

SULL'ANNULLAMENTO DELL'ORDINANZA CAUTELARE PRIVA DELL'AUTONOMA VALUTAZIONE DEGLI INDIZI E DELLE ESIGENZE DI CAUTELA

Nota a [Tribunale di Napoli, Sezione XII – Riesame, Collegio C, ord. 19 maggio 2015, Pres. est. Ianuario](#)

di Luigi Giordano

Abstract. *Nel presente contributo si esamina una delle prime decisioni del tribunale del riesame di annullamento di un'ordinanza cautelare per il difetto di "autonoma valutazione" dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze di cautela e, dunque, per la violazione degli art. 292 e 309 c.p.p., come modificati dalla recente legge n. 47 del 2015. E' l'occasione per soffermarsi sul contenuto del provvedimento applicativo di una misura cautelare e sul giudizio di riesame, con particolare attenzione al potere del tribunale di integrazione della motivazione.*

SOMMARIO: 1. Il provvedimento del tribunale. – 2. La nullità dell'ordinanza priva di motivazione e la sua integrazione da parte del tribunale. – 2.1. L'indirizzo giurisprudenziale che limita l'annullamento per difetto di motivazione ai soli casi di difetti formali. – 2.2. L'orientamento che sanziona con l'annullamento anche la mancanza di "autonoma motivazione". – 2.3. La riforma dell'art. 309 c.p.p. ed i limiti all'integrazione della motivazione. – 2.4. Il giudizio di riesame e la tutela del diritto di difesa come contraddittorio. – 3. I riflessi della novella sulla forma dell'ordinanza cautelare. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Il provvedimento del tribunale.

La decisione in esame si segnala come una delle prime pronunce di annullamento di un'ordinanza cautelare per la mancanza di "autonoma valutazione" dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze di cautela da parte del giudice per le indagini preliminari e, dunque, per la violazione degli art. 292 e 309 c.p.p. come modificati dalla legge n. 47 del 2015. Il tribunale, dopo la ricognizione del nuovo dato normativo entrato in vigore in data 8 maggio 2015, ha rilevato che nel provvedimento impugnato mancava "una sia pur sintetica valutazione autonoma dei fatti dei fatti rappresentati dal P.M.", i quali erano stati trasfusi "pedissequamente nell'ordinanza impugnata senza alcuna rielaborazione"; ha poi precisato che le difese avevano specificamente eccepito il predetto difetto della misura custodiale, sottolineando che l'autonoma valutazione avrebbe dovuto riguardare le posizioni di ciascun indagato; ha concluso, infine, che, a seguito della riforma dell'art. 309, co. 9, c.p.p., è precluso al tribunale del riesame "il potere di integrare, argomentare o valutare ex novo elementi

fondanti il titolo custodiale”, essendo stata espressamente prevista per simili fattispecie la sanzione processuale dell’annullamento del provvedimento.

2. La nullità dell’ordinanza priva di motivazione e la sua integrazione da parte del tribunale.

Uno dei profili più rilevanti della legge n. 47 del 2015, che ha riformato la disciplina delle misure cautelari e delle relative impugnazioni, è rappresentato dall’inserimento, in tema di decisioni del tribunale del riesame, alla fine del co. 9 dell’art. 309 c.p.p., del seguente periodo: *“Il tribunale annulla il provvedimento impugnato se la motivazione manca o non contiene l’autonoma valutazione, a norma dell’art. 292 c.p.p., delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa”*. Questa disposizione prevede la conseguenza sanzionatoria della violazione dell’art. 292, co. 2, lett. c) e c-bis), c.p.p. In queste norme, dedicate alla descrizione del contenuto necessario dell’ordinanza cautelare, la stessa legge n. 47 del 2015 ha inserito le parole *“e l’autonoma valutazione”* riferite agli indizi, alle esigenze cautelari, agli elementi forniti dalla difesa nonché all’inadeguatezza di misure meno afflittive di quella carceraria.

Si è dubitato dell’effettiva necessità di questa nuova modifica dell’art. 292 c.p.p.¹ Le lettere c) e c-bis) del co. 2 della disposizione appena indicata, infatti, nel disciplinare il contenuto dell’ordinanza cautelare già prevedevano, accanto all’esposizione degli elementi fattuali valorizzati ai fini dell’applicazione della misura cautelare, anche quella dei motivi che inducono il giudice a comprimere la libertà individuale. La stessa giurisprudenza, rilevando che detto requisito è previsto a pena di nullità rilevabile d’ufficio, riconosceva il vizio di motivazione dell’ordinanza cautelare, salvo trarne conseguenze diverse, come meglio si vedrà nel prosieguo, in tema di provvedimenti adottabili dal tribunale.

La ragione dell’intervento riformatore, però, non risiede in un ipotetico bisogno completamento degli elementi strutturali del provvedimento cautelare, quanto nell’esigenza di superare una deviazione della prassi applicativa, definita in modo efficace *“appiattimento sulla richiesta del pubblico ministero”*, consistente nella redazione di provvedimenti cautelari in cui, il giudice si limita a riproporre il contenuto dell’atto proveniente dalla pubblica accusa, senza esplicitare le ragioni per le quali incide sulla libertà personale dell’indagato². Con le nuove disposizioni, pertanto, si vuole impedire

¹ Cfr. [G. FIDELBO-V. PAZIENZA, Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari, Relazione dell’Ufficio del Massimario del 6 maggio 2015](#), in questa Rivista, 7 maggio 2015. In dottrina (LA ROCCA, *Le nuove disposizioni in materia di misure cautelari personali* (Ddl 1232b), in [www.archiviopenale.it](#)) è stato evidenziato che *“il concetto di “autonoma valutazione” è già insito nell’obbligo di motivare; rappresenta un portato della funzione giurisdizionale, oltre che naturale compito del giudice – qualsiasi giudice che debba emettere un provvedimento – compiere una propria autonoma analisi rispetto a quanto prospettato dalle parti”*.

² Cfr. il [Dossier del Servizio Studi del Senato sull’A.S. n. 1232 – “Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali” n. 95 del gennaio 2014](#), in questa Rivista, 4 febbraio 2014, in cui si legge: *“Come emerso nel corso dell’esame e dell’attività conoscitiva svolta dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati, il riferimento alla “autonoma valutazione” del giudice mira ad evitare motivazioni delle esigenze cautelari*

la pedissequa riproposizione della richiesta del pubblico ministero (se non degli atti di polizia) nel provvedimento che comprime la libertà individuale.

Le nuove disposizioni ripropongono – e, per certi versi, accentuano – il delicato problema del coordinamento tra la sanzione di nullità, per giunta rilevabile d’ufficio, per l’ordinanza che non rispetta i requisiti contenutistici imposti dall’art. 292 c.p.p. con il potere del tribunale del riesame di integrare il provvedimento viziato. Il tribunale, infatti, in base alla prima parte dello stesso co. 9 dell’art. 309 c.p.p., che non ha subito modifiche ad opera della novella, *“può annullare il provvedimento impugnato o riformarlo in senso favorevole all’imputato anche per motivi diversi da quelli enunciati ovvero può confermarlo per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione del provvedimento stesso”*.

Che quest’ aspetto rappresenti il principale nodo interpretativo è testimoniato anche dalle prime valutazioni dell’interpolazione dell’art. 309, co. 9, c.p.p., che si caratterizzano per giudizi diametralmente contrapposti. E’ stato sostenuto, infatti, che la novella avrebbe limitato la possibilità di annullamento dell’ordinanza cautelare, determinando *“una intenzionale virata illiberale”*, con un *“netto deterioramento della funzione di controllo”* del tribunale, di cui sarebbe sancito, definitivamente, il ruolo di supplenza³. In senso opposto, invece, è stato affermato che la nuova norma *“restringe, in una prospettiva garantista, il potere del giudice del riesame di sostituire, con le proprie valutazioni, le lacune del provvedimento cautelare”* al fine di rendere effettiva la più stringente definizione dell’impegno motivazionale del giudice per le indagini preliminari⁴. In questa prospettiva, sarebbe *“in gran parte superato il consolidato orientamento della Suprema Corte che consentiva e, per certi versi, imponeva, al tribunale del riesame di supplire alle carenze motivazionali del giudice emittente”*, integrando il provvedimento⁵.

“appiattite” su quelle del pubblico ministero richiedente”. Quale fosse l’obiettivo perseguito dal legislatore emerge chiaramente dalla lettura dei lavori preparatori ed in particolare dagli interventi del Sottosegretario di Stato Ferri (*“Si vuole sottolineare l’autonoma valutazione del giudice del caso concreto e, per evitare che il giudice in qualche modo si possa appiattare sulle richieste del pubblico ministero, si prevede quindi debba invece compiere, sulla base degli atti di indagine, questa autonoma valutazione del caso concreto”*) e di diversi deputati come Ermini, Morani e la stessa relatrice Rossomando (*“Come emerso nel corso dell’esame e dell’attività conoscitiva svolta dalla Commissione Giustizia, il riferimento alla «autonoma valutazione» del giudice mira ad evitare motivazioni delle esigenze cautelari «appiattite» su quelle del PM richiedente”*).

³ In questi termini, [M. CERESA GASTALDO, Una singolare antifrasi: “i “nuovi” poteri rescindenti del tribunale della libertà](#), in questa Rivista, 27 maggio 2015.

⁴ Così LA ROCCA, *Le nuove disposizioni in materia di misure cautelari personali*, cit.

⁵ Cfr. F. TODISCO, *Le modifiche aventi ad oggetto le impugnazioni in materia cautelare introdotte dalla legge 16 aprile 2015 n. 47*, in *Diritti e giurisdizione, Rivista della Scuola Superiore della Magistratura, Struttura decentrata del Distretto di Corte di Appello di Napoli*.

2.1. L'indirizzo giurisprudenziale che limita l'annullamento per difetto di motivazione ai soli casi di difetti formali.

La conferma “per ragioni diverse da quelle indicate in motivazione”, così come il provvedimento speculare dell'annullamento o della riforma *in melius* “per motivi diversi da quelli enunciati”, rappresenta il provvedimento decisorio che meglio rivela la natura del giudizio di riesame. Si tratta di “una forma sui generis di impugnazione”, riservata alla difesa, con cui si verifica la devoluzione integrale della questione *de libertate* al tribunale collegiale; “un mezzo di impugnazione atipico”, che “determina un giudizio *ex novo*”, completamente autonomo, in cui il tribunale valuta gli stessi elementi che hanno indotto il primo giudice all'applicazione del provvedimento cautelare ovvero quelli offerti dalle parti nel corso del giudizio⁶.

La devoluzione integrale della questione cautelare, sia sotto il profilo del merito che della legittimità, implica che, dinanzi alla denuncia del vizio di motivazione, sia stato attribuito al tribunale un marcato potere di integrazione del provvedimento, peraltro già riconosciuto dall'indirizzo giurisprudenziale formatosi sotto la vigenza del vecchio codice di rito⁷.

Per questa ragione, secondo l'indirizzo giurisprudenziale per lungo tempo prevalente, in considerazione dell'effetto interamente devolutivo che caratterizza il riesame delle ordinanze applicative di misure cautelari, il tribunale della libertà, cui è conferito il potere di annullare, riformare o confermare il provvedimento impugnato anche per ragioni diverse da quelle in esso indicate, può sanare, con la propria motivazione, le carenze argomentative di detto provvedimento, anche quando esse siano tali da dar luogo alle nullità, rilevabili d'ufficio, previste dall'art. 292, co. 2, lett. c) e c bis), c.p.p.⁸ Il limite al potere di rimediare alle carenze motivazionali del giudice per le indagini preliminari è stato fissato nei casi in cui manca del tutto il segno grafico della motivazione del provvedimento, come nell'ipotesi della sola indicazione delle norme di legge violate⁹, ovvero quando sia il supporto motivazionale sia meramente apparente. Tale è quel modulo argomentativo che si risolve nell'utilizzo di mere clausole di stile prive di un reale substrato storico-fattuale¹⁰ o sia basato su affermazioni apodittiche¹¹. La giurisprudenza, però, si è affrettata a precisare che una

⁶ In questi termini G. SPANGHER, voce “Misure cautelari personali”, in *Digesto discipline penalistiche*, Torino, 2014.

⁷ Cfr. *Relazione al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale*, in G.U. Serie Generale n. 250 del 24-10-1988 – *Suppl. Ordinario* n. 93, pag. 78.

⁸ Cfr., tra le altre, Cass. pen., sez. 6, 16 gennaio 2006 n. 8590 (dep. 10/03/2006), in *CED Cassazione* n. 233499.

⁹ Cass. pen., sez. 3, 26 novembre 2008 n. 47120 (dep. 19 dicembre 2008), in *CED Cassazione* n. 242268.

¹⁰ Cfr. Cass. pen., sez. 1, 13 dicembre 2012, n. 4935 (dep. 31 gennaio 2013), inedita; in precedenza, Cass. pen., sez. 2, 8 ottobre 2008 n. 39383, D'Amore, in *CED Cassazione* n. 241868; Cass. pen., sez. 2, 18 dicembre 2007 n. 3103, Di Vincenzo, in *CED Cassazione* n. 239267; Cass. pen., Sez. 1, 6 dicembre 2007 n. 266, Gabriele, in *CED Cassazione* n. 238774; Cass. pen., sez. 4, 8 luglio 2004 n. 45847, Chisari, in *CED Cassazione* n. 230415.

¹¹ Cass. pen., sez. 3, del 15 luglio 2010 n. 33753 (dep. 17 settembre 2010), in *CED Cassazione* n. 249148, in relazione ad un provvedimento che “[...] si componeva diciassette pagine nelle quali vengono trascritte le intercettazioni telefoniche ed ambientali e l'esito di una perquisizione (che non concerne l'attuale ricorrente).

simile valutazione negativa non può fondarsi su mere illazioni, ma deve essere basata su dati concreti desumibili dallo stesso provvedimento¹².

Più precisamente, si sostiene che *“l’ordinanza applicativa della misura e quella che decide sulla richiesta di riesame sono tra loro strettamente collegate e complementari, con la conseguenza che la motivazione del tribunale del riesame integra e completa l’eventuale carenza di motivazione del primo giudice”*¹³. Ne consegue che, dinanzi ad un difetto di motivazione del provvedimento applicativo della misura coercitiva, il tribunale deve sopperire con le necessarie integrazioni e non annullare il provvedimento. Il potere di pronunciare l’annullamento per difetto di motivazione è riservato solo al giudice di legittimità¹⁴.

La Suprema Corte”, invero, non ha mancato di esprimere un giudizio negativo in merito all’adozione di metodi di redazione della motivazione cautelare che, abusando del cd. *“copia ed incolla”*, possono favorire l’acritica trasposizione nel testo di intere risultanze investigative e la mancanza di un’autonoma valutazione¹⁵. Questa critica, che manifesta la comprensione del problema di fondo, non ha determinato l’ampliamento dei margini operativi del provvedimento di annullamento. La dichiarazione di nullità dell’ordinanza impositiva deve essere relegata a *extrema ratio* delle determinazioni adottabili. Essa discende dalla dimostrazione di una concreta lesione del diritto di difesa e non dal fatto che l’ordinanza del giudice per le indagini preliminari abbia recepito integralmente ed acriticamente la richiesta del pubblico ministero¹⁶. Anzi, una simile lesione, secondo l’orientamento giurisprudenziale in esame, non ricorre neanche quando, piuttosto che il provvedimento del giudice, è la

Nessuna valutazione è stata effettuata del compendio probatorio al fine di verificare la esistenza di indizi, connotati con il requisito della gravità, nei confronti del L.L.; sul tema, il Giudice ha concluso con una clausola di stile, non preceduta da alcun elemento o argomento che la renda plausibile, sicché l’ordinanza genetica non presenta il contenuto motivazionale minimo richiesto dalla legge”.

¹² Cass. pen., sez. 1, 28 marzo 2012, n. 14837, inedita.

¹³ Cass. pen., sez. 5, 7 dicembre 2006 n. 3255 (dep. 30 gennaio 2007), in CED Cassazione n. 236036.

¹⁴ Cass. pen., sez. 3, 2 febbraio 2011 n. 15416 (dep. 15 aprile 2011), in CED Cassazione n. 250306; cfr. Cass. pen., sez. 2, 30 novembre 2011 n. 7967 (dep. 29 febbraio 2012), in CED Cassazione n. 252222.

¹⁵ Cfr. Cass. pen., sez. 1, 28 marzo 2012 n. 14837, inedita, nella quale, con riferimento ad un’ordinanza redatta con il metodo del cd. *“copia ed incolla”*, la Corte ha precisato che *“la tecnica redazionale seguita dal GIP nella compilazione dell’ordinanza cautelare, riguardante più persone e plurime fattispecie di reato, non è apprezzabile, prestando il fianco a critiche di recepimento troppo supino e di sospetta mancata ponderazione degli atti processuali, in relazione alle plurime posizioni ed alle singole particolarità di ciascuna posizione”*. In termini analoghi, Cass. pen., sez. 5, 24 gennaio 2007 n. 12679 (dep. 27 marzo 2007), in CED Cassazione n. 235985, secondo cui *“... rifuggendo da ricorrenti, stucchevoli, tecniche redazionali, fondate sull’acritica trasposizione del testo di intere risultanze investigative, favorita dalle ben note tecniche computeristiche di videoscrittura (cd. taglia ed incolla), la motivazione del provvedimento de libertate deve contenere la concisa indicazione degli elementi indiziari, da apprezzarsi sia analiticamente che in un contesto globale, con la conclusiva determinazione che dia conto, in esito ad un percorso motivazionale immune da errori di diritto o da disfunzioni logiche, della deliberazione – necessariamente sommaria, propria della fase cautelare – di gravità del compendio indiziario offerto dall’accusa. Ed a tale concisa esposizione deve pure fare riscontro, sempre con enunciazione sintetica, l’indicazione degli elementi di segno contrario offerti dalla difesa, volti a contrastare la valenza dimostrativa di quelli accusatori, con indicazione delle ragioni per le quali gli stessi sono stati disattesi”*.

¹⁶ Cass. pen., sez. 2, 8 ottobre 2008 n. 39383 (dep. 21 ottobre 2008), in CED Cassazione n. 241868.

richiesta del pubblico ministero ad essere argomentata, indicando analiticamente gli elementi di prova in modo da fornire un quadro complessivo che consente alla persona sottoposta alle indagini di approntare un'adeguata difesa¹⁷ ed addirittura nel caso in cui gli elementi indiziari siano contenuti nelle schede redatte dalla polizia giudiziaria per ciascun indagato¹⁸. L'obbligo di autonoma motivazione dovrebbe essere osservato solo qualora il provvedimento del giudice si discosti dalle ragioni contenute nell'atto richiamato.

2.2. L'orientamento che sanziona con l'annullamento anche la mancanza di "autonoma motivazione".

Se quello appena illustrato appare l'indirizzo giurisprudenziale prevalente, si è fatto largo, negli ultimi anni, un diverso orientamento che sanziona con l'annullamento anche l'adozione di misure cautelari prive di autonoma motivazione e non solo il difetto meramente formale del provvedimento. In una di queste decisioni, in particolare, la Corte di Cassazione ha confermato l'annullamento di un'ordinanza cautelare nella quale era integralmente riportata la richiesta del pubblico ministero, ancorché anticipata da una premessa relativa ai gravi indizi di colpevolezza e seguita da una conclusione sul tema delle esigenze cautelari, unici momenti certamente attribuibili al giudice. Queste parti del provvedimento, però, palesemente non erano congruenti con la richiesta perché contenevano riferimenti ad elementi fattuali del tutto diversi da quelli oggetto del giudizio¹⁹. La Suprema Corte, in questo caso, ha ravvisato

¹⁷ Cfr. Cass. pen., sez. 4, 18 dicembre 2003 n. 17566 (dep. 16 aprile 2004), in *CED Cassazione* n. 228169; Cass. pen., sez. 2, 20 aprile 2012 n. 30696 (dep. 26 luglio 2012), in *CED Cassazione* n. 253326 nella cui motivazione si legge: "La richiesta del pubblico ministero, recepita nell'ordinanza genetica dal giudice delle indagini preliminari, non consiste, poi, in un disordinato affastellamento di rapporti di polizia giudiziaria e di trascrizioni di intercettazioni, né nella mera trascrizione del contenuto delle intercettazioni telefoniche e nell'elencazione delle attività di indagine effettuate dalla polizia giudiziaria (attività di osservazione e controllo; sequestri); la stessa, come osservato dallo stesso Tribunale del Riesame, ha tutti i contenuti per potere essere ritenuta adeguata a giustificare l'adozione di misure consentendo ai destinatari dell'ordinanza di conoscere gli elementi a loro carico per potere disporre un'adeguata difesa, tanto che il difensore ha inteso discutere il provvedimento impugnato nel merito non sollevando da parte sua eccezione preliminare di nullità";

¹⁸ Cass. pen., sez. 6, 1 febbraio 2007 n. 35823 (dep. 1 ottobre 2007), in *CED Cassazione* n. 237841.

¹⁹ Cass. pen., sez. 6, 24 maggio 2012, n. 22327 in *Arch. nuova proc. pen.* 2012, 655, con nota di F. Nuzzo, *Appunti sul potere di integrare la motivazione dell'ordinanza cautelare in sede di riesame* ed in *Giur. it.* 2013, 169, con nota E. La Rocca, *In tema di requisiti minimi per la motivazione delle decisioni cautelari*. In questa decisione si legge: "il Giudice per le indagini preliminari, che aveva disposto l'applicazione della misura cautelare della custodia in carcere, dopo una generica premessa sulla utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche, si fosse impegnato a sostenere l'esistenza dei gravi indizi di colpevolezza a carico degli indagati in ordine al delitto di associazione per delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti, evidentemente "ricopiando", in maniera disattenta quanto maldestra, il passo motivazionale di altro provvedimento emesso in un diverso procedimento penale – come si evince dal riferimento, tra l'altro, alla "presenza di numerosi spacciatori identificati nel corso delle indagini", alla "invariabilità del focus commissi delicti", al "capillare controllo del territorio nel quale si svolge l'attività illecita con continue perlustrazioni delle strade circostanti a piedi e/o a bordo di moto" per prevenire interventi delle forze dell'ordine", nonché alla "commercializzazione di sostanze stupefacenti di diverso tipo" – benché l'associazione per delinquere

la nullità del provvedimento, avendo raggiunto la dimostrazione della mancata valutazione autonoma da parte del giudice della richiesta e del materiale indiziario in essa contenuta. Il tribunale correttamente non aveva proceduto all'integrazione dell'ordinanza carente, perché non si trovava dinanzi neppure ai requisiti minimi per poter individuare una motivazione.

Nella medesima prospettiva segnata da questa sentenza si inserisce un'altra decisione che, con maggiore chiarezza, ha rimarcato come la circostanza che l'indagato conosca gli elementi dedotti dall'accusa non rivesta alcuna rilevanza agli effetti della conoscenza – che solo la motivazione può soddisfare – di quali, fra quegli elementi, sono stati reputati dal giudice significativi e dirimenti ai fini della adozione del provvedimento²⁰. È solo quest'ultima base di "conoscenza" che permette appieno l'esercizio del diritto di difesa e, al tempo stesso, consente al giudice della impugnazione di valutare la legittimità della decisione (che è dunque un "giudizio") relativa alla applicazione di quella specifica misura²¹.

Assegnare al tribunale il potere di confermare il provvedimento "anche per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione del provvedimento stesso", in altri termini, presuppone che il provvedimento genetico sia assistito da una motivazione che enunci le "ragioni" circa l'an ed il quomodo della cautela, così da consentirne lo scrutinio e l'eventuale determinazione, anche adesiva, pur se fondata su ragioni diverse²². Ove non si assegnasse al disposto dell'art. 292 c.p.p. il valore e la pregnanza che un simile dettagliato ordito di prescrizioni impone a fini del soddisfacimento dell'obbligo di motivazione del provvedimento cautelare, si trasferirebbe sul grado del riesame, peraltro solo eventuale e rimesso ad una scelta dell'indagato, una funzione, non integrativa, ma strutturalmente e funzionalmente surrogatoria dell'obbligo motivazionale.

oggetto del procedimento de quo fosse stata contestata in relazione ad un ipotizzato sodalizio attivo nel traffico internazionale di grossi quantitativi di un unico tipo di droga, la cocaina, importata dalla Spagna e ceduta in diverse località campane, dunque con una palese variabilità dei loci commissi delicti, senza interessarsi di alcuna "capillare" distribuzione dello stupefacente attraverso piccoli spacciatori, dei quali giammai era stata effettuata la identificazione".

²⁰ Cass. pen., sez. 2, 14 giugno 2012 (dep. 28 giugno 2012) n. 25513, in CED Cassazione n. 253247.

²¹ In dottrina (G. SILVESTRI, *Il controllo della motivazione in fatto in Cassazione: la sentenza penale*, Relazione all'incontro di studi del CSM sul tema *Il ricorso per Cassazione nel sistema dei mezzi di impugnazione*, Frascati, 2001, pag. 10, in *www.csm.it*), è stato evidenziato che la motivazione dell'ordinanza, ai sensi dell'art. 292, co. 2, lett. c), c.p.p. deve contenere "l'esposizione [...] degli elementi di fatto [...] e dei motivi per i quali essi assumono rilevanza [...]". Essa, pertanto, non si deve risolvere nell'elencazione degli elementi di fatto a carico dell'indagato, ma consiste nell'illustrazione delle ragioni per le quali essi vengono considerati rilevanti a fini cautelari. Solo con la delimitazione precisa del quadro indiziario è possibile instaurare, nel procedimento incidentale, un effettivo e trasparente contraddittorio tra le parti, assicurando all'indagato il diritto di difesa.

²² In dottrina (M. CERESA GASTALDO, *Una singolare antifrasi*, cit.) si sottolinea che l'obbligo costituzionale disporre limitazioni della libertà personale con provvedimento motivato è riferito dagli art. 2 e 13 Cost. al momento genetico dell'atto coercitivo per l'immediata esecutività dell'ordinanza cautelare, che comprime la libertà prima del controllo in contraddittorio. La costruzione in itinere del provvedimento è fisiologica nell'appello contro la sentenza penale, che ha effetto sospensivo, mentre è del tutto bandita in tema di misure cautelari, ambito nel quale non è ammessa una formazione progressiva della fattispecie.

La dichiarazione di nullità della ordinanza impositiva da parte del tribunale del riesame, allora, deve trovare applicazione non solo in ipotesi marginali, se non di scuola, ma in tutti quei casi in cui il provvedimento cautelare “*si è limitato ad una sterile rassegna di fonti di prova, a proposito delle quali manca totalmente qualsiasi riferimento contenutistico e di enucleazione degli elementi reputati indizianti*”²³. Motivare non significa elencare gli elementi a carico dell’indagato, ma valutare detti elementi in modo critico, spiegandone il rilievo indiziario.

2.3. La riforma dell’art. 309 c.p.p. ed i limiti all’integrazione della motivazione.

In questo contesto è intervenuta la riforma del co. 9 dell’art. 309 c.p.p. La nuova disposizione, imponendo al tribunale del riesame di annullare non solo il provvedimento privo in senso grafico della motivazione, ma anche quello che non presenta l’autonoma valutazione dei gravi indizi di colpevolezza o delle esigenze di cautela, introduce un’eccezione al generale potere di integrazione dell’organo dell’impugnazione²⁴.

La norma è chiaramente ispirata dall’indirizzo giurisprudenziale appena illustrato, che recepisce, precisando il caso in cui la motivazione non è integrabile dal organo dinanzi al quale il provvedimento è impugnato²⁵. Una motivazione del giudice non autonoma, quindi priva del vaglio critico dell’organo giudicante, non è integrabile dal tribunale. L’organo dell’impugnazione, invece, è tenuto a supplire ai vizi motivazionali in cui è incorso il giudice per le indagini preliminari, quando almeno un minimo di valutazione è presente.

Il tribunale della libertà, pertanto, deve integrare il provvedimento cautelare quando, pur in presenza di un’autonoma valutazione degli elementi adottati dalla pubblica accusa, ravvisi una motivazione insufficiente o un vizio di carattere logico, fattuale o giuridico nel ragionamento del giudice. Simili difetti possono investire sia il tema dei gravi indizi di colpevolezza, che quello relativo alle esigenze di cautela, anche

²³ Cass. pen., sez. 6, 24 maggio 2012 n. 25631 (dep. 2 luglio 2012), in *CED Cassazione* n. 254161, in una fattispecie in cui l’ordinanza applicativa di misura coercitiva personale era costituita dalla copia di parti di motivazioni di ordinanze emesse nell’ambito di differenti vicende giudiziarie e dell’integrale contenuto della richiesta del pubblico ministero, senza che si fosse neppure provveduto alle modifiche formali rese necessarie dal mutamento del tipo di atto e dell’autorità procedente; in termini analoghi, Cass. pen., sez. 2, 4 dicembre 2013 n. 12537 (dep. 17 marzo 2014), in *CED Cassazione* n. 259554; Cass. pen., sez. 6, 4 marzo 2014 n. 12032 (dep. 13 marzo 2014), in *CED Cassazione* n. 259462. Anche la Corte europea dei diritti dell’uomo ritiene che viola l’art. 5, co. 3, CEDU, l’imposizione di restrizioni della libertà personale in forza di provvedimenti fondati su motivazioni ripetitive e stereotipate (Corte EDU, 23 maggio 2006, Ceylan C. Turchia, in *Dir. Pen. Proc.* 2006, 915; Corte EDU 27 febbraio 2001, Cicek C. Turchia, in *Legisl. Pen.*, 2001, 1095; Corte EDU 5 aprile 2001, H.B. C. Svizzera).

²⁴ Cfr. G. FIDELBO-V. PAZIENZA, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, cit.

²⁵ Cfr. BRICCHETTI-PISTORELLI, *Valutazione autonoma del quadro indiziario da parte del giudice*, in *Guida dir.*, 2015, 20, 46.

sotto il profilo dell'adeguatezza e dell'idoneità della misura cautelare prescelta, ma non potrà condurre alla sanzione dell'annullamento²⁶.

Il tribunale della libertà, inoltre, deve completare l'ordinanza qualora la carenza motivazionale emersa concerna solo l'esposizione degli elementi previsti a pena di nullità dell'art. 292 c.p.p. L'annullamento, infatti, consegue alla mancanza dell' "autonoma valutazione degli elementi strutturali del provvedimento cautelare", mentre la norma che disciplina il contenuto essenziale del provvedimento cautelare impone anche di esporre gli elementi di fatto che integrano i gravi indizi di colpevolezza o che dimostrano la sussistenza di esigenze di cautela. Ne consegue che, anche dopo la riforma, un provvedimento cautelare che impiegasse la tecnica di redazione del richiamo *per relationem* e che, dunque, contenesse ampi riferimenti agli atti delle indagini, al più imporrà al tribunale una integrazione, ma non potrà essere annullato²⁷. Bisognerà, peraltro, riconoscere i tratti dell'autonoma valutazione dell'atto richiamato, cioè dovrà emergere che il giudice ha preso cognizione del contenuto sostanziale dell'atto di riferimento e ne ha fatto oggetto di meditazione²⁸.

2.4. Il giudizio di riesame e la tutela del diritto di difesa come contraddittorio.

Una volta tracciati il contenuto ed i margini operativi dell'intervento del tribunale sull'ordinanza del giudice, è possibile cogliere la ragione di una simile disciplina.

La proposizione del riesame mira a garantire la realizzazione del diritto di difesa inteso come contraddittorio²⁹. Dinanzi ad un organo terzo si realizza la dialettica tra accusa – difesa intorno agli elementi evidenziati dal giudice per le indagini

²⁶ La richiesta di riesame è alternativa rispetto al ricorso diretto per cassazione. L'art. 311, co. 2, c.p.p., infatti, prevede che la proposizione del ricorso rende inammissibile la richiesta di riesame. Con entrambi i mezzi di impugnazione si può denunciare il vizio di motivazione. La scelta di omettere il grado intermedio, però, potrebbe essere determinata dalla diversa valenza che il vizio può assumere nel giudizio dinanzi al tribunale ed in quello verso la Suprema Corte. Nel primo caso, infatti, il tribunale, ravvisando il difetto, può integrare il provvedimento; nel secondo, invece, la Corte deve annullare il provvedimento viziato. La difesa, pertanto, potrebbe avere interesse a ricorrere immediatamente in Cassazione nel caso di mancanza o illogicità di motivazione, perché non corre il rischio di una conferma integrativa del provvedimento (cfr. A. GIANNONE, voce "Riesame", in *Digesto discipline penali*, Torino, 1997).

²⁷ In senso contrario, in dottrina (LA ROCCA, *Le nuove disposizioni*, cit.) è stato sostenuto che la nuova legge avrebbe "messo al bando" qualsiasi tipo di argomentazione non solo apparente, ma anche *per relationem*, precludendo al tribunale del riesame ogni intervento integrativo basato sul paventato rapporto di complementarità tra ordinanza applicativa e provvedimento di conferma in sede di riesame.

²⁸ Sui requisiti di legittimità della motivazione *per relationem* cfr., da ultimo, Cass. pen., sez. 6, 4 novembre 2014 n. 53420 (dep. 22 dicembre 2014), in *CED Cassazione* n. 261839; in precedenza, Cass. pen., sez. un. 21 giugno 2000 n. 17 (dep. 21 settembre 2000), in *CED Cassazione* n. 216668.

²⁹ cfr. A. GIANNONE, voce "Riesame", cit. il quale aggiunge che, oltre alla tutela del contraddittorio, l'esperienza applicativa ha fatto emergere un'altra funzione del riesame che consiste nel costringere il pubblico ministero alla completa scoperta delle fonti di prova in un momento precedente alla scadenza fisiologica delle indagini, permettendo alla difesa una migliore delineazione della strategia difensiva.

preliminari e da questi identificati come rappresentativi di indizi di colpevolezza “gravi” e di esigenze cautelari da soddisfare. Se manca l’autonoma valutazione degli elementi indiziari o di quelli che manifestano i gravi indizi (o, più semplicemente, se di una simile valutazione non sia stata lasciata alcuna traccia nel provvedimento) manca il “terreno di gioco” su cui si può sviluppare il contraddittorio tra le parti³⁰.

La misura cautelare, invero, è adottata dal giudice per le indagini preliminari su richiesta del pubblico ministero all’insaputa dell’indagato. Con il ricorso al tribunale della libertà si realizza il contraddittorio sul provvedimento del giudice. L’oggetto del confronto, in prima battuta, concerne la consistenza, sul piano logico, fattuale e di legittimità giuridica, degli elementi da cui il giudicante ha ritenuto di ravvisare i gravi indizi di colpevolezza e le esigenze di cautela. Partendo dalla verifica del ragionamento del giudice e dai dati di fatto e di diritto che lo sostengono, poi, il confronto dialettico si estende agli ulteriori elementi che le parti possono produrre nel corso del giudizio.

L’art. 292 c.p.p. impone al giudice di individuare, all’interno della motivazione cautelare, un momento in cui esplicita il proprio ragionamento. Questo punto, che indefettibilmente deve essere ravvisato, rappresenta il punto di partenza del confronto dialettico tra le parti. La sua mancanza determina un *vulnus* insanabile per il diritto di difesa perché l’indagato non è messo in grado di conoscere quali, tra gli elementi adottati dal pubblico ministero, sono stati ritenuti gravemente indiziari nei suoi confronti o sono stati reputati esprimere un’esigenza di salvaguardia per la collettività. Ne deriva un contraddittorio necessariamente più vago, di minore pregnanza, destinato a riguardare ogni aspetto tra quelli esposti e non solo i profili significativi sul piano cautelare della vicenda. Si comprende, allora, perché, in una simile situazione il legislatore, recependo le indicazioni dell’indirizzo giurisprudenziale più rigoroso dapprima illustrato, ha voluto esplicitamente negare la possibilità del tribunale di integrare il provvedimento cautelare.

La nuova disposizione, pertanto, non determina alcuna svolta illiberale, limitando i poteri integrativi del tribunale, né, in senso contrario, li accentua. Essa, in vista del perseguimento di un obiettivo che è condivisibile e che consiste nell’assicurare più ampia tutela al diritto di libertà di cui all’art. 13 Cost., ha solo precisato il caso specifico in cui il vizio della motivazione cui è affetto l’ordinanza cautelare è particolarmente grave da determinare una nullità insanabile del provvedimento cautelare. Il difetto è insanabile perché investe profondamente il diritto di difesa e consiste nell’impossibilità di procedere dinanzi al tribunale, organo terzo, ad un efficace contraddittorio tra l’accusa e la difesa per la verifica, nel confronto dialettico tra le parti, della portata degli elementi adottati dal giudice per le indagini preliminari come gravi indizi di colpevolezza o esigenze di cautela

³⁰ In dottrina è stato precisato (LA ROCCA, *Le nuove disposizioni*, cit.) che “laddove manchino le premesse logico-giuridiche della decisione giurisdizionale, è il diritto stesso al controllo che non può esercitarsi con vanificazione dell’ulteriore diritto alla tempestiva ed efficace difesa”.

3. I riflessi della novella sulla forma dell'ordinanza cautelare.

La previsione dell'obbligo di autonoma valutazione, presidiato dalla sanzione dell'annullamento, dal punto di vista più strettamente pratico, non può comportare per il giudice della cautela il dovere di *"originale esposizione"*³¹. La necessità del vaglio critico degli elementi indiziari e delle esigenze di cautela non si traduce nella necessità una riscrittura del testo proveniente dal pubblico ministero, che si risolverebbe un *"impegno letterario"* che poco aggiungerebbe alla tutela della diritto di difesa.

Esso, invece, comporta per il giudice l'obbligo di dare dimostrazione di aver valutato criticamente il contenuto degli atti dell'indagine e di averne recepito il tenore perché funzionale alle proprie determinazioni³². Nella redazione del provvedimento, in altri termini, il giudice della cautela deve palesare i *"segni concreti"* della valutazione compiuta. In questa prospettiva, ad esempio, non è escluso il ricorso al *"taglia ed incolla"*, ma, per evitare di ingenerare confusione, gli atti copiati con mezzo informatico andrebbero indicati esplicitamente, se non evidenziati con diverso carattere (*"Si riportano le pag. X e ss. della richiesta del pubblico ministero ... oppure dell'informativa della polizia giudiziaria n. Y"*); essi dovrebbero essere intervallati da commenti del giudice, da un lato necessari per manifestare il giudizio su tali elementi, dall'altro indice del fatto che sono stati adeguatamente ponderati dal giudicante; in alternativa, il giudice dovrebbe redigere punti di sintesi relativi ai gravi indizi di colpevolezza ed alle esigenze di cautela, i quali, però, andrebbero corredati dagli opportuni riferimenti alle pagine precedenti relative all'esposizione dei dati forniti dal pubblico ministero, allo scopo di rivelare l'approfondimento compiuto; i richiami agli atti delle indagini, inoltre, non dovrebbero essere vaghi o ampi (del tipo, ad esempio, *"cfr. l'informativa n. ..."*), ma puntuali e specifici (*"si veda pagina X dell'informativa n. Y"*). Più in generale, per non rischiare che il provvedimento cautelare si riduca ad un mero affastellamento di carte (o che tale sembri al lettore), appare indispensabile, soprattutto nei ricorrenti casi di misure che riguardano numerosi indagati e si compongono di centinaia di pagine, una rigorosa progettazione della struttura e la compilazione di un apposito indice. Quest'ultimo, se per un verso potrebbe abilitare le parti ad una consultazione selettiva, per altro verso è un chiaro indice del rigore logico e dell'approfondimento con il quale il giudice ha vagliato il materiale offerto dalla pubblica accusa.

4. Considerazioni conclusive.

La decisione in commento applica la nuova disposizione, annullando l'ordinanza cautelare perché, secondo il giudizio del tribunale, non lasciava trasparire indizi rivelatori dell'esame critico da parte del giudice degli elementi posti a sostegno del provvedimento. Ancorché eccepito dal ricorrente, come rimarcato nel

³¹ BRICCHETTI-PISTORELLI, *Valutazione autonoma*, cit., 46.

³² Cfr. Cass. pen., sez. 6, 4 marzo 2014 n. 12032 (dep. 13 marzo 2014), in *CED Cassazione* n. 259462.

provvedimento, il vizio poteva essere rilevato anche d'ufficio dal collegio³³. Una decisione del giudice del riesame che, violando l'art. 309, co. 9, c.p.p., non avesse annullato l'ordinanza cautelare priva di *"autonoma valutazione"* quanto agli elementi costitutivi e avesse proceduto all'integrazione della stessa, del resto, avrebbe dato luogo ad un provvedimento viziato che sarebbe necessariamente annullato senza rinvio nel caso di ricorso per Cassazione.

Va solo segnalata quella che appare una conseguenza della riforma degli art. 292 e 309 c.p.p. e che manifesta l'assoluta delicatezza della decisione del tribunale. Ai sensi dell'art. 3 della legge n. 117 del 1988 costituisce colpa grave del magistrato e ne determina la responsabilità civile *"l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione"*. Dopo la riforma della responsabilità del magistrato ad opera della legge n. 18 del 2015, è stato eliminato il cd. *"filtro di ammissibilità"* della domanda di risarcimento, mentre è rimasto il principio di responsabilità indiretta, per cui il cittadino che ha subito un danno ingiusto a causa del magistrato dovrà agire, tramite l'apposita azione, esclusivamente nei riguardi dello Stato il quale, però, sempre dopo la riforma, è tenuto ad esercitare la rivalsa nei confronti del giudice responsabile

Un provvedimento cautelare annullato dal tribunale della libertà per la mancanza dell'autonoma valutazione dei gravi indizi di colpevolezza o delle esigenze di cautela potrebbe essere ritenuto privo di motivazione ai sensi dell'art. 3 della legge dapprima citata, esponendo il giudice che lo ha emesso alla responsabilità civile conseguente.

³³ Le invalidità previste dall'art. 292 c.p.p. presentano profili peculiari che non permettono un agevole inquadramento in una delle categorie di cui agli artt. 178 e ss. c.p.p. In dottrina, si sostiene che esse integrerebbero *"un quartum genus che sta al di là delle nullità relative senza salire al grado delle nullità assolute di cui all'art. 179 e che non ha neppure il carattere delle nullità a regime intermedio"* (così, CRISTIANI, *Misure cautelari e diritto di difesa* (legge 8 agosto 1995, n. 332), Torino, 1995, 45). Si è sostenuto che, sebbene rilevabili anche d'ufficio, il regime normativo che le contraddistingue dovrebbe essere quello delle nullità relative, perché esse esulano dal numero chiuso delle nullità di ordine generale, cui soltanto si applicano le regole degli artt. 179 e 180 c.p.p. (così MANZIONE, *Sub art. 292*, in *Comm. Chiavario*, III, agg., Torino, 1998, 243).