# UNA SINGOLARE ANTIFRASI: I "NUOVI" POTERI RESCINDENTI DEL TRIBUNALE DELLA LIBERTÀ

## A proposito dell'interpolazione dell'art. 309, comma 9 c.p.p. ad opera dell'art. 11 l. 16 aprile 2015, n. 47

Massimo Ceresa-Gastaldo


### Abstract

La recentissima modifica dell'art. 309, comma 9 c.p.p. ad opera dell'art. 11 l. 16 aprile 2015, n. 47, sembra ispirata dalla volontà di esigere dal giudice della misura coercitiva maggior rigore nella stesura della motivazione. In realtà, l'innovazione segna solo in apparenza un progresso: facendo ricorso alla tecnica dell'elencazione disgiuntiva tassativa, il legislatore della riforma riduce, anziché ampliare, il potere di annullamento del tribunale della libertà, limitandolo ai soli casi di mancanza della motivazione, o di mancanza dell'autonoma valutazione di esigenze cautelari, indizi ed elementi forniti dalla difesa. Risulta dunque ribadito il potere di "supplenza" del collegio, per differenza, in tutti gli altri casi di motivazione lacunosa (quale quello, assai diffuso, del silenzio sui criteri di scelta della misura). Con la conseguenza, secondo l'Autore, di rendere probabile la censura della Corte costituzionale.



**Sommario** 1. Un intervento sorprendente. – 2. Motivazione cautelare assente o non "autonoma". – 3. Motivazione carente: non specifica, incoerente, puramente assertiva, lacunosa. – 4. Il (preteso) potere sostitutivo del collegio *de libertate*. – 5. Ma non si voleva "*rafforzare l'obbligo di motivazione*"? – 6. Quel che … è rimasto nella penna del legislatore. – 7. *Breaking point*.

## 1. Un intervento sorprendente.

Non è facile comprendere se la recentissima riforma delle impugnazioni cautelari – e, in specie, l'interpolazione dell'art. 309, comma 9 c.p.p. operata dall'art. 11 l. 16 aprile 2015, n. 47 – sia la conseguenza di una intenzionale virata illiberale o, al contrario, l'infelice esito di un malaccorto tentativo di intervenire sulla disciplina dei controlli *de libertate* con opposte intenzioni.

Quel che risulta evidente è che il risultato, voluto o meno, dell'operazione è un complessivo, assai netto deterioramento della funzione di controllo critico del riesame: un istituto che, da tempo, soffre di una profonda crisi di identità, essendo ormai percepito diffusamente più come pericoloso strumento di supporto dell'azione cautelare, autolesonisticamente attivato dallo stesso imputato, che quale effettivo presidio contro gli eccessi e gli abusi del potere cautelare; e che, con l'ultima manomissione legislativa – che sancisce definitivamente il ruolo di supplenza del tribunale della libertà di fronte al provvedimento restrittivo non adeguatamente motivato – rischia di venire relegato per sempre nella soffitta delle garanzie fittizie.

La previsione, ora inserita nel comma 9 dell'art. 309 c.p.p., secondo cui "*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*" produce un singolare effetto antifrastico: enfatizza il potere di annullamento per vizio della motivazione, per mirare in realtà al risultato opposto, ossia quello di ridurre pressoché a zero – appunto definendolo, ricorrendo alla tecnica dell'elencazione disgiuntiva tassativa – l'ambito d'intervento della decisione rescindente.

## 2. Motivazione cautelare assente o non "autonoma".

Che la totale assenza della parte giustificativa dell'ordinanza cautelare dovesse essere sanzionata dal tribunale con la declaratoria di nullità dell'atto, era circostanza pacifica, che persino la più severa giurisprudenza di legittimità non aveva dubbi a riconoscere (tra le altre: Cass., sez. VI, 10 gennaio 2000, Iadadi; Cass., sez. V, 7 dicembre 1999, Molinari; Cass., sez. I, 19 settembre 1997, p.m. in c. Piacenti), e che non pareva davvero necessario che il legislatore si scomodasse a ribadire.

Allo stesso modo, non sembrava così arduo (tanto da richiedere un duplice innesto nell'art. 292 e nell'art. 309 comma 9 c.p.p.) ammettere che la motivazione del giudice non "autonoma" rispetto alla richiesta cautelare formulata dal pubblico ministero si dovesse ritenere inconsistente e, dunque, imponesse l'annullamento del relativo titolo in sede di riesame. Perché possa dirsi esistente una motivazione occorre infatti "che sia riconoscibile un adeguato percorso argomentativo" che permetta di rilevare che il giudice "ha compiuto un effettivo vaglio degli elementi di fatto allegati, spiegando quale valenza dimostrativa essi posseggano e, perciò, quale sia la loro rilevanza ai fini dell'affermazione della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari con riferimento alla posizione di ciascun indagato destinatario della misura" (Cass., sez. VI, 24 maggio 2012, Di Sarno e altro).

L'ormai consolidato orientamento della Corte di cassazione nega che l'obbligo giustificativo del provvedimento sia soddisfatto (non solo quando la motivazione manca "in senso grafico", ma anche) quando il giudice, limitandosi ad operare un rinvio al contenuto di altro atto del procedimento o a recepirne integralmente il contenuto (come ha affermato Cass., sez. II, 8 ottobre 2008, D'Amore), faccia ricorso "a 'mere clausole di stile' o all'uso di frasi apodittiche, senza dare contezza alcuna delle ragioni per cui abbia fatto proprio il contenuto dell'atto richiamato ovvero lo abbia considerato coerente rispetto alle sue decisioni" (così, tra le molte, le due decisioni appena richiamate, nonché Cass., sez. III, 15 luglio 2010, Lteri Lulzim; Cass., sez. IV, 14 novembre 2007, Benincasa; Cass., sez. III, 11 ottobre 2007, Verdesan; Cass., sez. IV, 8 luglio 2004, Chisari).

Insomma: il giudice che non facesse altro che riprodurre integralmente nel corpo della propria ordinanza il testo della richiesta cautelare, "senza dare dimostrazione di averne valutato criticamente il contenuto e di averne recepito il tenore perché funzionale alle proprie determinazioni", emetterebbe un provvedimento invalido, inidoneo a superare il vaglio del

tribunale della libertà (Cass., sez. VI, sent. 24 maggio 2012, Di Sarno e altro, cit.; nello stesso senso Trib. Napoli, ord. 2 dicembre 2011, che, censurando il "copia e incolla" del giudice, aveva riconosciuto come nell'ordinanza cautelare "deve almeno riscontrarsi una sintetica enunciazione delle ragioni di adesione al ragionamento probatorio espresso nella richiesta").

## 3. Motivazione carente: non specifica, incoerente, puramente assertiva, lacunosa.

Meno agevole da individuare era, invece, il perimetro del potere di annullamento a fronte di una motivazione (graficamente esistente e "autonoma", perché fisicamente presente e non acriticamente "appiattita" sulle ragioni dell'inquirente, ma) comunque viziata, perché ad esempio non specifica in tema di *periculum libertatis*, o incoerente rispetto ai riscontri investigativi, magari diffusamente e minuziosamente esposti ma non analizzati sul piano della effettiva rilevanza, o, ancora, puramente assertiva in ordine alla prognosi di colpevolezza o di punibilità in concreto della condotta contestata, o lacunosa nel dare conto del perché le asserite esigenze non possano essere soddisfatte con misure meno afflittive di quella disposta.

Patologie, queste, non lievi né rare, se persino nella Relazione sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2012 del Primo Presidente della Corte di cassazione, Ernesto Lupo, si legge che "*le ordinanze cautelari e i provvedimenti di riesame continuano a essere caratterizzati da assoluto squilibrio tra la parte dedicata alla gravità indiziaria e la motivazione in punto di necessità cautelare, troppo spesso dedicando* ***poche stereotipate parole*** *alla valutazione d'inadeguatezza di misure attenuate, che di fatto continuano ad essere adottate in misura percentuale significativamente ridotta (in particolare per stranieri e indigenti)*".

Che l'obbligo costituzionale di disporre limitazioni della libertà personale solo con "provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria" sia riferito, nell'art. 13 comma 2 Cost., al momento genetico dell'atto coercitivo non può essere revocato in dubbio: vista l'immediata esecutività dell'ordinanza cautelare, che porta alla compromissione del diritto di libertà senza che, prima, si sia potuta realizzare alcuna forma di controllo in contraddittorio (e, dunque, anche l'eventuale integrazione della motivazione carente), non sono concepibili congegni giustificativi differiti, che pongano il soggetto già privato della libertà personale in grado di conoscere le ragioni dell'uso della forza sulla sua persona solo a valle del giudizio di controllo (quando, oltretutto, si è ormai esaurita la possibilità di contestare nel merito quelle ragioni).

Ciò che è del tutto fisiologico nell'appello contro la sentenza penale, dove è proprio l'effetto sospensivo (caratteristica, invero, tipica della decisione impugnata, prima ancora che del mezzo di impugnazione) a consentire la costruzione *in itinere* del provvedimento (che si perfeziona, ed acquista efficacia, appunto, solo al momento dell'irrevocabilità), è invece assolutamente bandito in tema di misure cautelari: ammettere la formazione progressiva della fattispecie (ossia l'integrazione in sede di controllo del titolo originariamente non conforme al modello normativo) significa, qui, accettare l'idea che un atto non ancora perfezionato possa ciò non di meno produrre effetti sulla sfera giuridica del destinatario, nell'attesa di una, oltretutto solo eventuale, occasione successiva in cui l'autorità giudiziaria potrà supplire all'inottemperanza iniziale, che resterà così del tutto priva di sanzione processuale.

Questa, invero, è la tesi che ha dominato in giurisprudenza sin dai primi anni '80, quando l'istituto del riesame vide la luce e subito generò in sede applicativa una violenta "crisi di rigetto".

Arrampicandosi, come spesso accade, sugli specchi della natura giuridica del mezzo, definito un gravame proprio per lasciare "mano libera" al collegio della libertà (ma confondendo in realtà il piano della devoluzione cognitiva con quello dei poteri decisori del tribunale, incontrovertibilmente tipici di un giudizio critico sul provvedimento, e non di una autonoma ridefinizione *ex novo* della questione cautelare), e valorizzando strumentalmente l'ambiguo passaggio dell'art. 309, comma 9 c.p.p., secondo cui il tribunale può confermare l'ordinanza coercitiva "per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione del provvedimento stesso", molte decisioni di legittimità hanno escluso che il collegio della libertà abbia il potere di annullare un'ordinanza cautelare non conforme ai dettami dell'art. 292 c.p.p., quando questa possa essere "salvata" riscrivendone la parte giustificativa (Cass., sez. II, 30 novembre 2011,

p.m. in c. Romano ed altro; Cass., sez. III, 2 febbraio 2011, p.m. in c. D'Agostino; Cass., sez. II, 21 novembre 2006, p.m. in c. Montuori). E questa particolare forma di complementarietà tra le due decisioni (quella controllata e quella di controllo) è stata riconosciuta persino quando le "ragioni diverse" emergono dagli elementi sfavorevoli prodotti dal pubblico ministero solo successivamente all'esercizio dell'azione cautelare, operando nel corso dell'udienza la *discovery* di atti investigativi prima non allegati (Cass., sez. III, 25 giugno 2010, Ricci).

Non sono però mancate riflessioni più attente, rigorosamente orientate a censurare gli atti cautelari privi della necessaria specificità e concretezza in tema di esigenze cautelari e di indizi a sostegno della misura disposta (Cass., sez. VI, 14 giugno 1994 Vagliani), che hanno portato a riconoscere in queste lacune altrettante cause di nullità dell'ordinanza, non "sanabili" dal tribunale in funzione di supplenza dell'organo emittente, e a ribadire che il presupposto del potere di conferma per "ragioni diverse" da quelle esposte nel provvedimento impugnato è comunque la effettiva presenza, nell'atto cautelare, di motivate ragioni (Cass., sez. III, 27 ottobre 1995, Camillacci; Cass., sez. II, 8 marzo 1995, Franchi; Cass., sez. V, 15 gennaio 1997, Giorgeri; Cass., sez. IV, 27 novembre 1997, Kass).

## 4. Il (preteso) potere sostitutivo del collegio *de libertate*.

Va peraltro ricordato che questo secondo indirizzo interpretativo ha ricevuto l'avallo della stessa Corte costituzionale (C. cost., ord. 6-25 marzo 1996, n. 101), che ha dichiarato manifestamente inammissibile, proprio perché fondata su di una lettura giurisprudenziale non costante, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 309 comma 9 c.p.p., sollevata, in riferimento agli artt. 3 comma 1 e 24 comma 2 Cost., "nella parte in cui prevede che il tribunale del riesame possa confermare il provvedimento impugnato per ragioni diverse da quelle enunciate nella motivazione dello stesso, anche nell'ipotesi della rilevata nullità per vizio di motivazione del provvedimento"; secondo la Corte questa interpretazione della disposizione codicistica, per quanto prevalente, "non rappresenta una soluzione ermeneutica costante nella giurisprudenza di legittimità", ove sono individuabili prese di posizione a favore dell'annullamento dell'atto radicalmente invalido per difetto della doverosa motivazione, "non potendosi configurare in capo [al tribunale della libertà] un potere 'sostitutivo' quanto all'emissione di un valido provvedimento che potrà, se del caso, essere adottato dal medesimo organo la cui decisione è stata annullata".

Né l'orientamento del Giudice delle leggi può dirsi oggi mutato, visto che la più recente sentenza n. 270/2014 (C. cost. 18 novembre – 3 dicembre 2014, n. 270) non è entrata nel merito della questione sollevata, in termini analoghi, da due ordinanze del Tribunale del riesame di Brescia (comunque riferita, in entrambe le vicende, all'ipotesi della motivazione integralmente ed acriticamente riproduttiva della richiesta cautelare), essendosi la Corte limitata a riconoscere come, nel caso, la questione relativa alla dedotta nullità dell'atto cautelare per difetto di motivazione non doveva formare oggetto della cognizione del giudice rimettente (il quale, in quanto giudice di rinvio dopo l'annullamento, su ricorso del pubblico ministero, delle ordinanze di riesame, non era più chiamato a fare applicazione delle disposizioni denunciate).

## 5. Ma non si voleva "*rafforzare l'obbligo di motivazione*"?

Se, dunque, un intervento correttivo si rendeva necessario, questo era evidentemente nel segno del rafforzamento della garanzia della motivazione, soprattutto attraverso l'eliminazione di quelle ambiguità dell'enunciato normativo che hanno consentito, come si è visto, la sostanziale obliterazione da parte della giurisprudenza maggioritaria del dovere di motivare, rigorosamente e compiutamente, l'atto coercitivo sin dalla sua adozione.

Questa, del resto, pare essere l'intenzione che ha animato il legislatore, almeno a dare ascolto alle convincenti espressioni di genuino garantismo pronunciate dai proponenti e dai sostenitori dell'intervento normativo, che spiegano come "*la filosofia complessiva*" della riforma sia quella di *"una maggiore responsabilizzazione del giudice cautelare, al quale spetta di dare conto nella motivazione delle scelte compiute. La motivazione del provvedimento cautelare diviene così*

*il perno dell'intero sistema. La ragionevolezza della restrizione della libertà dell'accusato si misura interamente all'interno della giustificazione offerta dal giudice. La motivazione costituisce dunque la garanzia essenziale di tutela della libertà ed un freno all'uso disinvolto della restrizione carceraria prima della condanna definitiva. È necessario perciò offrire una disciplina di controllo del provvedimento cautelare che sia adeguata al maggiore protagonismo cui assurge la giustificazione del provvedimento nel contesto delle modifiche proposte"* (così l'on. A. Rossomando, in Camera dei Deputati, XVII legislatura, discussioni, seduta 9 dicembre 2013, n. 134, testo integrale della Relazione in sede di discussione sulle linee generali della p.d.l. n. 631-A ed abbinate).

Parole che riecheggiano quelle pronunciate dal presidente Commissione ministeriale di studio in tema di processo penale, Giovanni Canzio, chiamato ad illustrare alla Commissione Giustizia della Camera i risultati raggiunti sul punto dalla sottocommissione "misure cautelari" coordinata da Giulio Illuminati (presentati poco prima al Ministero della Giustizia, il 22 luglio 2013): "*l'intervento di maggior rilievo è … quello che parte da una considerazione su come* ***rafforzare l'obbligo di motivazione del provvedimento genetico*** *della misura cautelare* ***attraverso un controllo reale e sostanziale da parte del giudice del riesame****. Abbiamo ritenuto che continuare a consentire al giudice del riesame di poter integrare comunque la motivazione carente del giudice che emette la misura, falsi il compito di controllo, di verifica che spetta al tribunale del riesame e, soprattutto, deresponsabilizzi il giudice nella parte in cui deve motivare sugli elementi fondamentali, cioè la gravità indiziaria, le esigenze cautelari e gli elementi forniti dalla difesa che devono essere presi in considerazione*" (Camera dei Deputati, XVII Legislatura, II Commissione, indagine conoscitiva sulle p.d.l. n. C. 631 Ferranti e C. 980 Gozi, seduta 23 ottobre 2013).

## 6. Quel che … è rimasto nella penna del legislatore.

E proprio del "progetto Canzio" è in larga misura tributario l'art. 11 L. 47/2015, inserito dalla II Commissione Giustizia della Camera nel nuovo testo-base adottato, il 24 ottobre 2013, all'indomani della conclusione dell'indagine conoscitiva appena ricordata.

Tuttavia, contrariamente a quanto ci si sarebbe potuto aspettare, alla dichiarata comunanza di vedute non ha fatto seguito altrettanta sintonia sul fronte della traduzione del pensiero in norma.

Il testo "recepito" si differenzia, infatti, da quello di riferimento per un aspetto assai significativo: la proposta di modifica elaborata dalla "Commissione Canzio" prevedeva saggiamente e coerentemente di elidere dalla disposizione il riferimento al potere di conferma "anche per ragioni diverse da quelle indicate nell'ordinanza"; e ciò, com'è chiaro, per dare al potere di annullamento del tribunale massima espansione, sgombrando il campo dagli equivoci generati nei decenni dall'inciso contenuto nell'art. 309, comma 9 c.p.p.

Di questo importante passaggio non si trova invece traccia (né nei lavori parlamentari, né, ovviamente) nella disposizione approvata dal Parlamento, con il sorprendente effetto di cui si diceva in apertura: al di là dei proclami, la novella sancisce il definitivo tramonto nel diritto positivo dell'essenziale guarentigia costituzionale, consentendo all'atto coercitivo di venire adottato ed eseguito in violazione dell'art. 292 c.p.p., senza che a ciò consegua (eccettuati i casi di clamorosa assenza o mera "apparenza") alcuna sanzione.

All'ineccepibile asserzione secondo cui "*la centralità della motivazione esige forme di controllo più intense, che portino all'annullamento della misura quando la giustificazione risulti sostanzialmente inadeguata a sorreggerla*" (A. Rossomando, Relazione, cit.), corrisponde dunque curiosamente il risultato opposto: la pedissequa traduzione normativa della tesi giurisprudenziale più lassista in tema di garanzie, che concepisce il tribunale della libertà come organo vassallo della funzione cautelare.

## 7. *Breaking point.*

Forse, però, ha un (inconsapevole) pregio questo "incidente" legislativo.

Forzando così apertamente il rapporto tra la norma codicistica e l'obbligo costituzionale di motivare il ricorso alla coercizione personale il legislatore ha probabilmente raggiunto in que-

sta occasione il *breaking point*, mettendo a nudo l'incompatibilità con i principi fondamentali del teorema della "motivazione integratrice".

Si può dunque ora sperare che, risollecitati sul punto, il Giudici di palazzo della Consulta non abbiano più le remore che nel 1996 impedirono la censura (ipotizzando, come si è ricordato, una possibile lettura alternativa della disposizione, oggi all'evidenza preclusa) e decretino finalmente l'espulsione dalla disciplina cautelare di questo anomalo potere suppletivo, che non è altro che un adempimento tardivo, una intollerabile "sanatoria" dell'inosservanza da parte del giudice procedente del disposto (tanto esigente quanto, oggi, *inutiliter dato*) dell'art. 292 c.p.p.