

libertate sana le nullità del provvedimento applicativo derivanti dalla mancanza di questi requisiti di validità (ad esempio la mancanza della motivazione), quando non si tratti di vizi che rendono il provvedimento inesistente e ineseguibile a norma dell'art. 292 terzo comma, cod. proc. pen.

2) Una misura cautelare si estingue in secondo luogo se la mancanza dei suoi presupposti edittali (art. 280 e 287 cod. proc. pen.) probatori (art. 273 cod. proc. pen.) o cautelari (art. 274 cod. proc. pen.) ne determini la revoca (art. 299, comma 1, cod. proc. pen.) ovvero giustifichi l'annullamento del provvedimento applicativo in sede di riesame (art. 309, comma 9, cod. proc. pen.) o, limitatamente alla mancanza dei presupposti edittali, in seguito a ricorso per cassazione (art. 311 cod. proc. pen.).

3) L'estinzione di una misura cautelare può infine verificarsi *ope legis*, per caducazione automatica conseguente al verificarsi di determinati eventi che non incidono di regola né sulla validità del provvedimento applicativo né sui presupposti di applicazione della misura; si tratta quindi di eventi sopravvenuti che determinano la perdita di efficacia della misura ma non ne precludono la rinnovazione, salve le limitazioni previste dall'art. 307 cod. proc. pen. per la sostituzione della custodia cautelare caducata per decorso dei termini massimi di durata. E per questa ragione la giurisprudenza ha sempre escluso che le cause di caducazione *ope legis* delle misure cautelari personali possano essere dedotte con le impugnazioni proponibili contro le ordinanze applicative. In particolare deve escludersi che con la richiesta di riesame possa essere dedotta la caducazione della custodia cautelare per omissione o invalidità dell'interrogatorio ex art. 294 cod. proc. pen., che va dedotta con richiesta al giudice per le indagini preliminari, in quanto non attinge alle condizioni di legittimità e di merito per l'adozione della misura. E analogamente al Tribunale del riesame non possono proporsi questioni sulla scadenza dei termini di custodia, neppure quando venga dedotta una reiterata contestazione a catena di fatti sostanzialmente identici (così sentenza Piscopo).

4) Quanto all'ipotesi di caducazione prevista dall'art. 309, comma 10, cod. proc. pen., essa non incide né sulla validità del provvedimento applicativo né sull'esistenza dei presupposti della misura, ma si configura come "oggetto aggiuntivo" (così sentenza Piscopo) del giudizio di riesame, rispetto alla verifica della validità del provvedimento applicativo impugnato e dei presupposti della misura cautelare applicata, trattandosi di conseguenza di un evento verificatosi nello stesso giudizio.

7. La esposta ricostruzione sistematica dello stato della giurisprudenza, che traccia la linea di confine tra le questione devolute alla cognizione del giudice

dell'impugnazione e quelle affidate alle decisioni del giudice del procedimento principale, deve mantenersi ferma, non essendovi ragioni per modificarne l'assetto anche con riferimento all'ipotesi di inefficacia della misura cautelare per retrodatazione dei termini ex art. 297, comma 3, cod. proc. pen, allorquando tale inefficacia sia sopravvenuta all'adozione della misura stessa. D'altro canto, dalla lettura delle citate sentenze delle Sezioni Unite risulta evidente che i casi presi in considerazione per affermare la competenza del giudice del procedimento principale sono sempre quelli di eventi caducatori sopravvenuti, ad eccezione di quelli che si verificano nell'ambito della stessa procedura incidentale di impugnazione.

Del resto, ove si tratti di eventi sopravvenuti alla decisione del giudice del riesame, la Corte di cassazione non potrebbe rilevare l'evento caducatorio per due ordini di motivi: un motivo di ordine generale, posto in evidenza della citata sentenza Piscopo, secondo il quale la Corte stessa è il giudice cui è demandato il controllo di legittimità sulla correttezza della decisione di riesame e in quest'ambito esaurisce il suo giudizio; un motivo specifico, attinente alla circostanza che la questione della retrodatazione ex art. 293, comma 3, cod. proc. pen., ha la caratteristica di una *quaestio facti* (Sez. 6, n. 12676 del 20/12/2006, dep. 2007, Barresi, Rv. 236829; Sez. 5, n. 39931 del 18/09/2009, Froncillo, Rv. 245380) e, come tale, non può essere proposta per la prima volta in sede di legittimità, e tanto meno può essere rilevata d'ufficio.

Ove, invece, si tratti di evento intervenuto nel tempo intercorrente tra l'emissione dell'ordinanza cautelare e la decisione del Tribunale del riesame, l'ordine delle competenze come sopra delineato non potrebbe essere messo in discussione neppure sotto il profilo dell'esigenza di rapidità in materia di decisioni *de libertate*, posto che, da un lato, sulla presentazione di una richiesta di revoca il giudice del procedimento principale deve provvedere con ordinanza entro cinque giorni dal deposito della richiesta stessa ex art. 299, comma 3, cod. proc. pen., quindi, secondo le scansioni temporali previste dal codice di procedura, anche in tempi più rapidi della decisione del Tribunale del riesame; dall'altro lato, è una garanzia anche per il soggetto raggiunto dalla misura cautelare che vi sia la possibilità di una doppia valutazione di merito (g.i.p. - o giudice che procede - e appello cautelare) su una questione, che, in considerazione della complessità della materia e dei margini di apprezzamento del giudice di merito, si deve svolgere nel massimo contraddittorio tra le parti e con le più ampie deduzioni.

8. A conclusioni parzialmente diverse deve pervenirsi nel caso in cui, in applicazione dei principi della c.d. contestazione a catena, il termine di custodia

cautelare sia interamente scaduto già al momento della emissione del secondo provvedimento cautelare.

9. L'orientamento giurisprudenziale indicato come minoritario collega l'ammissibilità della deduzione davanti al giudice del riesame della retrodatazione, nel caso da ultimo indicato, alla configurabilità delle esigenze cautelari. Con ciò sembra volersi dire che l'avvenuto decorso dei termini escluderebbe che vi siano esigenze cautelari da soddisfare, come se l'ingiustificato ritardo nella richiesta e nella conseguente emissione della seconda ordinanza possa significare la mancanza di pressanti esigenze cautelari. Ma tale affermazione non sembra sfuggire a possibili critiche. In primo luogo, le sentenze che svolgono tale argomentazione fanno riferimento a fattispecie in cui, oltre alla questione della c.d. contestazione a catena, era stata prospettata l'insussistenza delle esigenze cautelari e proprio tale prospettazione era stata posta a fondamento dell'obbligo di pronunciarsi sul punto della retrodatazione in applicazione dei principi della c.d. contestazione a catena. In tal modo, sembra volersi dire che, per radicare la competenza del giudice del riesame, una questione di retrodatazione incide su una questione di validità del titolo, ma non si chiarisce come possa giungersi ad analoga conclusione nel caso in cui la retrodatazione fosse stata dedotta unitamente alla denuncia di mancanza di gravità indiziaria senza nulla dire in merito alle esigenze cautelari.

Che la regola della retrodatazione non possa essere messa in relazione con il tema delle esigenze cautelari sembra del resto evidenziato nella sentenza *Rahulia* (Sez. U, n. 21957 del 22/03/2005), più avanti citata, la quale, commentando il caso della retrodatazione automatica per ragioni di connessione, rileva che «in alcuni casi la regola può risultare di dubbia opportunità, perché può accadere che per i reati emersi in tempi successivi la durata ulteriore della custodia cautelare non sia sufficiente per il completamento delle indagini, ma in questi casi il pubblico ministero può esercitare l'azione penale per i soli reati oggetto della prima, o delle prime ordinanze cautelari (artt. 130 e 130-bis disp. att. cod. proc. pen.) e impedire così la perdita di efficacia della misura per la scadenza dei termini». Ciò non può che significare che le esigenze cautelari, pur sussistendo, vengono sacrificate da uno strumento di contenimento dei tempi di restrizione della libertà personale.

10. Occorre, a questo punto chiarire quali siano la *ratio* e le modalità applicative dell'istituto della retrodatazione in presenza di contestazioni a catena.

11. Per quanto concerne la *ratio* dell'istituto, ancora da ultimo la Corte costituzionale (sentenza n. 204 del 2012) ha chiarito che esso «tende ad evitare che, rispetto a una custodia cautelare in corso, intervenga un nuovo titolo che, senza adeguata giustificazione, determini di fatto uno spostamento in avanti del termine iniziale della misura [...]. L'introduzione di "parametri certi e predeterminati" nella disciplina delle "contestazioni a catena" risponde all'esigenza di "configurare limiti obiettivi e ineludibili alla durata dei provvedimenti che incidono sulla libertà personale" (sentenza n. 89 del 1996), in assenza dei quali si potrebbe "espandere la restrizione complessiva della libertà personale dell'imputato, tramite il "cumulo materiale" - totale o parziale - dei periodi custodiali afferenti a ciascun reato" (sentenza n. 233 del 2011). La disciplina delle "contestazioni a catena", dunque, si caratterizza per una rigidità indispensabile a scongiurare il rischio di un'espansione, potenzialmente indefinita, della restrizione complessiva della libertà personale, ed è in nome di questa rigidità che la disciplina delle "contestazioni a catena" non tollera alcuna "imponderabile valutazione soggettiva degli organi titolari del potere cautelare"».

12. I principi applicativi della norma di cui all'art. 297, comma 3, cod. proc. pen., sono stati definiti dagli interventi della Corte costituzionale (sentenza n. 408 del 2005 e n. 233 del 2011) e della Corte di cassazione (Sez. U, n. 21957 del 22/03/2005, Rahulia; Sez. U, n. 14535 del 19/12/2006, dep. 2007, Librato) e possono così sintetizzarsi:

- nel caso di emissione nello stesso procedimento di più ordinanze che dispongono nei confronti di un imputato una misura custodiale per lo stesso fatto, diversamente circostanziato o qualificato, o per fatti diversi, legati da concorso formale, da continuazione o da connessione teleologica, commessi anteriormente all'emissione della prima ordinanza, la retrodatazione della decorrenza dei termini delle misure disposte con le ordinanze successive opera automaticamente, ovvero senza dipendere dalla possibilità di desumere dagli atti, al momento dell'emissione della prima ordinanza, l'esistenza degli elementi idonei a giustificare le successive misure (art. 297, comma 3, prima parte, cod. proc. pen.);

- nel caso in cui le ordinanze cautelari adottate nello stesso procedimento riguardino invece fatti diversi tra i quali non sussiste la connessione qualificata prevista dall'art. 297, comma 3, cod. proc. pen., la retrodatazione opera solo se al momento dell'emissione della prima erano desumibili dagli atti elementi idonei a giustificare le misure applicate con le ordinanze successive;

- il presupposto dell'anteriorità dei fatti oggetto della seconda ordinanza coercitiva, rispetto all'emissione della prima, non ricorre allorché il

provvedimento successivo riguardi un reato di associazione (nella specie di tipo mafioso) e la condotta di partecipazione alla stessa si sia protratta dopo l'emissione della prima ordinanza;

- quando nei confronti di un imputato sono emesse in procedimenti diversi più ordinanze custodiali per fatti diversi in relazione ai quali esiste una connessione qualificata, la retrodatazione prevista dall'art. 297, comma 3, cod. proc. pen., opera per i fatti desumibili dagli atti prima del rinvio a giudizio nel procedimento in cui è stata emessa la prima ordinanza;

- nel caso in cui le ordinanze cautelari adottate in procedimenti diversi riguardino invece fatti tra i quali non sussiste la suddetta connessione e gli elementi giustificativi della seconda erano già desumibili dagli atti al momento della emissione della prima, i termini della seconda ordinanza decorrono dal giorno in cui è stata eseguita o notificata la prima solo se i due procedimenti sono in corso davanti alla stessa autorità giudiziaria e la loro separazione può essere frutto di una scelta del pubblico ministero;

- la disciplina stabilita dall'art. 297, comma 3, cod. proc. pen., per la decorrenza dei termini di durata della custodia cautelare, si applica anche nell'ipotesi in cui, per i fatti contestati con la prima ordinanza, l'imputato sia stato condannato con sentenza passata in giudicato anteriormente all'adozione della seconda misura (Corte cost., sent. n. 233 del 2011).

13. Ciò posto, deve in linea di principio osservarsi che è dovere di ogni giudice investito del problema cautelare quello di tutelare nella sua massima estensione la libertà personale, protetta come bene primario dalla Costituzione (art. 13) e dalle norme delle convenzioni internazionali che sanciscono il diritto di ogni persona sottoposta ad arresto o detenzione a ricorrere al giudice per ottenere, "entro brevi termini" (art. 5, comma 4, Convenzione europea dei diritti dell'uomo) o "senza indugio" (art. 9, comma 4, Patto internazionale sui diritti civili e politici), una decisione sulla legalità della misura e sulla liberazione.

L'intervento dell'organo del riesame deve peraltro essere coordinato con le particolari caratteristiche della relativa procedura incidentale, che non prevede l'esercizio di poteri istruttori, incompatibili con la speditezza del procedimento incidentale *de libertate* e che si basa esclusivamente sugli elementi emergenti dagli atti trasmessi dal pubblico ministero e su quelli eventualmente adottati dalle parti nel corso dell'udienza (Sez. 3, n. 43695 del 10/11/2011, Bacio Terracina Coscia, Rv. 251329; Sez. 3, n. 21633 del 27/04/2011, Valentini, Rv. 250016; Sez. 2, n. 6816 del 14/11/2007, dep. 2008, Caratozzolo, Rv. 239432; Sez. 4, n. 41151 del 23/03/2004, Gogoli, Rv. 231000); pertanto, qualsiasi richiesta che comporti l'esercizio di poteri istruttori può soltanto costituire l'oggetto di

questioni da proporre al giudice competente su eventuali istanze di revoca della misura cautelare.

Si consideri, inoltre, che la deduzione della questione della sussistenza della c.d. contestazione a catena può introdurre argomenti di notevole complessità ai fini del relativo accertamento e del conseguente giudizio. Anche nel caso di emissione nello stesso procedimento di più ordinanze che dispongono nei confronti di un imputato la medesima misura custodiale per lo stesso fatto, diversamente circostanziato o qualificato, pur apparentemente semplice, possono sorgere notevoli questioni, come quando la contestazione concerna un'associazione a delinquere di stampo mafioso (cfr. Sez. 6, n. 12263 del 11/02/2004, Lanzino, Rv. 228470). Ancor più complesso può rivelarsi il tema della sussistenza di una connessione qualificata, ad esempio con riferimento ai rapporti tra associazione per delinquere e reati-fine (Sez. 5, n. 44606 del 18/10/2005, Traina Rv. 232797; Sez. 1, n. 8451 del 21/01/2009, Vitale, Rv. 243199; Sez. 1, n. 18340 del 11/02/2011, Scarcia, Rv. 250305).

La complessità aumenta in progressione allorquando debba valutarsi la sussistenza del requisito della "desumibilità dagli atti". Infatti, la giurisprudenza ha chiarito che il concetto di desumibilità, presupposto che legittima il ricorso all'istituto della retrodatazione, non va confuso con la mera conoscenza o conoscibilità di determinati fatti (Sez. 2, n. 4669 del 02/12/2005, dep. 2006, Virga, Rv. 232991; Sez. 6, n. 12676 del 20/12/2006, dep. 2007, Barresi, Rv. 236829; Sez. 4, n. 44316 del 03/07/2007, Dalipay, Rv. 238348; Sez. 4, n. 2649 del 25/11/2008, dep. 2009, Endrizzi, Rv. 242498). Se la *ratio* dell'istituto consiste nell'evitare un prolungamento artificioso dei termini di custodia cautelare, è evidente che la retrodatazione può teoricamente ipotizzarsi, e l'istituto concretamente operare, come istituto di garanzia, solo se il secondo provvedimento custodiale già poteva concretamente essere adottato al momento dell'emissione della prima ordinanza e ciò può affermarsi solo nei casi in cui già vi era un quadro indiziario di tale gravità e completezza, conoscibile dall'autorità giudiziaria procedente e apprezzabile in tutta la sua valenza probatoria, da integrare tutti i presupposti legittimanti l'adozione della misura. Interpretazione, quest'ultima, peraltro avallata dalla Corte costituzionale che, nel dichiarare «l'illegittimità costituzionale dell'art. 297, comma 3, cod. proc. pen., nella parte in cui non si applica anche a fatti diversi non connessi, quando risulti che gli elementi per emettere la nuova ordinanza erano già desumibili dagli atti al momento della emissione della precedente ordinanza», ha affermato che la durata della custodia cautelare deve dipendere da un fatto obiettivo (rispettoso, dunque, del canone dell'uguaglianza e della ragionevolezza) quale quello

«dell'acquisizione di elementi idonei e sufficienti per adottare i diversi provvedimenti cautelari» (sent. n. 408 del 2005).

Si aggiunga che tutti i suddetti presupposti di applicazione della retrodatazione ex art. 297, comma 3, cod. proc. pen. costituiscono una *quaestio facti* la cui soluzione è rimessa di volta in volta all'apprezzamento del giudice di merito (Sez. 5, n. 44606 del 18/10/2005, Traina, Rv. 232797; Sez. 6, n. 12676 del 20/12/2006, dep. 2007, Barresi, Rv. 236829; Sez. 4, n. 9990 del 18/01/2010, Napolitano, Rv. 246798), e in quanto tale richiede l'esame e la valutazione degli atti ed una ricostruzione dei fatti, attività precluse al giudice di legittimità, il quale deve solo verificare che il convincimento espresso in sede di merito sia correttamente e logicamente motivato.

14. Sulla base delle esposte caratteristiche del procedimento incidentale cautelare e delle modalità di verifica di sussistenza dei presupposti della retrodatazione dei termini di custodia cautelare ex art. 297, comma 3, cod. proc. pen., deve ritenersi che il Tribunale del riesame possa pronunciarsi in materia solo quando elementi incontrovertibili emergenti dall'ordinanza impugnata consentano di ritenere sussistenti i suddetti presupposti. In qualsiasi altro caso, la mancanza di poteri istruttori del giudice del riesame e le esigenze di speditezza del procedimento incidentale *de libertate* devono condurre ad escludere una pronuncia dello stesso giudice, la quale, se favorevole all'indagato, potrebbe basarsi sulla sola prospettazione difensiva non sufficientemente verificata nel più ampio contraddittorio e con la completezza degli elementi di fatto e documentali utili per la decisione; se sfavorevole all'indagato, potrebbe essere suggerita da una superficiale e non completa disamina di tutti i dati rilevanti, non rimediabile in sede di legittimità, in considerazione dei limiti del relativo sindacato, con le negative conseguenze correlate al prodursi del c.d. giudicato cautelare. Pertanto deve ribadirsi che soltanto nel caso in cui dalla stessa ordinanza impugnata emergano in modo incontrovertibile e completo gli elementi utili e necessari per la decisione è possibile dare spazio ai principi di economia processuale e di rapida definizione del giudizio in vista della più ampia tutela del bene primario della libertà personale.

15. Deve, dunque, affermarsi il seguente principio di diritto: «*Nel caso di contestazione a catena, la questione della retrodatazione della decorrenza del termine di custodia cautelare può essere dedotta anche in sede di riesame solo se ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni: a) se per effetto della retrodatazione il termine sia interamente scaduto al momento della emissione*



del secondo provvedimento cautelare; b) se tutti gli elementi per la retrodatazione risultino dall'ordinanza cautelare».

16. Nel caso di specie, manca la verifica della sussistenza delle suddette condizioni che consentono al giudice del riesame di affrontare il tema della c.d. contestazione a catena, soprattutto per quanto concerne il requisito della "desumibilità dagli atti" inteso nel senso sopra specificato.

Pertanto, l'ordinanza impugnata deve essere annullata con rinvio al Tribunale di Bologna, per nuovo esame che faccia applicazione dei principi di diritto come sopra formulati.

P.Q.M.

Annulla l'ordinanza impugnata e rinvia al Tribunale di Bologna per nuovo esame.

Così deciso il 19/07/2012.

Il Componente estensore

Franco Fiandanese

Il Presidente

Ernesto Lupo

SEZIONI UNITE PENALI

Depositato in Cancelleria

il 20 NOV. 2012

il _____

Il Funzionario Giudiziario

Leonardo SACRIPANTI

