

Il potere di annullare la decisione del giudice incompetente attraverso il contemperamento del supremo valore libertario e le conseguenti ricadute pratiche.

di **Mario Griffo**

Sommario. **1.** Premessa. – **2.** Una bussola sistemica per dirimere la problematica. – **3.** Segue. I poteri, concreti, del giudice del riesame. – **4.** La giuridica sostenibilità della soluzione adottata. – **5.** Una implicazione pratico-difensiva.

1. Premessa

Con sentenza n. 19214 del 23 aprile 2020¹, le Sezioni Unite della cassazione hanno affermato importanti principi.

Innanzitutto, hanno ribadito che le pronunzie sulla competenza sono sottratte al generale regime delle impugnazioni, in quanto affidate alla normativa in tema di conflitti, che individua quale giudice esclusivo la Corte di cassazione, deputata alla tutela di un interesse che è sottratto alla disponibilità delle parti e prescinde, dunque, dall'eventuale sussistenza di un interesse del pubblico ministero a contestare la statuizione negativa adottata nell'incidente cautelare.

Viepiù, hanno specificato che, attraverso un'interpretazione sistematica dell'art. 291, comma 2, c.p.p., spetta al giudice dell'impugnazione cautelare che rilevi l'incompetenza anche il potere di annullare o riformare l'ordinanza genetica: ed è questa la più significativa affermazione di diritto che si ricava dalla lettura del pronunciamento in disamina.

In tal modo, è stato risolto un annoso contrasto sorto in seno alle sezioni semplici: "sostenere che il giudice del riesame, una volta rilevata l'incompetenza, dovrebbe limitarsi a disporre la trasmissione degli atti ai sensi dell'art. 27 cod. proc. pen., senza svolgere la richiesta verifica sulla sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura; il che farebbe sottrarre al soggetto cautelato ogni possibilità di contraddittorio in costanza della limitazione della sua libertà personale e riconoscere la sostanziale insindacabilità, nel merito, del provvedimento genetico.

A tal fine, in maniera del tutto corretta, è stata valorizzata la irragionevole disparità di trattamento che si determina rispetto alla ipotesi in cui l'incompetenza viene riconosciuta dallo stesso giudice che dispone la

¹ In *Giur. it.*, 25 giugno 2020.



misura, atteso che in tal caso, "a quello del riesame viene riconosciuto il potere di valutare la sussistenza dei presupposti per la sua adozione, anche quando già la misura abbia perso efficacia o sia eventualmente intervenuto il provvedimento del giudice competente e la sua decisione, non essendo più in grado di incidere sullo *status libertatis* dell'indagato, rilevi agli esclusivi fini di cui all'art. 314 c.p.p."

La soluzione adottata impone di confrontarsi, *in primis*, con le peculiarità della giurisdizione cautelare, rispetto alle quali può trovare conforto il riconoscimento del "potere valutativo" – sebbene la incompetenza – dei giudici della Libertà.

2. Una bussola sistemica per dirimere la problematica.

Come è noto, due sono le dimensioni che, in concreto, può assumere l'esercizio della giurisdizione penale: l'una soggettiva e, l'altra, oggettiva.

Con ciò si vuole dimostrare che il tema della giurisdizione propone due livelli di approfondimento: l'uno, è relativo alla figura del titolare della funzione, il giudice, al quale l'ordinamento assicura determinate prerogative, predisponendo anche rimedi per far sì che esse trovino completa esplicazione; l'altro, relativo al modo in cui il giudice esercita la funzione, riguarda lo studio delle regole di accertamento.

Ponendo attenzione al modo in cui il giudice esplica la sua funzione, se essa si realizza secondo regole che prevedono l'intervento di almeno due parti, l'una che richiede l'adozione di un provvedimento e, l'altra, che è posta in grado di manifestare il suo punto di vista sulle ragioni addotte dal richiedente, che intende contrastare o, al limite, anche condividere, la giurisdizione si esplicherà nella pienezza del suo contenuto di garanzia nella dialettica delle parti.

La giurisdizione oggettiva, allora, è rappresentata dalla garanzia dell'intervento del giudice nel contraddittorio delle parti laddove, invece, la giurisdizione soggettiva è la garanzia che si assicura con la presenza del giudice, chiamato a pronunciarsi *inaudita altera parte*².

Se si muove da tale assunto, si comprende come il procedimento di riesame, assicurando un contraddittorio — cartolare — successivo e, dunque, una ri-valutazione postuma del provvedimento impositivo della cautela, realizzi l'oggettivazione della giurisdizione.

Questa, invero, l'istanza che conduceva, attraverso la l. 12 agosto 1982, n. 532, ad introdurre nell'ordinamento processuale penale un istituto inedito indicato come «richiesta di riesame», avente ad oggetto provvedimenti in materia di libertà personale e di sequestro che ideologicamente si

² In tal senso, DALIA-FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2000, p. 48-49.

richiamava, con le dovute differenze, all'*habeas corpus* del diritto anglosassone³.

E tale esperienza, felice, del 1982, viene ripresa dal legislatore del 1988 con l'introduzione del procedimento di riesame, capziosamente inserito dalla dottrina dominante tra i mezzi di impugnazione⁴. La conclusione scaturisce dalla petizione di principio secondo cui essendo il mezzo di impugnazione un rimedio giuridico attribuito alle parti per rimuovere un pregiudizio nascente da una decisione del giudice, avrebbe come suo presupposto lo svantaggio derivante da un provvedimento giurisdizionale e come finalità la sua rimozione, *ergo*, il riesame avrebbe natura di impugnazione.

Senonché gli elementi di maggiore discordanza con lo schema generale delle impugnazioni sono di notevole rilievo.

Il primo insiste sulla non necessità dei motivi come requisito di ammissibilità della richiesta e nel correlativo potere del giudice di decidere *extra petita*. L'art. 309 c.p.p., infatti, non pretende, come l'art. 310 c.p.p., i motivi, la cui presentazione è solo facoltativa.

Secondo, il procedimento di riesame ripete un rito camerale in cui le parti o i difensori e gli altri soggetti interessati sono sentiti solo se compaiono; per cui il contraddittorio è sempre e soltanto eventuale e l'*iter* procedurale è impostato in modo tale da consentire al giudice una decisione senza l'intervento delle parti interessate.

Infine, il comma 10 dell'art. 309 c.p.p. stabilisce che, se la decisione sulla richiesta di riesame non interviene entro i termini previsti, il provvedimento restrittivo cessa di avere efficacia.

Queste peculiarità rendono il riesame lontano dalla categoria delle impugnazioni, connotandolo come controllo "atipico" sull'ordinanza applicativa della misura.

Sicché, se il provvedimento del giudice precedente costituisce un momento provvisorio, anticipativo della misura, per assicurare a questa gli effetti propri, il riesame diventa l'ultimo atto — eventuale — di un provvedimento a formazione progressiva; in questo senso si può dire che il procedimento di riesame giurisdizionalizza, nel modo, il provvedimento impositivo della cautela.

3. Segue. I poteri, concreti, del giudice del riesame.

Stante tale natura del procedimento di riesame, è chiaro che esso dovrà necessariamente esplicarsi — sul provvedimento *a quo* — attraverso

³ Tra le proposte sul tappeto vi era anche quella di condizionare la decisione sulla cautela alla decisione di un organo collegiale. La circostanza, tuttavia, pur potendo garantire una maggiore ponderazione nella valutazione concernente l'applicabilità di misure cautelari ne avrebbe potuto comunque determinare una inamovibilità vanificando, di fatto, le "ragioni" del controllo postumo.

⁴ Su tutti, ILLUMINATI, *Commento all'art. 7 l. 12 agosto 1982*, n. 532, in *Legisl. pen.*, 1983, p. 100.



l'immissione del collegio giudicante nei poteri spettanti al giudice emittente.

Scevro da condizionamenti connessi ai limiti cognitivi posti dalla devoluzione "parziale", il tribunale del riesame adotterà le proprie determinazioni secondo un angolo prospettico speculare a quello dal quale aveva tratto scaturigine il provvedimento limitativo della libertà personale.

La lettera del comma 5 dell'art. 309 c.p.p. è eloquente nel palesare come la verifica — di merito e di legittimità — del tribunale del riesame debba appuntarsi proprio su quel materiale che aveva determinato l'adozione dell'ordinanza cautelare.

Ed allora, i caratteri di singolarità che distinguono il riesame dalle impugnazioni ordinarie consentono di interpretare il primo periodo del comma 9 dell'art. 309 c.p.p. nel senso che è possibile addurre nuovi elementi a sostegno della domanda di riesame, a condizione che essi esprimano circostanze favorevoli all'imputato-indagato.

La considerazione discende, evidente, dal connotato di rimedio *ex post* riconosciuto al soggetto già sottoposto a restrizione cautelare.

Ebbene, la limitazione cautelare consegue ad un provvedimento adottato *inaudita altera parte* sulla scorta di una valutazione unilaterale sulle deduzioni formulate dal rappresentante della pubblica accusa, per cui il procedimento disciplinato dall'art. 309 c.p.p. costituisce un rimedio — e non un'impugnazione — riconosciuto al solo fine di consentire la realizzazione del controllo successivo — ed eventuale — in favore del soggetto sottoposto a limitazione cautelare. Dal che consegue che trattandosi di uno strumento predisposto per "sanare" il *deficit* di contraddittorio caratterizzante il provvedimento genetico applicativo della cautela, esso potrà esplicarsi, oltre che sugli elementi trasmessi con la richiesta di applicazione della misura cautelare *ex art. 291 c.p.p.*, soltanto sulle integrazioni di segno positivo per l'imputato-indagato, a beneficio del quale il procedimento è congegnato.

In questa prospettiva, costituendo il riesame l'"occasione" fornita alla parte difesa per controdedurre in ordine alle statuizioni poste a sostegno della decisione cautelare, esso non ammetterà ulteriori acquisizioni *in damno*, appuntandosi sul quadro investigativo cristallizzato con la richiesta di applicazione di misura cautelare.

Se nel momento genetico del procedimento cautelare al pubblico ministero è concesso di selezionare la *discovery* degli atti di indagine, egli, in tal modo, condiziona la piattaforma decisoria precludendone il mutamento *in peius*; il soggetto attinto da misura cautelare, cioè, sarà l'unico legittimato ad introdurre elementi nuovi ed ulteriori.

Alla luce di tali premesse, il primo periodo del comma 9 dell'art. 309 c.p.p. va interpretato nel senso che in udienza non può essere addotto qualsiasi

elemento idoneo a condizionare la decisione del tribunale ma soltanto quelli favorevoli al soggetto limitato nella libertà personale.

La sintesi del ragionamento può essere sviluppata nella constatazione secondo cui l'art. 309 c.p.p. esprime un mutamento di prospettiva del legislatore sul soggetto destinatario della misura cautelare. Mentre il rapporto — unidirezionale — giudice-pubblico ministero si esaurisce nella fase instaurativa del procedimento cautelare, ex art. 291 e segg. c.p.p., attraverso la richiesta di applicazione di misura cautelare rivolta al giudice funzionalmente competente, l'interferenza, effettiva, della difesa sulla vicenda si realizza soltanto attraverso la partecipazione all'udienza disciplinata dall'art. 309 c.p.p.

Sicché, allorquando il legislatore riconosce la possibilità di "annullamento" o di "riforma" dell'ordinanza cautelare, anche per motivi diversi rispetto a quelli adottati a sostegno della dichiarazione di riesame, esprime la necessità che il giudice del riesame, posto nelle stesse condizioni del giudice *a quo*, espliciti il controllo affidatogli, "ascoltando" le ragioni del soggetto sottoposto a cautela che possono essere manifestate anche attraverso la produzione di ulteriori e nuovi elementi a discarico.

In tal modo, si comprende la *ratio* della previsione di perdita di efficacia del provvedimento cautelare nell'evenienza il tribunale non adotti la sua decisione nell'arco temporale individuato dal combinato disposto di cui agli artt. 309 comma 5 e comma 10 c.p.p. La statuizione cautelare, infatti, dotata di legalità formale è suscettiva di decadenza ove non si completi il circuito disciplinato dagli artt. 291 e 309 c.p.p. che impone al giudice *ad quem* non soltanto di rivalutare il materiale posto a base del provvedimento impugnato ma anche l'ascolto "dell'altro".

Su queste basi, può certo apprezzarsi la bontà della decisione adottata dalle Sezioni Unite: il tribunale del riesame essendo "immesso" negli stessi poteri del giudice emittente la misura non può non annullare la decisione cautelare allorquando essa difetti dei presupposti e delle condizioni di legge. E ciò anche perché la realizzazione di un contraddittorio pieno, ma "postumo", obbliga alla ri-valutazione complessiva della vicenda cautelare vagliata, *ab origine*, solipsisticamente dal giudice attivato ai sensi dell'art. 291 c.p.p.

Sono queste constatazioni sulla funzione dell'istituto ad avallare la soluzione per la quale il tribunale del riesame, sebbene incompetente, conserva, pieni, i poteri del giudice emittente la misura cautelare.

4. La giuridica sostenibilità della soluzione adottata.

Al fine di saggiare la correttezza della soluzione prospettata, si muove da una provocazione: la deroga espressamente prevista dall'art. 291, comma 2, c.p.p. non si applica, nell'intenzione del legislatore, anche al giudice dell'impugnazione.

Da tanto la opponibilità della natura eccezionale di tale ultima disposizione e, dunque, l'impossibilità di fornirne interpretazione analogiche o anche solo estensive, atteso che inequivocabilmente il testo della norma farebbe riferimento al giudice che dispone la misura e contestualmente si dichiara incompetente, attribuendo esclusivamente a quest'ultimo il dovere di verificare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura cautelare.

Non è dubbio che il dato testuale del comma 2 dell'art. 291 c.p.p., in astratto, potrebbe prestarsi ad una lettura in tal senso, ma dalla stessa discendono aporie che rischiano di compromettere la stessa compatibilità della norma con i principi costituzionali, a maggior ragione alla luce dell'evoluzione che l'interpretazione dell'art. 27 c.p.p. – il cui testo propone una trama sintattica non dissimile da quella della disposizione in esame – ha avuto quanto alla imposizione anche ad un giudice diverso da quello che ha disposto la misura del dovere di riconoscere l'impotenza non rilevata da quest'ultimo.

Lo stesso tenore letterale dell'art. 291, comma 2, c.p.p. peraltro, evidenzia l'esistenza di un inscindibile collegamento tra due disposizioni ed in particolare tra l'efficacia interinale della misura e la verifica del presupposto dell'urgenza, che la legittima.

Negare, di conseguenza, che tale disposizione trovi applicazione anche qualora l'incompetenza venga rilevata da un giudice diverso da quello che ha applicato la misura si pone in contraddizione con la stessa volontà legislativa, finendo per autorizzare quest'ultimo a prorogare la restrizione della libertà dell'indagato per il tempo indicato nell'art. 27 c.p.p. senza che venga accertato il presupposto che tale proroga giustifica.

Da tanto la conclusione: nell'incidente cautelare, il giudice dell'impugnazione che rileva l'incompetenza di quello che applicato la misura ha il dovere – nei limiti dei poteri cognitivi attribuitigli dalla legge processuale – di verificare, ai sensi dell'art. 291, comma 2, c.p.p. la sussistenza delle condizioni per l'adozione del provvedimento genetico, conservando il potere, nel caso in cui tale verifica abbia esito negativo, di annullare lo stesso ovvero, nel caso contrario, di provvedere ai sensi dell'art. 27 del codice di rito, laddove ravvisi la ricorrenza di anche solo una delle esigenze cautelari riscontrate.

A tali condizioni sussiste, certamente, l'interesse del pubblico ministero a ricorrere avverso il provvedimento del giudice del riesame nella misura in cui questi, annullando l'ordinanza genetica, sostanzialmente esclude l'applicazione dell'art. 27 c.p.p. pur avendo rilevato l'incompetenza.

Una volta attribuito al giudice dell'impugnazione cautelare il compito di verificare (anche in tal caso) la sussistenza delle condizioni che autorizzano l'adozione della misura, nonché il potere di annullare l'ordinanza genetica, è infatti inevitabile riconoscere il "pregiudizio" subito dalla parte pubblica che

aveva conseguito il titolo cautelare ed il suo interesse a perseguire, attraverso la rimozione del provvedimento caducatorio, il ripristino della misura, seppure nei limitati fini di cui all'art. 27 c.p.p.⁵

5. Una implicazione pratico-difensiva.

In termini meramente ordinamentali – e sistemici – la soluzione adottata dal Supremo collegio è ineccepibile.

Tuttavia, bisogna guardare anche alle ricadute pratico-applicative dalla stessa derivanti.

Si pensi, in proposito, al caso in cui il Tribunale del Riesame si limiti a rilevare la incompetenza del Giudice emittente il titolo cautelare e nulla statuisca in ordine allo stesso, cioè ometta di adottare decisione di annullamento (diversamente dal caso trattato dalle Sezioni Unite).

Questo implica, all'evidenza, che i giudici della Libertà hanno ritenuto, pur in ragione dei poteri ufficiosi loro riconosciuti a livello codicistico, che laddove non si fosse materializzata la ipotesi di incompetenza dagli stessi rilevata il provvedimento cautelare impugnato sarebbe stato (*recte*: lo è, di fatto) confermato *in toto*.

Detto altrimenti, ricorrerebbe nella occasione una chiara ipotesi di "conferma implicita" della ordinanza adottata ai sensi dell'art. 292 c.p.p.

Il che importa conseguenze di non poco momento.

Emesso, nuovamente, il provvedimento cautelare ai sensi dell'art. 27 c.p.p. si potrà, ovviamente, fare ricorso – per la seconda volta – al tribunale del riesame ma, in questo caso, con la zavorra di una precedente decisione di conferma, sia pure implicita, dello stesso.

Il profilo si riverbera, inevitabilmente, sulla articolazione delle opzioni difensive nella ponderazione delle – concrete – prerogative decisorie del Giudice del riesame.

A tal uopo, ben potrebbe il difensore, al cospetto di una chiara violazione delle disposizioni in tema di competenza, astenersi dal dedurre in prima istanza – nel merito – in ordine ai momenti attinenti ai gravi indizi di colpevolezza ovvero alle esigenze cautelari, (non) versando agli atti della

⁵ Per queste ragioni non colgono nel segno le posizioni, nel tempo maggioritarie, a mente delle quali il giudice del riesame, una volta rilevata la incompetenza di quello che ha emesso la misura, non avrebbe il potere di annullare il titolo cautelare per la carenza dei presupposti che ne legittimano l'adozione, posto che in tal modo esproprierebbe il giudice di merito competente del suo potere, mentre l'obbligo di verificare le condizioni per l'emissione della misura sarebbe attribuito dall'art. 291 c.p.p. esclusivamente al giudice che disponga la misura dichiarandosi contestualmente incompetente. Conseguentemente, il pubblico ministero sarebbe legittimato a ricorrere avverso il provvedimento di annullamento, al fine di evitare la formazione di un giudicato cautelare in grado di condizionare, per l'appunto, il potere decisorio del giudice indicato come competente (tra le altre, Cass., Sez. VI, 17 gennaio 2007, n. 6858 Capodiferro, in *C.E.D. Cass.*, n. 235629).



procedura elementi "a discarico" nella sua disponibilità dirimenti, riservando la allegazione degli stessi in sede di "secondo" riesame.

In tal modo, si potrà avere contezza, pur nel contingentamento dei tempi necessari per il deposito della motivazione adottata in prima istanza, della presa di posizione del Tribunale del Riesame al cospetto degli elementi cognitivi trasmessi ai sensi dell'art. 309 c.p.p. e valutati *ex officio*.

Nel caso, invece, oltre alle questioni sulla competenza dovessero essere affrontati ed esauriti gli argomenti fondanti la elaborazione della strategia difensiva, diventerà arduo conseguire una rivisitazione, in seconda istanza, della – sia pure implicita – valutazione effettuata dal tribunale del riesame in occasione della declaratoria di incompetenza, sebbene resa *rebus sic stantibus*.

Insomma, il "riconosciuto" potere del tribunale del riesame di penetrare, sempre e comunque, il merito della regiudicanda, pur al cospetto di un vizio di competenza, può avere delle ripercussioni pratiche di non poco momento che impongono, inevitabilmente, una più accorta ponderazione delle scelte difensive al cospetto del nuovo scenario cognitivo disegnato dai giudici di piazza Cavour.