittiva, con evidenti contraccolpi sul piano dell’efficienza e della tempestività del controllo.

Con riguardo allo schema procedimentale, alle parti è garantito il diritto di partecipare all’udienza, anche se non mancano pronunce per le quali sarebbe rimessa al giudice la valutazione dell’opportunità di procedere all’ascolto diretto dell’imputato detenuto fuori circondario, invece che demandare l’incombente al magistrato di sorveglianza; ciò a dispetto dei contenuti di una ormai datata decisione della Corte costituzionale in cui si era riconosciuto al giudice il potere di procedere all’audizione diretta, allorquando il soggetto ne avesse fatto richiesta o tale attività fosse stata ritenuta opportuna²⁵.

Quanto al controllo sul merito, la proponibilità del riesame anche senza motivi si riflette sul potere cognitivo e decisorio del tribunale della libertà. Difatti, non trovando applicazione il *tantum devolutum quantum appellatum*, il collegio potrà annullare o riformare il provvedimento impugnato “anche per motivi diversi” da quelli eventualmente enunciati ovvero potrà confermarlo “per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione” (art. 309 comma 9 c.p.p.); ed è interessante segnalare come questa peculiarità dell’istituto, che alle origini rifletteva tanto la pratica impossibilità per la parte di formulare censure nei confronti dell’operato del primo giudice, per cui si era arrivati a definire l’istanza di riesame una “mera protesta di

in seguito, pur mantenendo fermo il richiamo alla categoria delle impugnazioni, avrebbe collocato l’istituto del riesame nel novero dei mezzi di gravame: *Procedura penale*, Milano 2006, p. 1105.

²¹ SPAGNOLO, *Il tribunale*, cit., p. 21.

²² Sul tema, v. GIULIANI, *Autodifesa*, cit., p. 248.

²³ Così, con toni opportunamente netti, CERESA-GASTALDO, *Riformare il riesame dei provvedimenti di coercizione cautelare*, in *Riv. dir. proc.* 2011, p. 1177 s..

²⁴ In giurisprudenza, peraltro, questa regola non viene rispettata laddove la misura coercitiva sia stata disposta, per la prima volta, in sostituzione di una misura interdittiva: Cass. 12 maggio 1995, Galione, in *CED m.* 201749.

²⁵ Corte cost., sent. 17 gennaio 1991, n. 45. Sul punto, v., anche per ampi riferimenti al dibattito giurisprudenziale, SPAGNOLO, *Il tribunale*, cit., p. 226 ss.

ingiustizia”²⁶, quanto l’esclusione anche fisica della difesa dall’udienza camerale, così che “l’unica garanzia per l’indagato risiedeva nella devoluzione dell’intera cognizione ad un *diverso* giudice”, permanga oggi nonostante il diritto per la difesa di visionare gli atti presentati dal pubblico ministero per chiedere l’emissione del provvedimento coercitivo e la tendenziale posizione di parità tra le parti davanti al giudice dell’impugnazione²⁷.

Ebbene, questi connotati dei poteri cognitivi e decisorii del tribunale della libertà sono stati utilizzati da una consistente parte della giurisprudenza per giungere ad individuare in capo a tale giudice un potere sostitutivo quanto all’emissione di un valido provvedimento, per cui la decisione impugnata e quella emessa a seguito del riesame sarebbero solo elementi formalmente distinti di una fattispecie complessa ed unitaria, a formazione progressiva²⁸, con esiti piuttosto sconcertanti soprattutto relativamente all’individuazione degli spazi residui per far valere i vizi di motivazione dell’ordinanza impugnata²⁹.

3. Uno sguardo sul futuro: ipotesi di riforma della disciplina delle impugnazioni delle misure cautelari personali, tra mantenimento delle garanzie e razionalizzazione del sistema.

Le più recenti prospettive di riforma del sistema delle impugnazioni sui provvedimenti in materia di misure cautelari personali hanno preso spunto da una riflessione generale sul ruolo della Corte di cassazione e sull’esigenza di ridurre il peso dei ricorsi, al fine di poter recuperare un giudice ultimo in grado effettivamente di regolare la giurisprudenza nel rispetto di quanto stabilito nell’art. 65 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, disposizione dove, come noto, si individuano le attribuzioni dell’“organo supremo della giustizia”, quale soggetto deputato ad assicurare “l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge” e “l’unità del diritto oggettivo nazionale”³⁰.

Indubbiamente, anche nel settore della libertà personale dell’imputato non possono non essere condivisi i valori sottesi all’uniformità della giurisprudenza: “la parità di trattamento delle persone che ricorrono alla tutela giurisdizionale; la prevedibilità delle decisioni giudiziarie; più in generale una almeno tendenziale certezza nella conoscenza del contenuto delle disposizioni normative”³¹. Né sembra possibile eliminare, o, quantomeno, attenuare il significato di tali aspetti nell’ambito

²⁶ Così, incisivamente, CRISTIANI, *Aspetti problematici del contraddittorio nel riesame dei provvedimenti restrittivi della libertà personale*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.* 1984, p. 979.

²⁷ SPAGNOLO, *Il tribunale*, cit., p. 138 s.

²⁸ Cfr. Cass. S.U. 17 aprile 1996, Moni, in *Cass. Pen.* 1996, p. 3276. Tra le tante, v. anche, più di recente, Cass. 4 dicembre 2006, Blasi ed a., in *CED m.* 235622.

²⁹ In merito, v., in particolare, CERESA-GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano 1993, p. 188 ss.; ID., *Riformare il riesame*, cit., p. 1179 s.

³⁰ Per un’accurata analisi di detti contenuti normativi, cfr. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino 1999, p. 235 ss.

³¹ Così, con efficace sintesi, LUPO, *La Corte di cassazione nella Costituzione*, in *Cass. Pen.* 2008, p. 4457.

delle misure cautelari personali, come, forse, potrebbe ipotizzarsi se si aderisse alla tesi in forza della quale nell'art. 111 comma 7 Cost., a seguito dell'inserimento della ricorribilità dei provvedimenti *de libertate*, conviverebbero due anime del ricorso in cassazione, aventi riguardo una alla funzione nomofilattica dell'impugnazione, in linea con la concezione tradizionale approfondita soprattutto negli studi di Piero Calamandrei, l'altra alla tutela garantistica del bene fondamentale protetto nell'art. 13 Cost., quindi, al profilo impugnatorio come garanzia meramente individuale³². Invero, la struttura della disposizione costituzionale è unitaria, nella misura in cui riferisce ad entrambe le ipotesi di provvedimenti il principio di generalità dell'utilizzo dello strumento di controllo e di delimitazione dei motivi del ricorso alle sole violazioni di legge³³. Piuttosto, qualche perplessità merita di essere avanzata nei confronti di quelle impostazioni per le quali il presupposto implicito della previsione sulla ricorribilità in cassazione sarebbe costituito dalle funzioni di nomofilachia già riconosciute nell'ordinamento giudiziario alla Corte di cassazione³⁴. Difatti, alla luce del dettato costituzionale non si può fare a meno di riconoscere una significativa distanza tra la disciplina così delineata ed i fondamenti di una teoria che continua a ritenere l'interesse generale alla nomofilachia prevalente sull'interesse individuale ad una giusta definizione del processo³⁵, tanto da far concludere polemicamente un noto studioso del processo civile con l'affermazione che l'unica realistica funzione nomofilattica sarebbe quella che riflette la garanzia della giustizia della singola decisione³⁶. Ed in effetti solo una scelta decisa del legislatore nella direzione della tutela del *jus constitutionis*, inevitabilmente modificativa dell'odierno art. 111 comma 7 Cost., può dare risposta a chi vuol vedere nella Corte di cassazione quel giudice supremo chiamato ad intervenire esclusivamente, o comunque, prevalentemente, in presenza di questioni giuridiche che assumono rilevanza, al di là della specifica vicenda processuale dalla quale sono emerse³⁷.

³² Cfr. LUPO, *La Corte*, cit., p. 4449, che riprende le considerazioni svolte da DENTI, sub art. 111 Cost., in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma 1987, p. 31, per il quale "unificando nella medesima proposizione normativa il ricorso contro le sentenze e quello contro i provvedimenti sulla libertà personale, il costituente ha oscurato la sostanziale differenza tra i due tipi di garanzia, avendo inteso con la seconda attribuire il ruolo, estraneo alla nostra tradizione, di tutela dell'*habeas corpus*".

³³ V. anche *retro*, nt. 6.

³⁴ In questi termini, invece, LUPO, *La Corte*, cit., p. 4454, che, peraltro, ricorda come la disposizione proposta da Calamandrei nella quale trovavano conferma i contenuti dell'art. 65 ord. giud. non entrò nel progetto di Costituzione approvato dalla Commissione dei settantacinque. Ma v. già anche PIZZORUSSO, *Corte di cassazione*, in *Enc. Giur.*, v. X, Roma 1988, p. 2; DENTI, *L'art. 111 della Costituzione e la riforma della Cassazione*, in *Foro it.* 1987, p. 232 ss.

³⁵ Cfr., tra i processualcivili, BOVE, *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, p. 949; G.F. RICCI, *La Suprema corte tra funzione nomofilattica e tutela dello jus litigatoris. Il problema alla luce del controllo della motivazione*, ivi 2009, p. 578 s.

³⁶ Così VERDE, *In difesa dello jus litigatoris (sulla Cassazione come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *Riv. dir. proc.* 2008, p. 7.

³⁷ Sull'inadeguatezza delle modifiche apportate nel 2006 al processo civile, laddove se ne voglia trarre un reale rafforzamento della funzione di nomofilachia attribuita alla Corte di cassazione, v., in particolare, G.F. RICCI, *La Suprema Corte*, cit., p. 600 s.

La prospettiva di una rivisitazione del sistema delle impugnazioni *de libertate*, comunque, quale che sia l'equilibrio raggiunto nella tutela del *jus litigatoris* e del *jus constitutionis*³⁸, dovrà partire dalla considerazione del carattere di inviolabilità del bene, quindi, dall'esigenza di apprestare tutte le soluzioni normative che potranno ridurre le ipotesi di un sacrificio ingiustificato della libertà personale. Il che, peraltro, non pare impedire operazioni di razionalizzazione nel dosaggio delle garanzie, che possono pure condurre ad una diversa individuazione dell'area dei provvedimenti riesaminabili, appellabili e/o ricorribili.

Nelle recenti proposte avanzate in seno all'Associazione tra gli studiosi del processo penale, un punto fermo pare costituito dal regime concernente i provvedimenti che applicano le misure coercitive, per i quali dovrebbe rimanere ferma la previsione del riesame e del ricorso per cassazione³⁹. Si tratta di una scelta che sicuramente merita apprezzamento, anche se non riflette contenuti sempre riconducibili all'art. 13 Cost.⁴⁰, dal momento che non tutte le misure coercitive incidono sulla libertà personale. Il che potrebbe legittimare una diversa individuazione dei provvedimenti riesaminabili e ricorribili, fondata sulla delimitazione ai soli casi di provvedimenti che effettivamente possono dirsi limitativi della libertà personale dell'imputato ovvero sulla valutazione dell'incidenza della misura cautelare sulla persona dell'imputato. E' questa seconda opzione quella che merita maggiore attenzione: non si può negare che l'applicazione delle misure interdittive possa ingenerare conseguenze assai più pesanti di quelle riconducibili ad un divieto di espatrio o ad un obbligo di presentazione agli uffici di polizia giudiziaria⁴¹. Potrebbe quindi essere valorizzato il livello di incisività sulle libertà della persona dell'esecuzione della misura, per ricavare da tale indice le ragioni della previsione di una garanzia, quale quella del riesame, i cui costi non sono certamente indifferenti⁴². Ed altrettanto può dirsi con riferimento all'estensione dei casi di ricorribilità in cassazione.

Con riguardo all'attuale determinazione dei provvedimenti riesaminabili, inoltre, andrebbe superata quella lettura dell'art. 309 c.p.p., in forza della quale sarebbero soltanto appellabili le ordinanze con le quali viene disposta una misura

³⁸ Correttamente osserva CANZIO, *Le due riforme processuali del 2006 a confronto: vizio di motivazione, autosufficienza del ricorso e accesso agli atti nei giudizi civili e penali di legittimità*, in AA.VV., *Il nuovo giudizio di cassazione*, a cura di Ianniruberto e Moncavallo, Milano 2007, p. 78, come i due principi siano destinati a coesistere nell'esercizio quotidiano delle funzioni di controllo proprie della Corte di cassazione.

³⁹ Si allude al 'punto' 2.4 lett. a) della 'Carta di Napoli' (2014), ma già in questi termini si esprimeva l'Associazione nella versione precedente di detta Carta (2012).

⁴⁰ Così, invece, sembra ritenere FERRUA, *Per il nuovo sistema delle impugnazioni in materia di provvedimenti cautelari*, in AA.VV., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, Milano 2014, p. 89.

⁴¹ Sul punto, di recente, CERESA-GASTALDO, *Riformare il riesame*, cit., p. 1181, che, peraltro, finisce così con l'auspicare l'estensione dell'ambito oggettivo del riesame a tutti i provvedimenti che applicano misure cautelari personali.

⁴² Sul tema dei costi delle garanzie processuali, con specifico riferimento all'art. 111 comma 7 Cost., CHIAVARIO, *La garanzia della ricorribilità e i suoi costi. Riscrivere la norma costituzionale ?*, in AA.VV., *La Corte assediata*, cit., p. 25 ss.

coercitiva nell'esercizio dei poteri di sostituzione *in peius* o di rinnovazione. In effetti, non appare facile comprendere per quale motivo debba differenziarsi la posizione dell'imputato che sia tornato in piena libertà e sia pertanto legittimato a chiedere il riesame nei confronti del provvedimento con il quale viene successivamente disposta una qualsiasi misura coercitiva, da quella dell'imputato che, sottoposto, ad es., al divieto di espatrio, si veda applicare ai sensi dell'art. 299 c.p.p., la misura della custodia in carcere⁴³.

Passando agli aspetti procedurali, le perduranti incertezze giurisprudenziali sul riconoscimento del diritto dell'imputato detenuto in altro circondario a partecipare all'udienza di cui all'art. 309 comma 8 c.p.p., impongono un intervento del legislatore, come, del resto, ipotizzato nel d.d.l. n. 631-B, in corso di esame da parte della Camera dei deputati dopo le modifiche apportate il 2 aprile dal Senato⁴⁴. Le innovazioni relative alla 'partecipazione' della persona offesa nel procedimento cautelare ai sensi dell'art. 282 *quater* c.p.p. e, soprattutto, dell'art. 299 commi 2 *bis*, 3 e 4 *bis* c.p.p., potrebbero spingere a valutare l'opportunità di un coinvolgimento di tale soggetto e del suo difensore nell'udienza di riesame; del resto, se si prevede la possibilità di incidere sull'esito di una richiesta di revoca con la presentazione di memorie, non pare azzardato pensare che facoltà analoghe o simili possano interessare le ipotesi in cui la difesa cerca di raggiungere il medesimo obiettivo liberatorio attraverso la proposizione dell'istanza di riesame⁴⁵.

Alquanto delicata la problematica che attiene alla possibile rilevanza dei vizi della motivazione dell'ordinanza impugnata dinanzi al tribunale della libertà. Invero, sulla scia della teoria che vede nel riesame un vero e proprio nuovo giudizio, che si sovrappone a quello condotto dal giudice che ha disposto la cautela, e lo si è già accennato⁴⁶, si è pervenuti ad un risultato giustamente definito "paradossale: con l'impugnazione l'imputato ristretto in base ad un titolo inadeguatamente motivato non solo non ottiene la dichiarazione di nullità *ex* art. 292 comma 2 lett. c) e c)*bis* c.p.p. (pur trattandosi di invalidità espressamente dichiarata dalla legge come rilevabile d'ufficio), ma finisce per fare un 'favore' al giudice emittente, in soccorso del quale interviene, proprio grazie al riesame, il tribunale, che consolida così l'azione cautelare"⁴⁷.

Sembra così realizzarsi una sorta di 'delega' al giudice del controllo rispetto ad obblighi che non possono non essere adempiuti dal giudice che dispone la misura restrittiva. Invero, una simile gestione processuale dei vizi della motivazione dell'ordinanza cautelare contrasta con l'estrema attenzione con la quale il legislatore ha

⁴³ Al riguardo, CERESA-GASTALDO, *Il riesame*, cit., p. 68 ss.; MARZADURI, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. Pen.*, v. VIII, Torino 1994, p. 94.

⁴⁴ Nei commi 6 e 8 *bis* dell'art. 309 c.p.p., così come modificato dal testo legislativo ancora *in itinere*, si prevede che l'imputato possa chiedere di comparire personalmente e, una volta fatta tale richiesta, gli viene riconosciuto il diritto relativo.

⁴⁵ Sull'inadeguatezza delle soluzioni normative recepite nel c.p.p., a fronte delle garanzie di informazione e di partecipazione della persona offesa imposte dalla Convenzione di Istanbul, ratificata con l. n. 77 del 27 giugno 2013, e della Direttiva 2012/29/UE, v. [SEPE, Violenza di genere e consultazione della persona offesa nelle vicende estintive delle misure cautelari](#), in *questa Rivista*, 9 luglio 2014, p. 4.

⁴⁶ *Retro*, § 2, nt. 28 e 29.

⁴⁷ CERESA-GASTALDO, *Riformare*, cit., p. 1180.

inteso disciplinare tale tematica nell'art. 292 c.p.p., dove, volendo, lo sforzo di analisi supera quello dedicato alla motivazione della sentenza dibattimentale⁴⁸. L'attività integrativa riconosciuta al tribunale della libertà rende completamente vani i tentativi di dare così rilievo ad un tema centrale nell'ambito già della disciplina costituzionale del provvedimento *de libertate*, soprattutto per quelle pronunce che giungono ad ammettere la supplenza dell'organo collegiale anche nel caso di totale mancanza della motivazione⁴⁹. In una prospettiva meno preoccupante si collocano tuttavia svariate decisioni della Corte di cassazione, per le quali il potere integrativo postula comunque la presenza nell'atto impugnato di motivate ragioni, non potendosi altrimenti ipotizzare una conferma per "ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione" (art. 309 comma 9 c.p.p.): ne segue che dovrà disporsi l'annullamento non solo dell'ordinanza mancante di motivazione in senso grafico, ma anche di quella dalla cui lettura non è possibile l'individuazione degli indizi, delle esigenze cautelari perseguite, dei motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa⁵⁰, stante l'assoluta inadeguatezza o l'apoditticità delle affermazioni che danno (apparente) corpo all'apparato motivazionale⁵¹.

Questa impostazione ha trovato traduzione nel ricordato d.d.l. n. 631-B, nel quale, ai sensi del novellato art. 309 comma 9 si stabilisce l'annullamento del provvedimento impugnato "se la motivazione manca o non contiene l'autonoma valutazione, a norma dell'art. 292, delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa". Viene così individuato un 'onorevole' compromesso tra l'esigenza di dare una qualche consistenza all'obbligo di motivare i provvedimenti restrittivi e l'esigenza di valorizzare sul piano dei tempi processuali l'intervento di un organo collegiale chiamato a giudicare nel merito⁵². Del resto, nell'art. 309 comma 9 c.p.p. si riconosce al tribunale della libertà il potere di annullare il provvedimento impugnato, ma anche il potere di confermarlo per ragioni diverse da quelle indicate dal giudice emittente: solo se si riterrà di eliminare questa facoltà, potrà assumere piena rilevanza in sede di riesame la gamma dei vizi di motivazione.

Nella medesima proposta di riforma dell'art. 309 c.p.p., peraltro, si rinviene un' apprezzabile attenzione alle difficoltà, per la difesa e per i giudici, di conoscere adeguatamente la vicenda *de libertate* nel rispetto di una tempistica estremamente

⁴⁸ Per uno spunto in tal senso, SPAGNOLO, *Il tribunale*, cit., p. 348.

⁴⁹ V., tra le più recenti, oltre a Cass. 4 dicembre 2006, cit., Cass. 2 febbraio 2011, in *Cass. Pen.* 2012, p. 3491, che esclude radicalmente la possibilità per il tribunale del riesame di annullare il provvedimento cautelare per difetto di motivazione, potere riservato solo al giudice di legittimità.

⁵⁰ Con specifico riferimento a questa ipotesi, si è correttamente sottolineato come il disposto dell'art. 292 comma 2 lett. c *bis* c.p.p., preoccupandosi "della provenienza più che dell'efficacia dimostrativa" dei singoli elementi, ricollegli la nullità "ad un mero *error in procedendo* avulso da giudizi di contenuto e rilevanza e come tale rilevabile dal mero raffronto tra l'ordinanza impugnata e gli atti trasmessi ai sensi dell'art. 309 comma 5 c.p.p.": 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. 1309.

⁵¹ In questi termini, Cass. 15 luglio 2010, p.m. in c. Lteri Lulzim, in *CED m.* 249148; Cass. 11 ottobre 2007, Verdesan, in *Cass. Pen.* 2009, p. 269.

⁵² Sembra escludere la possibilità di un'integrazione della motivazione CERESA-GASTALDO, *Riformare*, cit., p. 1180. *Contra*, ORLANDI, *Riesame del provvedimento cautelare privo di motivazione*, in *Cass. Pen.* 1996, p. 1525 ss.

serrata. Laddove approvate le modifiche ipotizzate, il tribunale, su richiesta personale dell'imputato o d'ufficio, potrà differire la data dell'udienza da un minimo di cinque ad un massimo di dieci giorni, se vi sono giustificati motivi o sulla base della complessità del caso e del materiale probatorio (art. 309 comma 9 *bis* c.p.p.). Ed il sacrificio così imposto alla tempestività della risposta giurisdizionale⁵³, pare trovare una congrua compensazione a livello di approfondimento delle problematiche da trattare davanti al giudice del riesame.

Nelle citate proposte dell'Associazione G.D. Pisapia, ai fini di una deflazione delle impugnazioni *de libertate*, si è poi suggerito di mettere in alternativa appello e ricorso in cassazione per tutti i provvedimenti non riesaminabili, con l'inammissibilità del ricorso se viene presentato l'appello e l'inammissibilità dell'appello se viene presentato il ricorso. Al riguardo, si è escluso che il regime conseguente potesse essere in contrasto con l'art. 111 comma 7 Cost. "perché già nel sistema processuale vigente, persino per le sentenze, si prevede che un rimedio alternativo al ricorso in cassazione possa soddisfare il bisogno di tutela garantito dalla norma costituzionale (v. art. 568 comma 2 c.p.p. in materia di sentenze sulla competenza)"⁵⁴.

Una simile soluzione pare invece legittimare più di una perplessità⁵⁵. Da un lato, la garanzia del ricorso per cassazione non può considerarsi eliminabile in conseguenza della previsione di un diverso strumento processuale in grado di dare risposta all'esigenza di protezione della libertà personale. Invero, se così fosse si potrebbe escludere sempre e comunque la ricorribilità di tutti i provvedimenti sottoponibili a riesame. Dall'altro lato, l'esempio fornito dal regime delle sentenze sulla competenza non appare particolarmente utile, in quanto, come più volte segnalato in giurisprudenza, la non ricorribilità per cassazione delle stesse si giustifica nella misura in cui, qualora diano concretamente luogo al conflitto, questo viene sottoposto per la risoluzione alla Corte di cassazione, mentre nel caso in cui non diano luogo al conflitto, la questione relativa alla competenza può essere liberamente prospettata davanti al giudice che procede e dedotta come motivo d'appello e di ricorso in cassazione⁵⁶.

Il Costituente, nel prevedere lo specifico mezzo di impugnazione del ricorso per cassazione, intendeva sì assicurare una garanzia, ma anche consentire alla Corte, quale giudice supremo, un sindacato generale sulla legittimità di tutte le sentenze e tutti i provvedimenti *de libertate*. Solo un intervento sull'art. 111 comma 7 Cost.⁵⁷ potrebbe,

⁵³ La complessità della vicenda cautelare incide nel d.d.l. citato anche sui tempi del deposito dell'ordinanza del tribunale: i 30 giorni dalla deliberazione possono diventare 45 giorni della deliberazione.

⁵⁴ Carta di Napoli (2014), p. 7.

⁵⁵ Cfr. FERRUA, *Per il nuovo sistema*, cit., p. 91 s., con riferimento alle proposte contenute nella versione 2012 della Carta di Napoli, nella parte in cui si prevedeva il riesame (?), ma si escludeva il ricorso per cassazione contro i provvedimenti sulle misure interdittive e quelli emessi dopo l'applicazione della misura coercitiva.

⁵⁶ Cass. 10 aprile 1996, p.m. in c. Chierchia ed a., in *Arch.n. proc. pen.* 1996, p. 796.

⁵⁷ In proposito, ci pare del tutto convincente la proposta avanzata da CHIAVARIO, *La garanzia della ricorribilità*, cit., p. 42 s., per il quale nell'art. 111 comma 7 Cost. potrebbero essere inseriti dei criteri-guida per l'esercizio delle scelte legislative in ordine alla definizione dell'area dei provvedimenti ricorribili, così da tener conto "della natura dei beni e degli interessi pregiudicati e della contestuale previsione di altri mezzi di impugnazione utilizzabili nel corso del procedimento".

pertanto, consentire modifiche del tipo di quella appena considerata, almeno laddove queste vengano a coinvolgere provvedimenti che incidono sulla libertà personale e non su altre libertà della persona.

Non sembra invece porre problemi di legittimità costituzionale l'abolizione dell'appello del pubblico ministero contro tutti i provvedimenti sulla libertà personale. Sul punto, è stata chiamata in causa la presunzione di non colpevolezza, che imporrebbe alla pubblica accusa di prestare acquiescenza in una materia in cui deve prevalere l'interesse dell'imputato⁵⁸. Detto richiamo non appare convincente: "Comunque la si intenda, la formula contenuta nel 2° comma dell'art. 27 Cost. non esclude affatto che il giudice possa commettere un grave errore (...) nel negare una misura coercitiva; e, dunque, non appare incompatibile con il potere di impugnazione del pubblico ministero"⁵⁹. Piuttosto, ma su un piano non di doverosità costituzionale ma di opportunità costituzionale, la scelta di rendere inappellabili da parte del pubblico ministero i provvedimenti *de quibus* riflette il significato dell'inviolabilità della libertà personale proclamata nell'art. 13 comma 1 Cost., inviolabilità che non può non favorire tutte quelle soluzioni che riducono le ipotesi di possibile limitazione di detto bene, laddove non sussistano dati probatori insuperabili che ne giustifichino il sacrificio.

⁵⁸ Carta di Napoli (2014), p. 8.

⁵⁹ FERRUA, *Per il nuovo sistema*, cit., p. 95.