

05 aprile 2012 | Gaia Caneschi

visualizza allegato 

LA MANCATA TRASMISSIONE DEGLI ATTI AL TRIBUNALE DEL RIESAME PRECLUDE IL CONTROLLO SUL SEQUESTRO?

Osservazioni a margine di Cass., Sez. III, 16 giugno 2011 (ud. 3 maggio 2011), n. 24163, Pres. Squassoni, Rel. Andronio, ric. Wang Zuojiang (abnorme il rinvio dell'udienza a nuovo ruolo a causa della mancata trasmissione degli atti al tribunale del riesame)

*Pubblichiamo le Osservazioni della dott. Gaia Caneschi in margine alla sentenza con la quale la Suprema Corte, in tema di **misure cautelari reali**, ha stabilito che deve ritenersi abnorme l'ordinanza con la quale il **tribunale del riesame** - assumendo come dato acquisito quello della non operatività del richiamo contenuto nell'art. 324, comma 7, c.p.p. all'art. 309, comma 10, c.p.p., nella parte in cui prevede come causa di caducazione della misura la **mancata trasmissione degli atti** entro il termine di cui al precedente comma 5 - disponga il rinvio dell'udienza a nuovo ruolo, in attesa che l'autorità procedente provveda a detta trasmissione.*

*Come si segnala nel contributo, si tratta di **questione controversa**, che infatti era stata rimessa alle **Sezioni unite**, le quali avrebbero dovuto trattarla il 29 marzo 2012. La Corte suprema tuttavia, pubblicando l'ormai usuale informazione provvisoria, ha reso noto che la questione **non è stata affrontata**, essendo rimasta assorbita da altra e preliminare questione a carattere processuale.*

La problematica resta quindi aperta ed attuale.

SOMMARIO:

1. Due decisioni contrastanti nell'ambito di un'unica vicenda
2. Sull'incerta natura dei termini del procedimento di riesame cautelare
3. Trasmissione frazionata degli atti e abnormità: una soluzione che non soddisfa

Per leggere la sentenza della Corte di cassazione, [cliccare qui](#).

Per leggere la nota alla sentenza, in formato PDF, cliccare l'icona sottostante.



CHI SIAMO

“Diritto penale contemporaneo” è stata una rivista on line, ad accesso libero e senza fine di lucro, pubblicata a partire dal 1° novembre 2010 fino al 1° ottobre 2019, nata dall'idea di creare uno spazio di discussione comune tra il mondo degli operatori del diritto penale - magistrati e avvocati - e quello dell'accademia, italiana e internazionale.

A partire dal dicembre 2011, a questa rivista si è affiancata una *Rivista trimestrale*, parimenti on line e ad accesso gratuito.

Il progetto di “Diritto penale contemporaneo” è nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato, finanziato e promosso il progetto, e di Francesco Viganò, che è stato sin dalle origini il direttore della rivista fino alla sua nomina a giudice costituzionale, nel febbraio del 2018.

La rivista è stata edita dall'Associazione “Diritto penale contemporaneo”, presieduta dall'Avv. Santa Maria. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista erano composti da docenti e ricercatori di numerose università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

La qualità scientifica dei contributi pubblicati nel decennio di vita della Rivista è stata garantita dal comitato scientifico. Tutti i contributi pubblicati nella sezione 'papers' sono stati inviati in forma anonima ad un componente del comitato scientifico, individuato secondo criteri di competenza e di rotazione, il quale ha espresso parere favorevole alla pubblicazione.

La rivista ha fatto proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Codice ISSN di “Diritto penale contemporaneo”: 2039-1676

LA MANCATA TRASMISSIONE DEGLI ATTI AL TRIBUNALE DEL RIESAME PRECLUDE IL CONTROLLO SUL SEQUESTRO?

*Osservazioni a margine di Cass., Sez. III, 16 giugno 2011 (ud. 3 maggio 2011), n.
24163, Pres. Squassoni, Rel. Andronio, ric. Wang Zuojiang*

di Gaia Caneschi

SOMMARIO: 1. Due decisioni contrastanti nell'ambito di un'unica vicenda. - 2. Sull'incerta natura dei termini del procedimento di riesame cautelare. 3. Trasmissione frazionata degli atti e abnormità: una soluzione che non soddisfa.

1. Due decisioni contrastanti nell'ambito di un'unica vicenda

L'analisi della sentenza in commento offre alcuni interessanti spunti di riflessione sulla questione, ancora aperta, dell'ammissibilità di un rinvio *sine die* del procedimento di riesame di una misura cautelare reale, nell'attesa che l'autorità giudiziaria porti a compimento la trasmissione dei relativi atti. Più precisamente si tratta di comprendere se il termine di dieci giorni, entro il quale il tribunale del riesame deve necessariamente pronunciarsi (a pena della caducazione della misura disposta), debba intendersi decorrere dall'avvenuta trasmissione – seppure incompleta – ovvero solo dal momento della ricezione degli atti nella loro totalità.

Conviene ricordare che la Seconda Sezione della Corte di cassazione aveva valutato positivamente l'opportunità di una pronuncia delle Sezioni Unite sulla questione e ne aveva disposto il rinvio tramite ordinanza, prendendo atto del contrasto esistente sul punto «addirittura all'interno del medesimo procedimento» [1]. In effetti, la vicenda processuale da cui hanno tratto origine le due differenti decisioni è la medesima: il procedimento dinanzi alla Seconda Sezione riguardava l'impugnazione di un decreto di sequestro preventivo emesso in data 5 luglio 2010 dal G.i.p. del Tribunale di Roma da parte di tutti i destinatari della misura, mentre la Terza Sezione si è

¹ Così il testo dell'ordinanza: Cass., Sez. II, 6 maggio 2011, n. 1003, in questa *Rivista*. In proposito, si rimanda alle osservazioni di MILANESI, *Sull'ammissibilità di un provvedimento di acquisizione a completamento degli atti trasmessi nel procedimento di riesame delle misure cautelari reali*. In questo caso, la Seconda Sezione si è espressa nel senso di ritenere che l'omessa trasmissione degli atti non produrrebbe affatto la caducazione della misura disposta, stante il mancato rinvio espresso nella norma dell'art. 324 co. 7 c.p.p., al co. 5 dell'art. 309 c.p.p. Inoltre, per quanto riguarda l'altro aspetto della questione, quello relativo al rinvio della decisione da parte del tribunale del riesame, dalla lettura dell'ordinanza si deduce che la sezione rimettente lo considera del tutto legittimo, anzi necessario, al fine di ottenere una trasmissione completa degli atti da parte dell'autorità giudiziaria: di conseguenza il termine di dieci giorni per la pronuncia inizierebbe a decorrere dalla ricezione di tutti gli atti.

occupata dell'impugnazione promossa da una sola delle parti, avente ad oggetto il provvedimento di rinvio disposto per consentire all'autorità procedente la trasmissione degli atti mancanti.

La sentenza della Terza Sezione ripercorre l'**evoluzione interpretativa** della questione affrontata: l'esposizione infatti offre un'analisi parallela delle misure cautelari personali e di quelle reali, a partire dalla disciplina in vigore prima dell'introduzione della l. 8 agosto 1995, n. 332. Il sistema esistente prima della novella – identico per tutta la materia cautelare – poggiava su di un meccanismo articolato in questo modo: una volta presentata la richiesta di riesame, il termine di dieci giorni per la decisione iniziava a decorrere dal momento della ricezione degli atti da parte del tribunale competente per la decisione, e il correlato onere di trasmissione spettava all'autorità giudiziaria procedente, «entro il giorno successivo» rispetto all'«immediato avviso» ricevuto [2]: termine quest'ultimo di natura c.d. ordinatoria, alla cui inosservanza non era collegata alcuna sanzione processuale. Invece, la conseguenza di una decisione oltre il termine di dieci giorni previsto dalla legge era – ed è rimasta – la perdita di efficacia del titolo cautelare.

La dottrina e la giurisprudenza formatesi nella vigenza di tale quadro normativo non mancavano di sottolineare «l'anomalia di un termine perentorio caratterizzato dalla **mobilità del dies a quo**» [3], e le gravi conseguenze che, in punto di tutela dell'indagato in relazione alla rapida definizione del procedimento, potevano derivare dall'applicazione di un meccanismo in tal senso congegnato.

Per non trascurare poi il limite, che potrebbe essere definito quasi “paralizzante”, di un **contraddittorio legato alla sola volontà del pubblico ministero**, in grado di selezionare gli atti da trasmettere e di poterne addirittura modulare la tempistica, con ciò impedendo una limpida formazione del libero convincimento del tribunale del riesame [4].

In questo contesto si pone l'intervento del legislatore del 1995 che, con la **legge 8 agosto, n. 332**, ha novellato la disciplina nel tentativo di rendere più rigoroso l'intero procedimento: infatti, con la modifica dell'art. 309, comma 5, c.p.p. ha introdotto un nuovo termine – da ritenere perentorio – che impone all'autorità procedente la trasmissione degli atti «entro il giorno successivo, e comunque non oltre il quinto giorno», collegando alla relativa mancanza la perdita di efficacia della misura. In questo modo si è inteso evitare che una trasmissione parziale, o anche non tempestiva,

² In questo senso la lettera dell'art. 309 co. 5 c.p.p. (*ante riforma*) per le personali, e dell'art. 324 co. 7 c.p.p. (ancora attuale) per le reali.

³ Cass., Sez. un., 18 giugno 1993, Dell'Omo, in *Cass. pen.*, 1994, p. 36, con nota di DE STEFANO, *Sezioni unite, «tempi» del riesame e termine ex art. 294 c.p.p.*, ivi, 1994, p. 2637.

⁴ Il quale non era, e non è tutt'ora, dotato di poteri istruttori, che mal si concilierebbero con la caratteristica della celerità imposta ad un procedimento incidentale. Sul tema si rimanda a CONFALONIERI, *I controlli sulle misure cautelari*, in AA.VV., *Le impugnazioni penali*, diretto da GAITO, Torino, 1998, p. 976.

da parte dell'autorità giudiziaria potesse giungere a condizionare i tempi decisori del tribunale del riesame, cui peraltro il combinato disposto dei commi 9 e 10 dell'art. 309 c.p.p. impone di pronunciarsi «entro 10 giorni dalla ricezione degli atti», pena anche in questo caso la caducazione della misura [5].

Non sfugga tuttavia che il testo dell'art. 324 c.p.p. non è stato interessato dall'intervento normativo; il dato è stato interpretato dalla giurisprudenza come una precisa opzione legislativa, volta ad escludere le misure cautelari reali dal meccanismo caducatorio sopra menzionato. Per queste ultime infatti, il termine previsto dalla legge per la trasmissione degli atti al tribunale del riesame era – ed è tutt'ora – di un giorno: a tale termine è comunemente attribuita una natura ordinatoria, poiché ad esso non viene collegata alcuna sanzione di inefficacia [6].

Gli argomenti utilizzati dagli interpreti nell'analisi di un simile assetto normativo sono quelli che solitamente vengono addotti a spiegazione di una disciplina delle misure cautelari assai poco omogenea, tenuto conto delle numerose discrepanze che si registrano rapportando le previsioni che riguardano le misure personali alle reali [7]. In particolare, si fa riferimento alla **collocazione degli istituti** in questione in titoli diversi dello stesso capo del codice di rito, il che giustificherebbe scelte normative anche non “armoniche”, ma soprattutto si richiama la non trascurabile **differenza di importanza tra i beni oggetto di tutela** [8]. Alcuni interpreti hanno parlato di una **svista legislativa** a proposito del fatto che il testo dell'art. 324 c.p.p. non sia stato modificato con l'intervento normativo del 1995; oltre a ciò è stato sostenuto che il richiamo che il comma 7 dell'art. 324 c.p.p. fa ai commi 9 e 10 dell'art. 309 c.p.p. sarebbe da intendere riferito alla formulazione che questi presentavano prima della riforma operata dalla l. 332 del 1995.

La questione non è di poco momento: ci si è chiesti se il rinvio che il comma 7 dell'art. 324 c.p.p. fa al comma 10 dell'art. 309 c.p.p. si riferisca o meno al testo di quest'ultimo così come modificato nel 1995, e se sia possibile ritenere operante anche

⁵ Per un'analisi completa della novella del 1995, si rinvia a GREVI, *Più ombre che luci nella l. 8 agosto 1995 n. 332 tra istanze garantistiche ed esigenze del processo*, in AA. VV., *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*, a cura di GREVI, Giuffrè, Milano, 1996, p. 40; SPANGHER, *Commento all'art. 16., l. 8 agosto 1995, n. 332*, in AA. VV., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti di difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova, 1995, p. 226; CHIAVARIO, *Chiaroscuri di una «novella» dagli intenti riequilibratori*, *Premessa al Commento articolo per articolo alla l. 8 agosto 1995, n. 332*, in *Leg. pen.*, 1995, p. 577.

⁶ Così Cass., Sez. III, 9 febbraio 1996, n. 639, in *Giust. pen.*, 1996, p. 393. Nella pronuncia la Corte denuncia il difetto di coordinamento tra le norme degli artt. 324 e 309 c.p.p., che porta ad escludere per le misure cautelari reali l'operatività del meccanismo previsto nel caso di riesame delle misure coercitive.

⁷ Sull'argomento: BEVERE, *Coercizione reale. Limiti e garanzie*, Milano, 1999; SANTORIELLO, *Le misure cautelari reali nel processo penale. Considerazioni generali*, in *Le misure cautelari reali*, a cura di SPANGHER e SANTORIELLO, Torino, 2009; BALDUCCI, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, Milano, 1991; ADORNO, *Il riesame delle misure cautelari reali*, Milano, 2004.

⁸ La libertà personale ex art. 13 Cost. per le misure coercitive, la proprietà e la libera iniziativa economica ex artt. 41 e 42 Cost. nel caso dei sequestri.

per le misure reali la decadenza della misura laddove gli atti non vengano trasmessi tempestivamente.

Il percorso interpretativo scelto dalla Terza Sezione affronta quindi un passaggio cruciale, che è quello dell'analisi della **sentenza della Corte costituzionale n. 232 del 1998**, decisione che riguarda il riesame delle misure cautelari personali, ma che secondo la pronuncia qui in commento, afferma «importanti principi che paiono applicabili anche al riesame delle misure reali» [9]. Si tratta di una sentenza interpretativa di rigetto, attraverso la quale è stata dichiarata l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 309, commi 5 e 10, c.p.p. in relazione alla ritenuta perdita di efficacia della misura coercitiva, nell'ipotesi in cui l'avviso della presentazione della richiesta di riesame non sia tempestivo. Il punto nodale sottolineato dai giudici di Palazzo della Consulta verteva proprio sulla **fissazione del dies a quo per la trasmissione degli atti**, il quale appunto non poteva decorrere «da un evento, come la ricezione dell'avviso da parte dell'autorità giudiziaria procedente, che non ha giuridica autonomia, ma decorre dal **giorno** stesso della **presentazione della richiesta**, inteso come spazio temporale definito e giuridicamente rilevante».

La ragione è semplice: sono ben note le esigenze di garanzia che hanno portato il legislatore a modificare l'art. 309 c.p.p. con la novella del 1995. La spinta è stata proprio la volontà di sanzionare l'inosservanza dei termini al fine di garantire una statuizione tempestiva in materia di libertà personale ed evitare di rimettere alla decisione della stessa autorità che ha chiesto l'applicazione della misura la determinazione delle scadenze temporali del procedimento. In questo senso la Corte ha precisato come la fissazione di un termine per la trasmissione degli atti non debba essere considerato un nuovo snodo della sequenza, bensì come una mera condizione materiale, un antecedente logico, per la decisione sulla libertà. E' spiegato poi come l'utilizzo del termine «immediato», considerato nell'accezione comunemente conosciuta, null'altro voglia dire se non che non esiste un lasso temporale intermedio – in questo caso tra la presentazione della richiesta di riesame e l'avviso all'autorità procedente per la trasmissione degli atti – o che a questo possa attribuirsi un qualche senso giuridico.

In ragione di queste considerazioni, la soluzione individuata è stata quella di ritenere che il **termine per la trasmissione degli atti** debba intendersi coincidente con il momento di **presentazione della richiesta di riesame** [10].

⁹ Per un'analisi della sentenza in questione, si rinvia a CERESA GASTALDO, *Una inedita interpretazione della Corte costituzionale circa la decorrenza del termine ex art. 309 comma 5 c.p.p. nel procedimento di riesame di libertate*, in *Cass. pen.*, 1998, 11, p. 2850.

¹⁰ Invero la Corte in quella sede aveva individuato anche un'altra possibile opzione che il legislatore avrebbe potuto percorrere: si sarebbe trattato di prevedere il deposito della richiesta di riesame direttamente presso la stessa autorità procedente, con ciò ovviando agli inconvenienti della trasmissione degli atti tra i due uffici.

Dunque la Terza Sezione osserva come la giurisprudenza degli anni immediatamente successivi alla pronuncia della Corte costituzionale non si sia allineata a tali considerazioni: infatti, se da un lato la Cassazione ne ha subito preso le distanze in tema di misure cautelari personali [11], dall'altro lato non è andata diversamente per le misure cautelari reali, in relazione alle quali tali principi non sono stati affatto recepiti [12].

Con riguardo a queste ultime quindi, si è sostanzialmente ritenuto che il termine di dieci giorni previsto per la decisione dall'art. 324 comma 7 c.p.p. – con richiamo all'art. 309, commi 9 e 10, c.p.p. – debba decorrere dalla data di ricezione, in ipotesi anche tardiva, degli atti inviati dall'autorità procedente. In altre parole, qualora la trasmissione degli atti, oltre che non tempestiva, dovesse rivelarsi anche incompleta, il *dies a quo* per il computo di dieci giorni per la decisione dovrebbe essere fissato nel giorno della ricezione degli atti integrativi necessari, con buona pace del diritto dell'interessato ad ottenere in un tempo breve una decisione sul provvedimento impugnato.

In questo scenario la soluzione individuata dalla Terza Sezione della Corte di cassazione, con la sentenza in commento, si distacca sensibilmente dagli approdi giurisprudenziali sopra richiamati. A parere del Collegio, infatti, non è condivisibile un'impostazione che si ponga in evidente contrasto con l'esigenza di «**rendere certo il termine di conclusione del procedimento di riesame**», a garanzia di interessi di rilievo costituzionale, che valgono tanto in tema di misure cautelari personali, quanto in tema di misure reali. Ancora più forti poi le critiche rivolte a un sistema che consente di delegare l'operatività di un termine perentorio alla discrezione di una parte processuale, che nel caso di specie è per giunta la stessa che ha chiesto l'applicazione della misura [13].

¹¹ Cass., Sez. V, 1° luglio 1998, Catapano, n. 4340, in *Cass. pen.*, p. 3035, la cui massima recita: «il termine di cinque giorni, entro il quale, a norma dell'art. 309 comma 5 c.p.p., l'autorità procedente deve trasmettere gli atti al tribunale del riesame decorre dal giorno in cui perviene a detta autorità l'avviso spedito a cura del presidente del tribunale e non dal momento in cui è stata presentata la richiesta di riesame». L'inconveniente che secondo la Cassazione si presenterebbe fissando il *dies a quo* per la trasmissione degli atti con la presentazione della richiesta di riesame è quello di legare la caducazione della misura ad un fatto ignoto a chi dovrà osservare il termine. Con questa soluzione si produce in effetti una sproporzione tra le posizioni dell'imputato e del pubblico ministero del tutto assimilabile a quello attualmente vigente, ma a parti invertite.

¹² Tra le molte pronunce indicate nella sentenza in commento le più recenti: Cass., Sez. II, 16 febbraio 2006, Pietropaoli, n. 6597, *C.E.D. Cass.*, n. 233163; Cass., Sez. un., 29 maggio 2008, Ivanov, n. 25932, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4533.

¹³ Si noti che l'inosservanza, non sottoposta ad alcuna sanzione di tipo processuale, è tutt'al più foriera di un richiamo disciplinare, rendendo di fatto il ritardo nella trasmissione degli atti potenzialmente illimitato. Anche tenendo conto delle difficoltà organizzative, e delle possibili disfunzioni della macchina giudiziaria, non può comunque prescindere dal «riconoscimento della prevalenza dei diritti della persona, costituzionalmente garantiti, su quelli dell'apparato». Lo sottolinea SPANGHER, *La "ragionevole" prevalenza dei diritti dell'imputato sulle difficoltà organizzative*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1107.

La Corte fa un cenno anche all'opportunità di collegare il decorso del termine, il cui spirare inutilmente comporta la caducazione della misura, ad un'unica scadenza, questa volta fissata in modo certo, coincidente con il **momento di presentazione della richiesta di riesame** [14].

Prosegue la sentenza segnalando la **necessità di una modifica legislativa dell'art. 324 c.p.p.**, posto che sarebbe comunque sufficiente un'interpretazione sistematica che portasse a leggere il combinato disposto dell'articolo da ultimo citato con l'art. 309 commi 9 e 10 c.p.p., da esso richiamato, con ciò considerando perentorio anche il termine esistente per la trasmissione degli atti nel procedimento di riesame cautelare reale. In questo caso il passo avanti operato dal Collegio è ulteriore: il **rinvio del procedimento** in attesa della trasmissione degli atti da parte dell'autorità procedente è ritenuto un **provvedimento abnorme** perché in questo modo viene prorogato un termine perentorio ormai scaduto e non dichiarata la caducazione della misura.

La questione merita di essere affrontata da un duplice punto di vista: da un lato, sembra opportuno iniziare a chiarire quale sia l'effettiva natura dei termini che cadenzano il procedimento del riesame cautelare, sia quello avente ad oggetto le misure personali sia quello che riguarda le reali (posto che il problema risiede, anche e soprattutto, nel non sempre agevole coordinamento tra i due diversi ambiti della disciplina del Libro IV c.p.p.); dall'altro lato, bisognerà analizzare il disposto normativo, al fine di comprendere quale sia il *dies a quo* da tener presente per la decorrenza del termine di dieci giorni, indicato a pena di decadenza per la decisione del Tribunale del riesame.

2. Sull'incerta natura dei termini del procedimento di riesame cautelare

Va subito detto che già dai primi anni di vigenza del nuovo codice, e nonostante l'istituto del riesame delle misure coercitive avesse un'origine più risalente [15], c'era chi notava come le cadenze del procedimento cautelare fossero segnate da una certa **confusione in punto di classificazione** [16]. Per esattezza, il problema risiedeva nella definizione, ritenuta "impropria", dei termini fissati dal legislatore come perentori: difatti se la scelta lessicale ha un senso, chiamare «perentorio» un

¹⁴ Soluzione questa già intuita dalla Corte costituzionale, sent. 22 giugno 1998, n. 232, cit., e ripresa anche dalla dottrina: v. CERESA GASTALDO, *Riformare il riesame dei provvedimenti di coercizione cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1182, secondo il quale «a garantire l'imputato contro l'irragionevole protrazione della misura privativa non controllata basta (ed è anzi, persino più efficace) un unico termine, purché sia chiaramente indicato il *dies a quo* (che è quello indicato dalla Corte costituzionale: il giorno di presentazione della richiesta)».

¹⁵ Istituito con l. 12 agosto 1982, n. 532. Per un commento alla legge si rinvia a GREVI-ILLUMINATI-FERRUA-CORSO-LEMMO, in AA. VV., *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, a cura di GREVI, Bologna, 1982.

¹⁶ CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, 1993, p. 162.

termine significa ritenerlo posto come limite massimo per il compimento di un'attività giuridicamente rilevante, con ciò intendendo che, se questa non viene compiuta allo spirare dell'arco di tempo concesso dal legislatore, si decade dalla possibilità di porla in essere [17]. Evidentemente la sanzione prevista non può che operare con esclusivo riferimento alla situazione soggettiva per cui il termine stesso è dettato.

Nell'ambito che qui ci occupa, il **peculiare utilizzo della categoria della perenzione** suggerisce tuttavia qualche approfondimento. In prima battuta è da considerare che il principio di tassatività che si legge nella previsione dell'art. 173 comma 1 c.p.p. («i termini si considerano stabiliti a pena di decadenza soltanto nei casi previsti dalla legge»), non può intendersi in senso restrittivo collegato solo a previsioni espresse, ma anche a tutte quelle ipotesi in cui, pur in assenza di un riferimento preciso, ne venga comunque attuata la disciplina [18]. C'è poi da considerare che una caratteristica propria della previsione di un termine è la correlazione biunivoca che, in base ad esso, sussiste tra un'attività da compiere e una sanzione: quest'ultima coincide proprio con l'estinzione del potere di compiere l'atto per lo spirare del termine (e con la conseguente inefficacia dell'atto compiuto dopo lo scadere del termine stesso).

Una simile coincidenza non può riscontrarsi nella disciplina del procedimento di riesame cautelare: se l'attività soggetta al termine è il giudizio di riesame sulla misura cautelare applicata (che spetta al tribunale del riesame), l'oggetto della sanzione prevista è invece l'atto sottoposto al controllo (che è posto in essere da un organo diverso). Imponendo l'operare delle rigide cadenze temporali, dettate rispettivamente dagli artt. 309 c.p.p. per le misure personali e 324 c.p.p. per quelle reali, se da un lato si vuole assicurare al destinatario la possibilità di ottenere in tempi brevi un controllo giurisdizionale sulla misura applicata [19], dall'altro lato si impone al giudice di

¹⁷ Allo spirare di un termine perentorio «sanzione tipica e caratteristica è stata reputata la decadenza», così CARLI, voce *Termini*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, p. 134; anche secondo CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, III ed., Torino, 2007, p. 251, «bisogna sottolineare che il concetto di termine perentorio equivale a quello di termine stabilito a pena di decadenza: e la decadenza può esprimersi nella perdita di efficacia di atti già compiuti oppure nel venir meno di un potere ancora da esercitare»; altri riferimenti in relazione a tali concetti anche in MANCINELLI, voce *Decadenza*, in *Enc. Dir.*, volume XI, Giuffrè, 1962, p. 794, in particolare l'A. sottolinea come il meccanismo varrebbe solo per gli atti di parte: «la decadenza, con il colpire un potere non esercitato entro il termine e, conseguentemente, con il privare il soggetto della possibilità di raggiungere un certo risultato favorevole, si pone come strumento diretto ad accelerare l'attività processuale della parte interessata al conseguimento di quel risultato; il giudice, invece, essendo al di sopra delle parti ed estraneo agli interessi di quelle, trova lo stimolo al compimento della sua attività, entro i termini impostigli, nelle sanzioni disciplinari che si accompagnano all'obbligo di osservare i cosiddetti termini ordinatori (...). Conseguentemente l'osservanza dei termini, mentre per le parti costituisce un onere, per il giudice è un obbligo munito di sanzione».

¹⁸ Per un'accurata disamina dei casi in cui l'effetto caducatorio determinato dall'omesso compimento di un atto entro il termine si riscontra anche quando la relativa sanzione non è espressamente prevista cfr. SAU, voce *Decadenza*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1992, p. 549 e ss. E ancora, sul fenomeno della caducazione nel processo penale PISANI, voce *Caducazione*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, p. 775.

¹⁹ Come peraltro suggerisce anche il testo della disposizione dell'art. 5, paragrafo 4, della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Il riferimento è alla Convenzione firmata a Roma il 4 novembre 1950 e, ratificata con la L. 4 agosto 1955, n. 848, che così

rispondere in tempi certi all'istanza di riesame proposta, a pena di decadenza della misura stessa.

Se questa costruzione normativa implica come conseguenza che la misura cautelare sia sottoposta ad una vera e propria **condizione risolutiva**, che è quella dell'omessa pronuncia entro i termini di legge [20], ciò non significa che possa ritenersi realizzato un «trasferimento degli effetti caducatori dal titolo cautelare all'attività giurisdizionale» [21]. Anzi: certamente non può dirsi in vigore un meccanismo di «silenzio-accoglimento», della specie di quello conosciuto in ambito amministrativistico o negoziale, che potrebbe invece operare solo in presenza di una previsione legale espressa.

Si consideri d'altra parte che la giurisprudenza dominante non ritiene affatto preclusa la strada all'emissione di un **nuovo provvedimento cautelare per il medesimo indagato** (o meglio, nel caso delle misure cautelari reali per la precisione si dovrebbe parlare di medesimo oggetto), per giunta fondato sugli stessi elementi di quello dichiarato inefficace [22], perché non si forma alcun giudicato cautelare se la caducazione del provvedimento non dipende dal riconoscimento dell'insussistenza delle condizioni richieste per la sua applicazione.

In questo senso quindi appare evidente l'**anomalia di una decadenza dalla funzione giurisdizionale** per effetto dell'inerzia dell'organo chiamato a decidere (e persino di quello controllato). Dell'organo giudiziario in effetti si è già detto: sembra difficile pensare che il tribunale del riesame decada dal dovere di decidere sul controllo

dispone: «Ogni persona privata della libertà con un arresto o una detenzione ha il diritto di presentare un ricorso davanti ad un tribunale, affinché decida in breve tempo sulla legittimità della sua detenzione e ordini la sua liberazione se la detenzione è illegittima». Per un commento più approfondito sul tema, si rinvia a BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 116 e ss. Tuttavia, merita un richiamo anche l'art. 9 comma 4 del Patto Internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York, il 19 dicembre 1966, e ratificato attraverso la l. 25 ottobre 1977, n. 881, che afferma: «chiunque sia privato della propria libertà per arresto o detenzione ha diritto a ricorrere a un tribunale, affinché questo possa decidere senza indugio sulla legalità della sua detenzione e, nel caso questa risulti illegale, possa ordinare il suo rilascio».

²⁰ La considerazione è di ADORNO, *Il riesame delle misure cautelari reali*, cit., p. 258.

²¹ CERESA GASTALDO, *Una inedita interpretazione della Corte costituzionale circa la decorrenza del termine ex art. 309 comma 5 c.p.p. nel procedimento di riesame de libertate*, in Cass. pen., 1998, 11, p. 2850. Anche la giurisprudenza ha operato una simile equazione, tra le molte, si rinvia a Cass., Sez. un., 18 giugno 1993, Dell'Omo, cit.; Cass., Sez. VI, 23 agosto 1994, Barile, in Arch. n. proc. pen., 1995, p. 319.

²² La conclusione ha trovato il sostegno delle Sezioni unite: Cass., Sez. un., 1 luglio 1992, Grazioso, in Cass. pen., 1992, p. 2990; anche Cass., Sez. un., 31 maggio 2000, Piscopo, n. 14, in Dir. pen. proc., 2000, p. 820, si esprime nel senso di ritenere che «il giudice del riesame che accerti la caducazione della misura ex art. 309 comma 10 c.p.p. è tenuto a compiere egualmente il giudizio sulla validità del provvedimento applicativo e sui presupposti della misura cautelare. Dalle conclusioni di questo accertamento dipenderà infatti sia la possibilità di un'immediata reiterazione della misura sia l'esperibilità di un'azione di riparazione per ingiusta detenzione».

azionato dall'interessato [23]. Sostenendo il contrario, si aprirebbe la strada all'ipotesi di una vera e propria possibilità di scelta sul riesame presentato; infatti, basterebbe lasciar scadere i termini per vedere caducata la misura, limitando l'onere ad una sorta di declaratoria di inefficacia, ma nessun incombente decisionale rimarrebbe in relazione all'istanza presentata.

Per non parlare del pubblico ministero: come detto l'accusa conserverebbe la possibilità di chiedere l'applicazione di una nuova misura basata sugli stessi elementi di quella decaduta, senza considerare, come si dirà più avanti, l'ampio potere di selezione riservato a tale organo con la previsione relativa alla trasmissione degli atti [24].

A ben riflettere non sembra così astratto il rischio di confondere il collegamento tra la sanzione processuale della decadenza (da riferire alla sola efficacia del titolo cautelare) con il procedimento di riesame e ritenere in questo modo ammissibile una deroga alla funzione giurisdizionale. Più corretto appare dunque considerare che i termini c.d. perentori siano in realtà **termini processuali di tipo finale** assistiti da una sanzione e posti in funzione propulsiva più che caducatoria, proprio allo scopo di salvaguardare il diritto dell'indagato ad ottenere risposta entro un breve termine [25]. Altrimenti, invece che assolvere ad una chiara funzione di garanzia, il termine processuale diviene quello «entro il quale decade ogni diritto dell'interessato» [26].

Vien da chiedersi se queste considerazioni possano valere anche per il riesame delle misure cautelari reali. Conviene in proposito richiamare i tratti essenziali dell'istituto. L'avviso rivolto all'autorità giudiziaria della presentazione di una richiesta di riesame deve essere «immediato», in modo che, ai sensi del comma 3° dell'art. 324 c.p.p. questa possa trasmettere gli atti «entro il giorno successivo». Come si vede, all'apposizione di questa indicazione temporale non pare essere collegata alcuna

²³ ADORNO, *Sui limiti alla deducibilità dell'inosservanza del termine di cui all'art. 309, comma 9, c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1505. L'A. ricorda che tale dovere permane sia nell'interesse del destinatario ad ottenere una pronuncia sul merito, sia nella prospettiva di far valere tale decisione nel procedimento di riparazione per ingiusta detenzione.

²⁴ «Si celebrerebbe in realtà una rappresentazione davvero poco seria dell'*habeas corpus* nostrano, nella quale al controllore e allo stesso controllato viene assegnata la parte di chi può di fatto inibire, con la propria inerzia, la verifica giurisdizionale», così CERESA GASTALDO, *Le Sezioni unite disorientate tra inefficacia dell'ordinanza coercitiva e validità della pronuncia di riesame «fuori termine»*, in *Cass. pen.*, 1999, 11, p. 3086.

²⁵ Così POLVANI, *Le impugnazioni de libertate*, Padova, 1999, p. 182. In giurisprudenza, *Cass.*, Sez. un., 29 ottobre 1997, Schillaci, n. 13, in *Arch. n. proc. pen.*, 1997, p. 753, che espressamente sottolinea come la scansione temporale prevista in questo ambito «si limita a collegare esclusivamente la situazione *de libertate* dell'indagato ad un referente temporale. Prevede, cioè, che l'indagato venga posto in libertà a seguito della sopravvenuta inefficacia del titolo custodiale per il decorso di una scansione temporale del procedimento di riesame, prevista a garanzia dell'interesse dell'indagato stesso ad ottenere una decisione nel termine massimo fissato, e ciò a prescindere da "addebiti" o "rimproveri" di inerzia riferibili all'autorità giudiziaria, estranea all'interesse sotteso al meccanismo caducatorio».

²⁶ La considerazione, riferita alle misure cautelari personali, è di CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive*, cit., p. 170.

sanzione. Dal combinato disposto degli artt. 324, commi 5 e 7, e 309 comma 10 c.p.p., invece, è possibile desumere che decorsi inutilmente dieci giorni dalla ricezione degli atti il provvedimento impugnato perderà efficacia.

Il funzionamento del meccanismo è del tutto singolare: il richiamo che l'art. 324, comma 7, c.p.p. fa alle disposizioni dell'art. 309, commi 9 e 10, c.p.p. sembrerebbe consentire un recupero dell'intera disciplina del riesame delle misure coercitive per renderla applicabile anche al controllo dei sequestri. Questa operazione di interpretazione "in parallelo" degli istituti permette di estendere al riesame dei sequestri il termine di cinque giorni per la trasmissione degli atti previsto dall'art. 309 comma 5, richiamato dall'art. 309 comma 10, a sua volta richiamato dall'art. 324 comma 7. Non avrebbe senso infatti ritenere che il dato normativo attuale – difficoltoso non lo si nega – debba riferirsi alla disciplina previgente alla modifica introdotta dalla legge 332 del 1995. L'interpretazione degli articoli in questione deve necessariamente essere operata in modo sincronico, altrimenti si corre il rischio di applicare simultaneamente l'art. 309 comma 5 c.p.p. in due modi differenti: quello previgente alla novella del 1995 per le misure cautelari reali e quello successivo per le personali. Con evidenti ricadute in punto di ragionevolezza dell'intero sistema. Tra l'altro, pare difficile poter liquidare come mera "svista" quello che, al contrario, sembra il passaggio-chiave di un disegno fin dall'origine sistematico. In altre parole, se il legislatore del 1995 avesse inteso realmente differenziare le due discipline del riesame cautelare, avrebbe potuto farlo eliminando il rinvio al comma 10 dell'art. 309 c.p.p. ovvero precisando espressamente il limite di operatività del medesimo in relazione al contenuto del comma 5.

Ma una lettura dell'art. 324 c.p.p. in questo senso operata non può essere considerata ancora del tutto soddisfacente. In effetti, potrebbe opinarsi diversamente sull'operazione di rinvio contenuta nel 7° comma dell'articolo in argomento. Le questioni critiche cui ci si riferisce in punto di applicabilità dell'istituto sembrano tutt'altro che evanescenti: all'omessa o ritardata trasmissione degli atti da parte dell'autorità giudiziaria si applicano le conseguenze sanzionatorie di decadenza della misura inflitta ragionando sul farraginoso sistema dei rinvii a quanto previsto per le misure cautelari personali, senza d'altro canto tenere conto che una previsione espressa sul punto è presente nel comma 3 dell'art. 324 c.p.p. (secondo cui gli atti in questione sono da inviarsi entro il giorno successivo all'avviso) [27].

Insomma un termine per la trasmissione degli atti per le misure cautelari reali c'è, e per certi versi pare anche più rigido dell'omologo previsto all'art. 309 comma 5 c.p.p., ma non è assistito da alcuna sanzione processuale: invero entrambe le norme dispongono che la trasmissione degli atti avvenga entro il giorno successivo, ma solo quella dell'art. 309 comma 5 c.p.p. prevede anche un termine massimo – 5 giorni – al cui spirare il legislatore ha legato la conseguenza della perdita di efficacia della misura.

²⁷ BASSI-EPIDENDIO, *Guida alle impugnazioni dinanzi al tribunale del riesame*, Milano, 2008, p. 721.

È da notare allora che anche l'operatività del meccanismo di rinvio proposto in via interpretativa condurrebbe a conseguenze non del tutto eque: la stessa sanzione si riferirebbe ad un'omissione meno grave (il ritardo di un giorno di cui parla l'art. 324, comma 3, c.p.p.), rispetto a quella più grave (*ex art. 309, commi 5 e 10, c.p.p.*); inoltre, tale disparità si verificherebbe oltre che in rapporto al termine concesso, anche con riguardo alla limitazione imposta, afferente nel secondo caso alla libertà personale dell'interessato [28].

3. Trasmissione frazionata degli atti e abnormità: una soluzione che non soddisfa

Altra questione aperta, priva di una soluzione legislativa soddisfacente, è quella che riguarda la trasmissione degli atti da parte dell'autorità giudiziaria procedente al tribunale del riesame. La problematica cui si fa riferimento, già ampiamente affrontata in giurisprudenza e in dottrina [29], riguarda un'altra possibile *empasse* del procedimento di riesame cautelare: accanto a quelli già esaminati sul versante temporale, rimangono insoluti i quesiti interpretativi che si pongono sul piano del contenuto degli atti inviati. *Quid iuris* se al tribunale del riesame giunge un fascicolo «incompleto»?

Come si è già cercato di segnalare, il ritmo imposto dalla scansione temporale prevista all'art. 324 c.p.p. sembra essere condizionato dal comportamento – omissivo o solerte – dell'organo giudiziario tenuto all'invio degli atti «su cui si fonda il

²⁸ Questa è la conclusione della giurisprudenza prevalente, tra le pronunce si segnala: Cass., Sez. III, 17 marzo 2000, p.m. in c. Caruso, n. 3589, *C.E.D. Cass.*, n. 216440, la quale chiarisce che «la genericità del riferimento al decimo comma dell'art. 309 c.p.p. ai termini di cui al quinto comma dello stesso articolo non consente comunque di considerarlo rivolto al termine del giorno successivo, unico contenuto nel terzo comma dell'art. 324 c.p.p., perché questa interpretazione contrasta con la diversa rilevanza dell'oggetto delle due procedure, che non si accorda con la previsione di un termine più ristretto e di una sanzione più rigorosa per quella riguardante le misure reali, in contrasto con il maggior rigore procedurale che il legislatore ha imposto nel quinto comma dell'art. 309 c.p.p. per le misure personali»; v. anche: Cass., Sez. II, 21 febbraio 2006, Pietropaoli, in *C.E.D. Cass.*, n. 233163; Cass., Sez. V, 11 novembre 1999, Paolillo, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1866. Tali sentenze presentano argomentazioni piuttosto simili, che fanno leva sull'interpretazione del rinvio contenuto nell'art. 324 comma 7 c.p.p. al testo dell'art. 309 c.p.p., antecedente all'intervento riformatore del 1995, dunque prima dell'interpolazione che ha introdotto le sanzioni riferite al superamento dei termini.

²⁹ Ci si è a lungo interrogati sulla valenza semantica da attribuire all'uso che la norma fa del termine «trasmettere», ossia se dovesse essere inteso nell'ottica del mittente o del destinatario: nel primo caso ci si riferisce a quell'accezione che coincide con «inoltrare», nel secondo caso invece con trasmettere si intenderebbe «far pervenire». Per considerazioni più approfondite sul tema si rinvia a GIULIANI, *Caducazione della misura cautelare per ritardata "trasmissione" degli atti al tribunale del riesame*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 341; TIBERI, *Un ulteriore tassello nella ricostruzione giurisprudenziale del procedimento di riesame*, in *Giur. it.*, 1999, p. 1482; ADORNO, *Termine per la decisione del tribunale del riesame, trasmissione «frazionata» degli atti, richieste di riesame proposte separatamente da più indagati o imputati nel medesimo procedimento*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3429, nota a Cass., Sez. I, 28 gennaio 1994, Baglio. E per riferimenti all'assetto antecedente alla riforma del 1995, ATZEL, *Trasmissione frazionata degli atti e decorso del termine per il riesame di provvedimenti sulla libertà personale*, in *Giur. it.*, 1994, p. 552.

provvedimento oggetto del riesame». Il rischio, sottolineato anche dalla pronuncia in commento, è che l'attuale assetto normativo possa tradursi in un sistema che lascia spazio alla **discrezionalità di una delle parti**, in questo caso il soggetto che ha richiesto la misura, relegando la controparte – l'interessato al controllo sul provvedimento applicato – ad una posizione di inerzia di fronte ad una pronuncia che in ipotesi può essere posticipata *sine die*, nell'attesa di una trasmissione degli atti incerta, magari incompleta, addirittura arbitrariamente selettiva.

Nella disciplina delle misure cautelari personali, si è cercato di intervenire ovviando al problema principale, che era stato identificato nella mobilità del *dies a quo* da cui far decorrere l'arco di tempo concesso per la decisione, attraverso la previsione di un termine sanzionato anche per la trasmissione degli atti («entro il giorno successivo (...) e comunque non oltre il quinto giorno», leggiamo nella norma del comma 5 dell'art. 309, c.p.p., dopo la riforma del 1995): per questa via si è voluto dare una risposta forte ai problemi messi in risalto dagli interpreti [30]. Così, quello delineato diventa un **sistema particolarmente rigoroso**, anche in relazione ai garantistici obiettivi cui pare essere orientato, al punto che sarebbe stato preferibile fissare un unico termine, avendo cura al tempo stesso di indicare con chiarezza il *dies a quo* di riferimento [31].

Uno dei principali nodi da sciogliere era proprio quello della **trasmissione «frazionata» degli atti da parte dell'autorità giudiziaria procedente** e la risposta della giurisprudenza era quanto mai ondivaga sul punto. Un primo approccio suggeriva di far decorrere il termine per la decisione già «dalla ricezione dei primi atti», trascurando le conseguenze derivanti dalla loro non improbabile incompletezza [32], ma in modo tale da evitare che il termine in questione potesse essere facilmente aggirato attraverso integrazioni successive. Un secondo filone interpretativo si pronunciava nel senso di ritenere che il *dies a quo* dovesse fissarsi solo alla data di ricezione di tutti gli atti riguardanti la misura [33]. Qualche punto fermo si ravvisa in una pronuncia delle

³⁰ Una risposta fin troppo forte secondo alcuni interpreti: così GREVI, op. ult. cit., p. 40, secondo cui lo schema delineato comporta «una conseguenza francamente sproporzionata rispetto all'inconveniente che si voleva evitare, oltretutto eccessiva per la radicalità degli effetti che ne derivano: quasi che l'intento legislativo fosse non già quello di propiziare in ogni caso un celere svolgimento del procedimento di riesame, bensì quello di sanzionare nel modo più drastico l'eventuale inerzia del pubblico ministero (perché di questo organo si tratterà nella maggior parte dei casi) circa la trasmissione degli atti al tribunale».

³¹ Il giorno di presentazione della richiesta di riesame, secondo quanto sostenuto nella sentenza della Corte costituzionale 22 giugno 1998, n. 232, cit.

³² Cass., 13 giugno 1991, Risi, in Cass. pen., 1992, p. 2783; Cass., Sez. I, 21 novembre 1991, Li Pera, in Cass. pen., 1993, p. 610; Cass., Sez. I, 11 febbraio 1992, Santonocito, in C.E.D. Cass., n. 189510.

³³ Cass., Sez. VI, 20 febbraio 1991, Morabito, in Cass. pen., 1992, p. 992. In dottrina, COPPETTA, *Mancata trasmissione al giudice del riesame degli atti a base del provvedimento restrittivo: un'ipotesi di annullamento senza rinvio?*, in Cass. pen., 1992, p. 3093. Per una ricostruzione della giurisprudenza sul tema, ADORNO, *Termine per la decisione del tribunale del riesame, trasmissione «frazionata» degli atti, richieste di riesame proposte separatamente da più indagati o imputati nel medesimo procedimento*, in Cass. pen., 1995, p. 3430. E ancora

Sezioni Unite, secondo cui gli atti in parola devono comprendere, oltre a quelli su cui originariamente si è fondata la richiesta del pubblico ministero di applicazione della misura, anche quelli che con essi si trovino «in rapporto di connessione essenziale, quali gli atti necessari alla verifica di ammissibilità dell'impugnazione e l'interrogatorio dell'indagato» [34].

Questi approdi giurisprudenziali, ormai risalenti, non sembrano essere del tutto superati dopo l'intervento normativo operato dalla l. 332 del 1995, soprattutto perché non sfugge come tale modifica non abbia toccato la disciplina delle misure cautelari reali, lasciando all'interprete il compito di comprendere se ciò sia il frutto di una precisa opzione del legislatore ovvero di una dimenticanza da superare in via esegetica nell'attesa di un nuovo intervento legislativo.

In questa materia, la giurisprudenza di legittimità è abbastanza compatta nell'affermare che al termine di trasmissione degli atti al tribunale del riesame non sia collegata alcuna sanzione, con il rischio, peraltro per nulla remoto, che l'ufficio procedente possa tardare – **più o meno volontariamente** – l'inoltro degli atti, rivelando proprio quel *vulnus* che si evidenziava poc'anzi per le misure cautelari personali, vale a dire il venir meno ogni certezza sull'inizio della decorrenza del termine di dieci giorni previsto per la decisione a pena di inefficacia del provvedimento applicativo della misura.

La soluzione sembra ancora una volta quella di **mutuare interamente la disciplina prevista dall'art. 309, comma 5, c.p.p.**, in ragione del rinvio indiretto che si basa sul combinato disposto degli artt. 324, comma 7, e 309, commi 9 e 10, c.p.p.

Ma anche in questo caso, i dubbi interpretativi non si placano. L'art. 324, comma 3, c.p.p., prevede una sua autonoma disciplina che regola, oltre le scadenze temporali, anche l'**individuazione degli atti** che devono formare oggetto di trasmissione e non si può trascurare come tale materia sia rimasta ferma nonostante la novella legislativa del 1995, che numerosi cambiamenti ha invece introdotto per il riesame di cui all'art. 309 c.p.p.

Il testo della norma, peraltro, presenta indiscutibilmente un contenuto assai diverso da quello che il legislatore riporta all'art. 309 comma 5 c.p.p. Infatti, mentre nella prima disposizione si fa riferimento agli «atti su cui si fonda il provvedimento oggetto del riesame», la seconda pare più chiara, anche se non meno scevra da dispute d'interpretazione, e richiama «gli atti presentati a norma dell'art. 291, comma 1, nonché tutti gli elementi sopravvenuti a favore della persona sottoposta alle indagini».

NUZZO, *La "trasmissione degli atti" al tribunale del riesame nella giurisprudenza di legittimità*, nota a Cass., Sez. un., 29 ottobre 1997, Schillaci, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1919.

³⁴ Cass., Sez. un., 18 giugno 1993, Dell'Omo, cit., p. 36. Interpretazione ribadita anche in seguito, Cass., 6 dicembre 2002, Papa, *C.E.D. Cass.*, n. 223558.

Nel contesto del riesame delle cautele reali devono essere messi a disposizione del tribunale del riesame almeno gli **atti che sono stati presentati dal pubblico ministero al giudice che ha emesso il provvedimento cautelare**. Questo è il **contenuto minimo**, necessario per una decisione sul gravame proposto.

L'angolazione da cui valutare la questione trova il perno nello stesso punto: l'interpretazione che si vuole dare del contenuto dell'art. 324, comma 7, c.p.p. In altre parole, tutto si gioca ancora sul richiamo indiretto alla nuova formulazione della norma che disciplina il riesame delle misure cautelari personali. Se si accoglie la tesi che la ritiene applicabile anche ai sequestri – con ciò assumendo la sostanziale, seppure implicita, **abrogazione del terzo comma dell'art. 324 c.p.p.** – allora dovrebbe conseguire che anche in questo ambito la trasmissione debba comprendere non solo gli atti su cui il provvedimento si fonda, ma anche tutti quegli elementi eventualmente sopravvenuti favorevoli all'indagato.

Il dato normativo attuale tuttavia, che non collega alcuna sanzione all'omesso o incompleto invio degli atti da parte dell'autorità giudiziaria, lascia aperta la possibilità per il tribunale del riesame di disporre anche un'integrazione del materiale ricevuto; beninteso che questo non si configura come l'esercizio di un potere istruttorio, ma come il mero adempimento di un atto prodromico all'espletamento di un dovere, che è quello di decidere sull'istanza di riesame presentata. Una corretta esegesi della norma dovrebbe portare a precisare che l'**eventuale integrazione** debba avvenire comunque **nel termine di dieci giorni dalla trasmissione degli atti incompleti**, pena il verificarsi della caducazione della misura per il meccanismo dell'art. 309, comma 10, c.p.p., richiamato dall'art. 324, comma 7, c.p.p. [35].

La **soluzione** indicata dalla Corte di cassazione nella presente pronuncia è quella di dichiarare la perdita di efficacia della misura cautelare applicata, e contestualmente annullare senza rinvio l'ordinanza del tribunale del riesame che posticipa *sine die* il procedimento, deducendo l'abnormità dell'atto poiché consente la proroga di un termine perentorio scaduto. Tale scelta non è del tutto condivisibile: al proposito merita qualche approfondimento l'analisi di talune prospettive che discendono dalla decisione, e che non sembrano essere state prese in considerazione dal Supremo collegio.

Anzi tutto, **inecepibile** è la **declaratoria di inefficacia del sequestro preventivo**: come conseguenza dell'interpretazione resa in relazione al quadro normativo di riferimento, la Terza Sezione si è limitata a prendere atto della sopravvenuta caducazione del titolo cautelare per inutile decorso del termine "intermedio", ossia quello previsto per la trasmissione degli atti, applicato anche al

³⁵ Altrimenti acquisire nuovi elementi aprirebbe il varco a forzature strumentali, come nel caso di provvedimenti integrativi disposti dopo lo scadere del termine per la decisione per "recuperare" il termine ormai scaduto.

riesame dei sequestri in ragione del doppio rinvio dedotto dal combinato disposto degli artt. 324 comma 7 e 309 commi 5 e 10 c.p.p.

Al contrario, la scelta di considerare il **provvedimento di rinvio sine die** pronunciato dal tribunale del riesame un **atto abnorme** desta qualche perplessità.

Come noto, il concetto cui si fa riferimento ha un'origine di natura giurisprudenziale ed è stato elaborato proprio al fine di permettere l'impugnazione di quei provvedimenti non riconducibili alle forme nominate di invalidità, ma affetti da patologie così gravi da apparire del tutto estranei all'intero sistema processuale [36].

Progressivamente è andata affermandosi l'enucleazione di due distinte categorie all'interno della fattispecie, quella dell'**abnormità strutturale** e quella dell'**abnormità funzionale**. La prima riguarda l'essenza stessa dell'atto, il cui contenuto è talmente singolare e stravagante da risultare avulso all'ordinamento processuale, con la conseguenza che il legislatore non potendolo prevedere non avrebbe potuto predisporre di conseguenza la relativa disciplina normativa; la seconda invece, che più propriamente dovrebbe essere riferita agli effetti che l'atto produce, entra in gioco nell'ipotesi in cui questo, pur essendo di per sé legittimo in quanto espressione di un potere dell'organo che lo adotta, venga posto in essere al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste dalla legge, con ciò provocando una stasi insolubile del procedimento o una sua indebita regressione [37].

Nel caso di specie, mentre non sussistono particolari dubbi nell'escludere la riconducibilità del provvedimento adottato alla categoria dell'abnormità strutturale [38], qualche riflessione in più si impone in relazione a quella funzionale. Bisogna chiedersi dunque se la scelta di rinviare il procedimento, nell'attesa che il pubblico ministero faccia pervenire il fascicolo contenente gli atti su cui si fonda la misura, si traduca o meno in un'irrisolvibile paralisi del medesimo, dando così luogo ad un'ipotesi di abnormità dell'atto adottato.

Tale risultato non sembra prodursi nell'ipotesi in esame: il rinvio operato non comporta una causa di **arresto definitivo** del procedimento, ma solo potenziale; in effetti, deve preliminarmente riconoscersi che in questo modo viene concessa ad una delle parti processuali – in questo caso all'autorità procedente – la possibilità *de facto* di

³⁶ V., per un'analisi più approfondita della categoria, IASEVOLI, voce *Abnormità*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 2004, p. 1; SANTALUCIA, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, Padova, 2003; CATALANO, *Il concetto di abnormità tra problemi definitivi ed applicazione giurisprudenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1243.

³⁷ In ordine alle difficoltà di definire i tratti dell'abnormità: CAIANIELLO, *Sulla abnormità della sentenza emessa dal giudice collegiale senza ritirarsi in camera di consiglio*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3957.

³⁸ Il provvedimento di rinvio del tribunale del riesame è del tutto legittimo, posto che la richiesta di trasmissione degli atti costituisce una sorta di antecedente logico-giudico, un passaggio funzionale alla decisione da assumere.

impedire (o almeno di ritardare) l'attività giurisdizionale [39]. E quindi, pur non rientrando perfettamente nei confini tracciati dalla giurisprudenza a proposito della categoria dell'abnormità strutturale, bisogna ammettere che la scelta di ricondurre il provvedimento di rinvio a tale ipotesi di invalidità sembra l'unica soluzione percorribile. Infatti, proprio il rinvio *sine die*, predisposto in assenza della contestuale fissazione di una data certa, lascia impregiudicata la questione e apre di fatto la strada alla paralisi del procedimento.

È opportuno però precisare che non è il provvedimento di rinvio di per sé a poter essere considerato un atto abnorme, bensì lo stesso potrebbe dirsi tale solo nell'ipotesi in cui non stabilisse una data per la prosecuzione del procedimento, altrimenti provocherebbe una vera e propria **deroga alla funzione giurisdizionale** del tribunale del riesame.

Solo attraverso la fissazione di un'udienza per la trattazione viene **assicurato** all'interessato **il diritto al riesame**. A ben vedere, la decisione della Cassazione rischia di vanificare proprio questa garanzia: la scelta di annullare senza rinvio l'ordinanza impugnata, se da un lato provoca quella stasi del procedimento che in premessa si intendeva evitare, dall'altro lato continua a confondere i due aspetti del problema.

È proprio dalle parole utilizzate dalla Terza Sezione che emerge l'equivoco in cui è incorso il Collegio, che ha ritenuto l'ordinanza impugnata «un provvedimento (...) abnorme, perché ha prorogato un termine perentorio già scaduto anziché dichiarare l'inefficacia del provvedimento di sequestro». Come già si è avuto modo di rilevare, l'improprio utilizzo della categoria della perenzione può portare a questi indesiderabili risultati: l'effetto caducatorio che costituisce la sanzione dell'inutile spirare dei termini previsti si riferisce alla misura cautelare applicata e non alla situazione giuridica cui essa inerisce, che è il giudizio sulla legittimità della stessa.

In altre parole quindi, la pronuncia in esame porta esattamente alla conclusione che la declaratoria di annullamento per abnormità intenderebbe evitare. Una volta dichiarata l'inefficacia del sequestro, l'annullamento senza rinvio dell'ordinanza impugnata provoca in sostanza la fine del procedimento di riesame, e in questo modo **lascia impregiudicata la questione**.

Le implicazioni non sono del tutto trascurabili: la paralisi del procedimento che così si realizza dà luogo all'anomalo effetto di far ricadere sull'interessato le conseguenze negative di un onere che la legge pone a carico di un ufficio giudiziario. Inoltre, privandolo del diritto ad ottenere una pronuncia nel merito sul riesame azionato, apre il varco alla possibilità che venuta meno l'efficacia della misura

³⁹ Si noti l'ampiezza del potere che un siffatto meccanismo riserverebbe al pubblico ministero in ordine alle strategie di dilazione della *discovery*. L'organo dell'accusa sarebbe astrattamente in grado di impedire il riesame del provvedimento cautelare che egli stesso ha chiesto ed ottenuto, con un espediente che si riduce alla semplice omissione o tardiva trasmissione dei relativi atti.

cautelare (anche in ragione dello spirare dei termini previsti), il pubblico ministero possa chiedere ed ottenere l'applicazione di un nuovo sequestro fondato anche sugli stessi elementi, poiché la legittimità del provvedimento di fatto non è mai stata valutata [40].

La Corte avrebbe potuto procedere all'annullamento dell'ordinanza impugnata ma contestualmente disporre il rinvio al tribunale del riesame, attraverso il meccanismo previsto dagli artt. 627 comma 3 c.p.p. e 173 comma 2 disp. att. c.p.p., ovvero con l'**enunciazione del principio di diritto** dell'applicabilità anche in tema di misure cautelari reali del termine intermedio per la trasmissione del fascicolo a pena di caducazione della misura di cui all'art. 309 comma 5 c.p.p.; per completezza e anche al fine di revocare ogni dubbio in proposito, avrebbe dovuto indicare allo stesso tribunale l'**obbligo di rinviare il procedimento ad una data certa**, entro la quale far pervenire gli atti su cui si fonda la misura applicata.

D'altro canto, l'ipotesi alternativa dell'individuazione da parte della Corte di cassazione di un'invalidità nominata in rapporto al provvedimento impugnato non pare percorribile. In questo senso viene in mente la **nullità di cui agli artt. 178 lett. c) e 180 c.p.p.**, per difetto di intervento della difesa, che se eccipita entro i termine può estendersi all'ordinanza di conferma del provvedimento cautelare impugnato [41]. In realtà è da considerare come si tratti di una fattispecie che non si concilia con il caso in esame (che è quello di un rinvio dell'udienza *ad libitum*), e che può essere applicata invece alla diversa circostanza in cui il tribunale del riesame giunga ad una decisione in assenza di un compendio probatorio completo.

L'effetto dell'annullamento da parte della Corte di cassazione non può che essere la **ripresa del procedimento di riesame**, altrimenti la conseguenza inevitabile è la sua conclusione definitiva in assenza di una pronuncia sulla legittimità della misura. Si noti che tale esito è proprio il risultato prodotto dalla sentenza, a meno che non si voglia ritenere che questa implicitamente contenga quello che non chiarisce *expressis verbis*, ossia che l'effetto dell'annullamento dell'ordinanza di rinvio *sine die* sia la prosecuzione del procedimento dinanzi al tribunale del riesame, che dovrà

⁴⁰ È da sottolineare che nel caso di annullamento della misura, solo la prosecuzione del giudizio di riesame ha quell'effetto inibitorio in grado di impedire la disposizione di un nuovo provvedimento basato sugli stessi presupposti e sulle stesse esigenze. Viceversa, la reiterazione della misura è sempre ammissibile, se il precedente provvedimento dispositivo della misura non è venuto meno in seguito ad un giudizio nel merito avente ad oggetto la legittimità della misura stessa. In questo senso Cass., Sez. un., 1 luglio 1992, Grazioso, cit. Tra l'altro sulla scia di tali considerazioni, taluni sollevano dubbi di illegittimità costituzionale in relazione agli esiti che tale meccanismo produce. In particolare, si sostiene che la caducazione della misura per omessa o tardiva trasmissione degli atti debba essere interpretata come una sorta di implicito assenso a che una parte paralizzi l'attività del giudice o comunque impedisca la decisione richiesta su domanda di un'altra parte. Il contrasto si profilerebbe in relazione al principio contenuto all'art. 101, comma 2, Cost. che afferma la soggezione del giudice solo alla legge. Così POLVANI, cit., p. 197.

⁴¹ Cfr. ADORNO, *Il riesame delle misure cautelari reali*, cit., p. 151 e ss.

pronunciarsi sulla legittimità della (ormai decaduta) misura applicata. Ad un simile effetto non pare essere d'ostacolo la declaratoria di inefficacia del sequestro preventivo, perché si tratta di due situazioni giuridiche distinte e la caducazione è da riferirsi solo alla misura cautelare, non anche al procedimento di controllo.

Peraltro, si osservi ancora che la perdita di efficacia del sequestro *ex* artt. 324 comma 7 e 309 commi 5 e 10 c.p.p. non impedisce né la trasmissione degli atti dopo la scadenza del termine previsto, né una produzione documentale direttamente in udienza, ai sensi degli artt. 324 comma 7 e 309 comma 9 c.p.p., così ai fini della pronuncia del tribunale del riesame le conseguenze del differimento della *discovery* ricadrebbero sul soggetto che ha scelto di adottare questa strategia e non su chi la subisce.

Come si vede, l'analisi del riesame delle misure cautelari reali può condurre a risultati poco efficienti dal punto di vista applicativo, per cui la convinzione è che sia necessario rimeditare l'assetto dell'attuale disciplina ed eventualmente intervenire sulla stessa con una rivisitazione in chiave normativa.

Oltretutto, l'attesa pronuncia della Sezioni Unite sul punto, cui si faceva cenno in apertura, si è risolta in una deludente perdita di occasione: la questione è rimasta insoluta perché assorbita da altra pregiudiziale di carattere processuale.