



**Tribunale di Nola**  
*Sezione dei Giudici per le Indagini Preliminari*

n. / R.G.N.R.  
n. / R.G. G.I.P.

**Ordinanza di rimessione degli atti alla Corte Costituzionale**

*(artt. 134 Cost e 23 L. 11 marzo 1953 n. 87)*

*Il giudice per le indagini preliminari, Giuseppe Sepe*

Letta la richiesta del P.m. sede di rinnovazione dell'ordinanza di applicazione della misura cautelare del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla p.o. nei confronti di:

❖ **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX;**

**I N D A G A T O**

*dei reati di cui agli artt. 612 bis co. 1 e 2, 609 bis co. 1 e 3 c.p. (cfr. richiesta del P.M., che qui si ha per richiamata ed allegata);*

**Premessa**

In data 7.5.2015 questo G.I.P. emetteva nei confronti dell'indagato la misura coercitiva del "divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa", eseguita in data 8 maggio del 2015, poi successivamente dichiarata inefficace a decorrere dalle ore 24,00 del 25.5.2015 dal Tribunale di riesame di Napoli, con ordinanza del 22.5.2015, per omesso avviso dell'udienza all'indagato a seguito del mancato perfezionamento del procedimento di notificazione dell'avviso.

In data 23.5.2015 il P.M. richiedeva la riemissione della misura cautelare per i reati indicati in rubrica.

Sinora era consolidato il principio per il quale l'inefficacia dell'ordinanza che dispone la misura cautelare, determinata dall'inosservanza dei termini stabiliti dall'art. 309 per la fase del riesame, non costituisce preclusione alla reiterazione del provvedimento coercitivo (Sez. U, n. 11 del 01/07/1992, Rv. 191182).

Infatti la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha posto in evidenza come, in caso di decadenza della misura per superamento dei termini di cui all'art. 309 c.p.p., comma 10, la reiterazione della stessa, ancorché adottata prima ancora che sia stato posto in esecuzione il provvedimento di liberazione conseguente alla perdita di efficacia della precedente ordinanza, deve ritenersi legittima, poiché la regola della preclusione processuale, in forza del principio del *ne bis in idem*, opera solo quando il provvedimento sia stato annullato in conseguenza di un riesame nel merito e non quando la inefficacia della misura è conseguenza di vizi puramente formali, salva l'ipotesi di cui all'art. 302 c.p.p., comma 1, che prevede la possibilità di disporre una nuova misura "previo interrogatorio", da intendersi effettuato in stato di libertà (Sez. Un., Sentenza n. 11 del 01/07/1992 Cc. (dep. 10/09/1992) Rv. 191182-3; N. 340 del 1994 Rv. 197420, N. 1907 del 2000 Rv. 216882; n. 35931 del 15.7.2010, Rv. 248417 e successive conformi).

### **La questione.**

La novella di cui alla Legge 16 aprile 2015 n. 47 ha modificato l'art. 309 co. 10 c.p.p. prevedendo che: *“Se la trasmissione degli atti non avviene nei termini di cui al comma 5 o se la decisione sulla richiesta di riesame o il deposito dell'ordinanza del tribunale in cancelleria non intervengono nei termini prescritti, l'ordinanza che dispone la misura coercitiva perde efficacia e, salve eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate, non può essere rinnovata [...]”*

La disposizione citata impone pertanto di valutare, ai fini della reiterazione della misura cautelare, l'esistenza di “eccezionali esigenze cautelari” che giustifichino e rendano necessaria la rinnovazione del titolo.

Al riguardo, va in primo luogo evidenziato che la categoria delle “eccezionali esigenze cautelari” è prevista dal vigente codice di rito per legittimare l’adozione della misura cautelare della “custodia in carcere” in situazioni, del tutto particolari, ricollegabili a *condizioni soggettive dell’indagato*, ritenute ostacolo all’applicazione dell’estrema misura privativa della libertà personale (donna incinta, madre di prole di età inferiore a sei anni con lei convivente, persona che ha superato i settanta anni di età, o che sia affetta da gravi patologie incompatibili con il regime carcerario ex art. 275 commi 4, 4-bis, 4-ter cpp, ovvero in caso di soggetti tossicodipendenti ex art. 89 dpr 309/90).

Ai sensi del citato art. 309 co. 10 c.p.p., viceversa, le “*eccezionali esigenze cautelari*” vengono in rilievo non già quale condizione per reiterare la sola misura cautelare della custodia in carcere (come nelle ipotesi sopra esaminate) bensì per legittimare la rinnovazione di qualsiasi misura cautelare coercitiva, con l’evidente corollario di determinare, senza ragionevolezza, una sostanziale area di immunità (cautelare) in favore di soggetti (destinatari di misure diverse da quella della custodia in carcere) nei cui confronti la procedura del riesame non si sia potuta completare entro il termine previsto.

E’infatti evidente che la scelta applicativa di una misura coercitiva meno afflittiva di quella carceraria, in omaggio al principio di gradualità, è sintomatica dell’assenza di esigenze cautelari “eccezionali”, dovendosi viceversa presumere che l’individuazione di esigenze di tipo “eccezionale” condurrebbe l’interprete a prescegliere, nell’ambito del ventaglio di misure cautelari di cui agli artt. 275 e ss. del codice di rito, la più grave forma di limitazione della libertà personale, ossia la misura della custodia in carcere.

Ciò comporta che il requisito ulteriore introdotto dalla citata novella finisce per neutralizzare – o comunque per restringere eccessivamente - la possibilità di dare luogo a reiterazioni di titoli cautelari nei confronti di persone già destinatarie di ordinanze applicative di misure cautelari diverse e meno afflittive rispetto a quella della custodia in carcere, poi caducate, senza che ciò trovi giustificazione nel quadro di un ragionevole bilanciamento delle esigenze di tutela sociale con quelle di garanzie individuali, sacrificando di fatto le prime alle seconde in modo del tutto illogico.

Infatti la circostanza che, per ragioni formali (nel caso di specie il difettoso procedimento di notificazione), l'udienza di riesame non sia stata tempestivamente celebrata e che, pertanto, la misura cautelare applicata all'indagato abbia perso efficacia per mancato rispetto del termine perentorio stabilito dall'art. 309 co. 9 c.p.p. (dieci giorni dalla trasmissione degli atti), non ha alcuna attinenza con il piano delle esigenze cautelari, nel senso che non si coglie la ragione per cui collegare l'eventuale rinnovazione del titolo alla sussistenza di esigenze cautelari di rango "eccezionale", specificamente motivate.

Si vuole sostenere che il diritto dell'indagato al controllo giurisdizionale in tempi certi (e rapidi) sulla legittimità della misura cautelare (diritto rinveniente il suo fondamento anche in fonti sovranazionali: cfr. Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, art. 5 par. 4, per cui ogni persona privata della libertà personale ha il diritto di esigere che il tribunale adito "*decida in breve tempo sulla legittimità della sua detenzione*") è garantito - e pienamente - dalla sanzione di inefficacia conseguente alla mancata assunzione della decisione nei tempi prescritti.

Va considerato che la caducazione del titolo cautelare in conseguenza della mancata osservanza del breve termine perentorio imposto per la conclusione del procedimento di riesame è sanzione che colpisce unicamente l'atto già emesso (che resta vanificato nei suoi effetti) sol perché non è stato riesaminato in tempo utile da parte dell'organo competente.

Assoggettare, viceversa, ad un ulteriore più stringente parametro selettivo la possibilità di reiterare il medesimo titolo, a fronte di un compendio indiziario e cautelare che si presume del tutto immutato (e dunque suscettibile di soddisfare i parametri stabiliti dagli artt. 273 e ss. cpp) appare il frutto di una scelta, va ribadito, del tutto irragionevole e non rispettosa dell'equilibrio raggiunto nell'assetto del codice di rito tra la tutela della collettività, da un lato, e le esigenze di rispetto della libertà personale, dall'altro.

Infatti l'aggravamento delle condizioni legittimanti la rinnovazione del titolo cautelare non risulta giustificato dall'eventuale esistenza (provata o presunta) di elementi nuovi, attinenti al quadro probatorio o ai *pericula libertatis*, capaci di incidere, favorevolmente per l'indagato, sulla prognosi cautelare, di modo che la

pretesa di esigenze cautelari di maggior spessore possa fungere da contrappeso rispetto ad una presunzione di attenuazione dell'intensità delle esigenze stesse.

Appare, dunque, evidente che la disposizione di cui è domandata la declaratoria di illegittimità costituzionale va a rompere l'equilibrio risultante da un complesso di norme che, *“pur riconoscendo l'insopprimibile esigenza di salvaguardare la libertà dell'indagato e dell'imputato in funzione della quale ha fissato nell'art. 303 c.p.p. i termini di durata delle misure cautelari ed ha stabilito nell'art. 280 c.p.p. i limiti qualitativi e quantitativi di pena nel cui ambito può ammettersi la compressione di tale bene primario, ha più volte privilegiato le esigenze di tutela collettiva su quella individuale ammettendo nell'art.305 c.p.p. la possibilità di proroga della custodia cautelare e nell'art. 307, comma 2 lett. a e b, c.p.p. il ripristino della custodia in carcere, pur in presenza di termini di custodia già scaduti, nel caso di dolosa trasgressione delle prescrizioni inerenti la misura cautelare applicata all'atto della scarcerazione per decorrenza dei termini stessi e con la sentenza di primo o di secondo grado quando ricorra l'esigenza cautelare prevista dall'art. 274, c. 1 lett. B, c.p.p. per essersi l'imputato dato alla fuga o a fronte del concreto pericolo "che egli si dia alla fuga" (cfr. Cass. Sez. U, Sentenza n. 11 del 1992).*

Ma soprattutto la disposizione di cui si domanda la declaratoria di illegittimità costituzionale finisce per riservare alla caducazione della misura cautelare in sede di riesame un trattamento ingiustificatamente differenziato rispetto a quello previsto dall'art. 302 c.p.p. per l'ipotesi di inefficacia conseguente all'omesso interrogatorio entro il termine previsto dall'art. 294 c.p.p. laddove l'unico requisito richiesto dalla legge ai fini della reiterazione della misura è il previo interrogatorio, alla luce del quale valutare la permanenza delle condizioni indicate negli artt. 273, 274 e 275 c.p.p., non richiedendosi, in tal caso, la motivata presenza di esigenze “eccezionali”.

Così come pure nella procedura relativa al mandato di arresto europeo, con riferimento al caso di sopravvenuta inefficacia di ordinanza restrittiva della libertà personale a causa del mancato invio da parte dell'autorità richiedente degli atti previsti dall'art. 13 della legge 22 aprile 2005, n. 69, ovvero in caso di misura cautelare disposta da giudice incompetente e rinnovata ad opera di quello competente a norma dell'art. 27 c.p.p., tutti casi in cui la caducazione della misura non comporta alcun irrigidimento delle condizioni richieste per la reiterazione del titolo, a fronte di una situazione sottostante che evidentemente

si presume invariata e tale da non richiedere la ricorrenza di presupposti cautelari di rango eccezionale, rimanendo affidato al prudente apprezzamento del Giudice il compito di valutare discrezionalmente la necessità di reiterare il titolo cautelare, ovvero di non reiterarlo a fronte di nuovi elementi che facciano ritenere elise le esigenze cautelari a suo tempo enucleate.

Le conseguenze irragionevolmente disparitarie della modifica legislativa sono inoltre accentuate nelle ipotesi in cui il procedimento riguardi due o più co-indagati, laddove la perdita di efficacia del titolo cautelare nei confronti di taluno di essi, potrebbe comportare esiti cautelari differenziati a parità di presupposti sottostanti. A parità di esigenze, l'assenza di esigenze "eccezionali" garantirebbe l'immunità cautelare ai co-indagati nei cui confronti il titolo abbia perso efficacia, con manifesta violazione del principio di eguaglianza dettato dall'art. 3 della Costituzione.

Ancora va osservato che l'art. 309 co. 10 nuovo testo c.p.p. ridimensiona l'esercizio del potere cautelare disattendendo i principi di cui all'art. 101, comma 2, della Costituzione e all'art. 104, comma 1, della Costituzione, perché il Giudice sarebbe soggetto non solo alla legge, ma anche, come nel caso di specie, alla tempestività e regolarità del sub-procedimento di notificazione dell'avviso all'indagato, di fatto consegnando a soggetti estranei alla giurisdizione il potere di condizionare il fruttuoso esercizio del potere cautelare.

Si ritiene, infatti, che l'art. 309 comma 10 c.p.p. faccia dipendere significativamente la configurazione ed il rinnovato esercizio del potere cautelare da circostanze, del tutto casuali e fuori dal controllo diretto dell'Autorità Giudiziaria, allorché per motivi formali il procedimento di verifica sollecitato dall'indagato innanzi al Tribunale del riesame non si sia potuto svolgere secondo la tempistica stabilita dalla legge, aggiungendo alla caducazione del titolo cautelare prevista dal citato art. 309 co. 10 c.p.p. (sanzione che di per sé esaurisce e soddisfa l'intento garantistico collegato alla mancata osservanza dei termini di verifica della misura genetica, ripristinando in tutto il suo vigore il diritto alla libertà personale dell'indagato) un ulteriore "scudo" protettivo a valere per gli interventi cautelari futuri, che troverebbero ostacolo nella riscontrata assenza di esigenze cautelari "eccezionali".

**La rilevanza della questione**, nel caso specifico è data dal fatto che, per le peculiarità dei fatti oggetto della richiesta del P.M., la questione risulta decisiva per la valutazione inerente la reiterazione del titolo, giacché, nella specie, non si evidenziano concreti elementi per ritenere che sussistano “eccezionali esigenze cautelari” che permettano la rinnovazione della misura.

Va precisato che, in sede di interrogatorio di garanzia, l’indagato ha svolto difese che, sebbene suscettibili di approfondimento in sede investigativa, non sono idonee in questa fase a neutralizzare il presupposto di gravità indiziaria (art. 273 c.p.p.) costituito dalle numerose denunce-querelle sporte dalla parte lesa, né ad elidere, in virtù di una condotta caratterizzata dalla reiterazione di molestie e comportamenti intimidatori per un rilevante arco temporale, il pericolo concreto ed attuale di reiterazione di ulteriori condotte della stessa specie, anche alla luce di quanto dichiarato dalla parte lesa all’indomani dell’esecuzione della misura stessa.

In altre parole la disposizione normativa in esame (la cui applicazione, trattandosi di disposizione processuale, è operante per il principio *tempus regit actum*) costituisce un ostacolo insuperabile alla reiterazione del presidio cautelare in quanto, pur nella perdurante sussistenza delle ragioni giustificatrici dell’intervento cautelare, la misura non può essere reiterata non sussistendo esigenze cautelari “eccezionali” ma unicamente quelle previste in via generale dall’art. 274 lett. c) c.p.p.

Né si ritiene possibile fornire della norma in questione (la quale accomunando tutte le misure cautelari coercitive subordina la reiterazione di qualsiasi di esse alle motivate eccezionali esigenze) un’interpretazione correttiva che ne preservi la compatibilità costituzionale.

Occorre infatti evidenziare che una lettura costituzionalmente orientata che limiti l’operatività della disposizione alla misura della custodia in carcere escludendo le altre tipologie di misure si risolverebbe in un’interpretazione *contra legem*, dal momento che la norma citata fa riferimento all’ordinanza che dispone la misura coercitiva senza alcuna distinzione nell’ambito del relativo *genus*. Peraltro che non sia possibile interpretare riduttivamente la norma è provato dal fatto che la sanzione dell’inefficacia conseguente all’inutile decorso dei termini va

certamente a colpire ogni misura coercitiva sicché non è sostenibile che il soggetto della medesima proposizione (l'ordinanza che dispone la misura coercitiva) cambi significato a seconda degli effetti delineati dalla norma (inefficacia, rinnovazione).

Si ritiene dunque necessaria una pronuncia elidente, perché i mezzi interpretativi non permettono di giungere ad una lettura della disposizione in esame che ne salvaguardi la tenuta costituzionale.

Va pertanto sollevata, in quanto rilevante e non manifestamente infondata, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 309 co. 10 del codice di procedura penale per violazione dell'art. 3 della Costituzione, principio di eguaglianza sostanziale, per violazione del principio di ragionevolezza, infine per violazione dell'art. 101, comma 2 e dell'art. 104, comma 1, della Costituzione.

Il presente giudizio viene conseguentemente sospeso sino alla pronuncia della Corte costituzionale sulla questione così sollevata, disponendosi l'immediata trasmissione degli atti di causa alla Corte stessa.

### **P. Q. M.**

Il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Nola chiede che la Corte costituzionale, in accoglimento delle censure di cui alla presente ordinanza, voglia dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'articolo 309 co. 10 del codice di procedura penale nella parte in cui prevede che l'ordinanza che dispone una misura coercitiva - diversa dalla custodia in carcere - che abbia perso efficacia non possa essere reiterata salve eccezionali esigenze cautelari specificamente motivate, per violazione dell'art. 3 della Costituzione, principio di eguaglianza sostanziale, del principio di ragionevolezza, dell'art. 101, comma 2 e dell'art. 104, comma 1, della Costituzione.

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio.

Ordina che a cura della cancelleria la presente ordinanza sia notificata alle parti e al Presidente del Consiglio dei ministri nonché comunicata al Presidente del Senato e al Presidente della Camera dei Deputati e all'esito sia trasmessa alla

Corte costituzionale insieme al fascicolo processuale e con la prova delle avvenute regolari predette notificazioni e comunicazioni.  
Riserva all'esito ogni statuizione in rito e nel merito.  
Così deciso in Nola il 28.5.2015.

Il Giudice per le indagini preliminari  
*(Giuseppe Sepe)*