



3/2018

UNA RESISTENZA ERMENEUTICA NON SCONTATA A VANTAGGIO DI UNA PRASSI DECISAMENTE CONSOLIDATA

Un ritorno... forse prevedibile

Nota a [Cass., Sez. V, sent. 23 novembre 2016 \(dep. 16 gennaio 2017\), n. 1840](#),

Pres. Fumo, Est. Scarlini, Ric. Aiello

di Mario Griffo

Abstract. *La quaestio concernente la possibilità, per il pubblico ministero, di “impedire” la scarcerazione, effettiva, del soggetto in favore del quale si sia omesso l’interrogatorio ex art. 294 c.p.p. sembrava ormai superata nel senso di ritenere precluso qualsiasi intervento — non giurisdizionale — tale da frapporsi all’acquisto della libertà dello stesso. Con la decisione in oggetto, tuttavia, si ritorna sul tema, fornendosi un’interpretazione del disposto di cui al comma 1 dell’art. 302 c.p.p. certamente distonica rispetto alla lettera ed alla ratio della previsione oltre che contrastante con la sistematica codicistica in tema di “reiterabilità” dei provvedimenti coercitivi.*

SOMMARIO: 1. Un ritorno inatteso figlio di un dibattito sempre aperto. – 2. Le tormentate evoluzioni di un istituto apparentemente perspicuo. – 3. Segue. Uno sguardo al passato. – 4. Procedimento cautelare e pubblico ministero: antologia di un ruolo imprescindibile. – 5. Una soluzione “alla lettera”.

1. Un ritorno inatteso figlio di un dibattito sempre aperto.

Torna alla ribalta la questione relativa alla corretta interpretazione del combinato disposto degli articoli 294 e 302 del codice di rito in riferimento alla possibilità per il pubblico ministero di emettere provvedimento di fermo nei confronti del soggetto beneficiario della perenzione di misura cautelare a seguito di omesso (o “invalido”) interrogatorio di garanzia.

Nella sentenza annotata, in controtendenza rispetto ad un orientamento giurisprudenziale che pareva ormai consolidato¹, si è ritenuto che la previsione

¹ V., sul punto, Cass., Sez. V, 6 ottobre 2014, n. 50992, *inedita*; cfr. Cass., Sez. IV, 16 gennaio 2001, Scala, in *Cass. pen.*, 2000, p. 696; Cass., Sez. IV, 29 gennaio 1999, Imbrice, in *Cass. pen.*, 2000, p. 985; Cass., Sez. V, 17 marzo 1999, Esposito, in *C.E.D. Cass.*, n. 213521; Cass., Sez. IV, 5 maggio 1999, Gammarota, *ivi*, n. 213817; Cass., Sez. III, 1° dicembre 1999, Bonesta, *ivi*, n. 215349; Cass., Sez. I, 12 ottobre 1998, Iannone, in *Cass. pen.*,

contenuta nell'art. 302 seconda parte c.p.p. autorizza il pubblico ministero a disporre il fermo dell'interrogando non richiedendo affatto che il "nuovo" interrogatorio di garanzia, ai fini dell'emissione della misura cautelare, avvenga *libero pede*, ma solo ed esclusivamente che il precedente titolo caducato non sia, di fatto, più operante al momento dello svolgimento dell'audizione del preposto.

Sulla scorta di tali premesse, il giudice estensore palesa esplicita adesione all'indirizzo espresso dalla sesta sezione penale della Corte di cassazione nella sentenza del 2 luglio 2008² ove veniva rigettato un ricorso proposto avverso ordinanza di convalida di fermo eseguito nei confronti di soggetto non materialmente scarcerato in conseguenza di omesso interrogatorio di garanzia e fondato sui medesimi elementi che avevano dato origine alla misura cautelare estinta.

Nella specie, ritenuto assolutamente legittimo il provvedimento con il quale il pubblico ministero disponeva il fermo del soggetto "scarcerato", si puntualizzava — in tal modo recependo l'orientamento minoritario assestatosi in materia³ — come l'art. 302 c.p.p. non preveda espressamente che l'interrogatorio di garanzia debba essere reso in stato di libertà, presupponendo esso che «il giudice possa valutare la difesa dell'indagato in un momento antecedente al ripristino della misura coercitiva poiché l'immediata scarcerazione ha il solo scopo di evitare che l'interrogatorio venga reso nell'illegittima protrazione di fatto del provvedimento estinto».

Orbene, in ragione di tanto non soltanto sarebbe legittimo il fermo disposto nelle more tra scarcerazione e nuovo interrogatorio ma risulterebbe, altresì, valido l'interrogatorio acquisito in stato di detenzione durante la (successiva) udienza di convalida.

Su di una sponda radicalmente opposta si collocano la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie le quali risultano pressoché concordi nel ritenere che alla dichiarazione di inefficacia della custodia cautelare debba seguire l'immediata scarcerazione del preposto e l'assunzione dell'interrogatorio, al quale lo stesso deve partecipare in stato di effettiva libertà⁴. Secondo tale orientamento, infatti, lo *status*

2000, p. 708; Cass., Sez. IV, 16 ottobre 1998, Patanè, in *Giur. it.*, 1999, p. 1478, con nota di INZERILLO, *Reiterazione di misure custodiali e contraddittorio*. Per pronunce più risalenti, si veda Cass., Sez. I, 2 novembre 1994, in *C.E.D. Cass.*, n. 203331; Cass., Sez. II, 24 febbraio 1993, Campoccia, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1899; Cass., Sez. VI, 22 gennaio 1992, Quarta, *ivi*, 1993, p. 613, con interessante nota di BERETTA, *Sul ripristino della custodia cautelare divenuta inefficace per omesso interrogatorio ai sensi dell'art. 294 c.p.p.*; Cass., Sez. V, 23 luglio 1992, Pezzolla, in *C.E.D. Cass.*, n. 191937; Cass., Sez. fer., 8 agosto 1991, Moriconi, in *Cass. pen.*, 1992, p. 703.

² V. Cass., Sez. VI, 2 luglio 2008, n. 38782, *inedita*; cfr. Cass., Sez. II, 24 maggio 2004, Ejili, in *Cass. pen.*, 2006, p. 161.

³ Cfr. Cass., Sez. I, 11 marzo 1996, Biondolillo, in *Cass. pen.*, 1998, p. 156; Cass., Sez. V., 14 maggio 1997, De Martino, in *Cass. pen.*, 1999, p. 234; Cass., Sez. V, 6 luglio 1994, Cacciolla, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2971.

⁴ Cass., Sez. VI, 24 ottobre 2002, Kamel, in *C.E.D. Cass.*, n. 227209; Cass., Sez. VI, 7 marzo 2000, Allegri, *ivi*, 2001, p. 570; Cass., Sez. VI, 25 novembre 1999, Modaffari, *ivi*, 2001, p. 1550; Cass., Sez. IV, 13 ottobre 1999, Caridi, *ivi*, 2001, 2134; Cass., Sez. IV, 12 gennaio 1999, Franchini, in *C.E.D. Cass.*, n. 213128; Cass., Sez. VI, 9 ottobre 1998, Manfredi, in *C.E.D. Cass.*, n. 211751; Cass., Sez. III, 9 settembre 1993, Emmanuello, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2160. In dottrina, ALBERTA, *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, *Sub art. 302 c.p.p.*, Padova, 2005, p. 972; BERETTA, *Sul ripristino della custodia cautelare divenuta inefficace per omesso interrogatorio ai sensi dell'art. 294 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 619, BUZZELLI, *Il contributo dell'imputato alla*

libertatis costituisce condizione inderogabile per il valido esercizio del diritto di difesa, condizionando, di conseguenza, l'applicazione di qualsivoglia provvedimento restrittivo, di natura cautelare o pre-cautelare.

Di tal che, nel passare in rassegna i passaggi tecnico-giuridici che hanno ispirato la opinabile decisione della quinta sezione penale della Suprema corte, bisogna rimstarne alcuni, significativi, enunciati. L'indagine, per vero, dovrà incentrarsi sulla corretta ermeneutica del disposto di cui al comma 1 dell'art. 302 c.p.p., non prima di aver tracciato le linee guida alle quali il legislatore ha inteso ispirare l'istituto dell'interrogatorio di garanzia. È questo, infatti, il percorso che conduce a penetrare le problematiche poste dalla decisione in commento, nonché a tracciare — anche in maniera critica — soluzioni coerenti rispetto alla sistematica del codice e certamente conformi al dato letterale della previsione normativa considerata. Soltanto in un secondo momento, e percorrendo un piano di indagine comunque sovrapposto a quello concernente l'attivazione cautelare del pubblico ministero, potrà definirsi lo *status* che deve connotare il soggetto da sottoporre ad interrogatorio di garanzia.

2. Le tormentate evoluzioni di un istituto apparentemente perspicuo.

Il diritto ad un pronto interrogatorio giudiziale riconosciuto a chi si trovi in stato di custodia cautelare «affonda le sue prime radici in clausole di fonte internazionale, quali l'art. 5, n. 3, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'art. 14, n. 3, del Patto internazionale sui diritti civili e politici»⁵. Ad ogni modo, è indubbio che l'art. 13 della Costituzione, letto in combinato disposto con l'art. 2 Cost., implica che l'uomo, anzi e meglio, la persona⁶ con il suo portato di esperienze ed emozioni è il centro del complesso sistema costituzionale ed è la chiave ermeneutica su cui far ruotare i principi in tema di libertà; *ergo*, «la compressione della stessa non può essere concepita fuori da un sistema di limiti e regole»⁷.

Nel contesto di tale sistema, “regolamentato”, diversamente dall'interrogatorio assunto dal pubblico ministero, che risponde a finalità squisitamente investigative, l'interrogatorio disciplinato dall'art. 294 c.p.p. possiede, oltre ad un'essenziale e generale

ricostruzione del fatto, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di Ubertis, Milano, 1992, p. 93; CARCANO-IZZO, *Arresto fermo e misure coercitive nel nuovo processo penale*, Padova, 1990, p. 148; CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003 p. 525; FELLI, *La remissione del provvedimento di custodia cautelare tra esigenze di garanzia ed esigenze di efficienza: i requisiti dell'art. 302 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2976; GREVI, *Le Misure cautelari*, in AA.VV., *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2003, p. 404.

⁵ GREVI, *Le misure cautelari*, in AA.VV., *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, cit., (2003), p. 252 ss.

⁶ La scelta del costituente di identificare il soggetto titolare dei diritti costituzionali con la persona in opposizione all'individuo fu dettata dalla cd. ideologia personalistica. Si veda in proposito MOUNIER, *Le personallisme*, 1949, Parigi.

⁷ Testualmente, *Cass.*, Sez. II, 12 marzo 1990, Savio, in *Giur. it.* 1990, II, p. 250, ove peraltro si connette il diritto alla immediata interlocuzione con il giudice della cautela proprio alla previsione di cui all'art. 13 Cost.

connotazione difensiva — comprovata, comunque, dall’espresso richiamo agli artt. 64 e 65 c.p.p. — una tipica funzione di controllo e di garanzia valida per tutto l’arco del procedimento, rappresentando, esso, lo strumento atto a saggiare, attraverso il contatto diretto tra giudice ed imputato-indagato, l’immediata verifica della ritualità e fondatezza del provvedimento cautelare⁸.

Ad esso non sono equipollenti né l’audizione della persona *in vinculis* nel corso del procedimento incidentale di riesame (art. 309 c.p.p.)⁹ né l’interrogatorio che il giudice deve assumere in caso di richiesta di revoca o di sostituzione della misura (art. 299, commi 3 e 3-ter, c.p.p.¹⁰), poiché presupposto di tale atto è che l’istanza fondi su elementi nuovi o diversi rispetto a quelli già vagliati *ab origine*¹¹.

L’interrogatorio di garanzia, dunque, è di peculiare importanza anche perché, all’esito di esso, il giudice, a norma del citato comma 3 dell’art. 299 c.p.p., può ordinare *ex officio* la revoca o la sostituzione della misura applicata, ovvero disporre accertamenti sulle condizioni di salute o sulle condizioni e qualità personali del soggetto sottoposto ad essa, se non in grado di decidere allo stato degli atti; la verifica giudiziale degli elementi posti a fondamento della misura concernerà, insomma, tutte le indicazioni fornite dal soggetto nel corso dell’audizione imponendo, di conseguenza, una disamina approfondita sulle esigenze cautelari, sui “presupposti” generali di applicabilità contemplati agli artt. 273 e 275 c.p.p. e circa la sussistenza della condizione relativa ai

⁸ Cfr. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, Padova, 1993 p. 184; GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, Padova, 2000, p. 380; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 1997, p. 263; NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2001, p. 641; RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Milano, 1996, p. 158; TEBRUSI, *Le misure personali di coercizione*, Torino, 2000, p. 184 s.; VARRASO, *Interrogatorio in vinculis dell’imputato: tra istanze di difesa, esigenze di garanzia, ragioni di accertamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1397 ss.

⁹ Non a caso, la materia è stata regolata, almeno fino al varo della legge n. 47 del 2015, dall’ottavo comma dell’art. 309 c.p.p., contenente rinvio alle disposizioni di cui all’art. 127 c.p.p. In tale modello, l’interessato ha diritto ad essere sentito se compare mentre qualora sia detenuto o internato in luogo posto fuori dalla circoscrizione e ne fa richiesta ha diritto di essere sentito prima dell’udienza camerale dal magistrato di sorveglianza del luogo (art. 127, comma 3, c.p.p.). Ed è in tale contesto che è intervenuto l’art. 11 della l. n. 47 del 2015 disponendo che con la richiesta di riesame, oltre a poter essere enunciati i motivi, “l’imputato può chiedere di comparire personalmente”. La novella, comunque, non ha in alcun modo “toccato” il rinvio alle disposizioni dettate in via generale per il procedimento in camera di consiglio (art. 127 c.p.p.). Ad ogni modo, la scelta di comparire o meno in udienza e/o di chiedere di essere sentito dal tribunale risponde ovviamente anche – se non soprattutto – ad esigenze e valutazioni difensive di natura squisitamente tecnica, che sembra ben difficile “pretendere” già in sede di presentazione della richiesta di riesame (per una disamina più approfondita del tema si rimanda ad ADORNO, *Sub art. 309 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher, Milano, 2017, p. 3390 ss.).

¹⁰ Al comma 3 dell’art. 299 c.p.p. è previsto che il giudice provvede, anche di ufficio, alla revoca o alla sostituzione della misura cautelare “quando assume l’interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare”. Invece, il comma 3-ter della richiamata previsione attribuisce la facoltà al giudice di esperire l’atto “valutati gli elementi addotti per la revoca o la sostituzione delle misure”. Lo svolgimento dell’interrogatorio, tuttavia, è obbligatorio “se l’istanza di revoca o di sostituzione è basata su elementi nuovi o diversi rispetto a quelli già valutati”.

¹¹ Così, Cass., Sez. Un., 28 gennaio 1998, Budini, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2324.

limiti di pena previsti dagli artt. 280 e 287 c.p.p., rispettivamente, per le misure coercitive ed interdittive¹².

Questa interpretazione risente del fondamentale principio di civiltà giuridica secondo il quale la libertà personale è bene primario, situato al primo posto tra i diritti inviolabili dell'individuo e presidiato dalla duplice riserva di giurisdizione e di legge secondo il disposto di cui all'art. 13 Cost. (anche se la ricerca delle finalità legittimanti la custodia cautelare incentrata sull'analisi del solo art. 13 Cost. non ha fornito risultati soddisfacenti, tanto da coninarsi l'espressione: "*vuoto dei fini*"¹³).

In siffatta prospettiva, la valorizzazione della funzione difensiva dell'interrogatorio di che trattasi e l'esigenza di consentire un costante vaglio giurisdizionale sulle ragioni della permanenza dello *status* custodiale, in coerenza con i principi di adeguatezza e proporzionalità cui si informa il sistema delle misure cautelari, hanno indotto il legislatore (con l'art. 2 del d.l. 22 febbraio 1999, n. 29, convertito, con modificazioni, in l. 21 aprile 1999, n. 109) ad estenderne l'ambito di operatività oltre la fase delle indagini preliminari, affidandone la conduzione al giudice che ha deciso in ordine all'applicazione della misura cautelare, fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento, ed al presidente del collegio o ad un giudice da lui delegato quando la stessa sia disposta dalla Corte d'assise o dal tribunale¹⁴.

Quanto ai limiti concernenti l'estensione applicativa dell'istituto, tuttavia, la giurisprudenza ha precisato: *a*) che nell'ipotesi di emissione di una nuova misura custodiale in seguito alla dichiarazione di inefficacia di quella precedente nelle evenienze contemplate dai commi 5 e 10 dell'art. 309 c.p.p., il giudice per le indagini preliminari non ha l'obbligo di interrogare l'indagato prima di ripristinare nei suoi confronti il regime carcerari, a meno che a base della "nuova" ordinanza non vengano adottati "fatti nuovi"¹⁵; *b*) che per le misure cautelari applicate nel corso delle indagini preliminari o dell'udienza preliminare, ma eseguite dopo l'avvenuta trasmissione degli atti al giudice del dibattimento, fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento, l'interrogatorio di garanzia deve essere eseguito, nei termini di legge, dal giudice per le indagini preliminari o dal giudice dell'udienza preliminare che ha emesso la misura; questo giudice sarà, quindi, legittimato a verificare la permanenza delle condizioni di applicabilità e delle esigenze cautelari nonché ad ordinare, anche d'ufficio, a norma degli artt. 306 c.p.p. e 98 disp. att. c.p.p., l'immediata liberazione del preposto nelle ipotesi di perdita di efficacia della misura cautelare¹⁶.

Va comunque evidenziato che perno della disciplina di cui all'art. 294 c.p.p. — che conferisce piena effettività all'atto — era (ed è) rimasta, anche a fronte dei numerosi interventi sulla norma, la sanzione processuale prevista per il mancato svolgimento

¹² DE AMICIS, *Codice di procedura penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretta da Lattanti-Lupo, *Sub art. 294 c.p.p.*, vol. IV, Milano, 2003, p. 596 ss.

¹³ Testualmente, GREVI, *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, p. 330.

¹⁴ SPANGHER, *Le nuove disposizioni sulla competenza per materia e l'interrogatorio di garanzia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 275; SPANGHER, *Convertito il decreto legge in tema di competenza per materia e interrogatorio di garanzia*, *ivi*, 1999, p. 553.

¹⁵ Cass., Sez. I, 1 febbraio 2000, Carloni, in *C.E.D. Cass.*, n. 215407

¹⁶ Cass., Sez. III, 17 dicembre 2002, Bianco, in *Guida dir.*, 2003, n. 20, p. 100



3/2018

dell'interrogatorio nei termini: la caducazione automatica della misura, ovvero la più drastica delle sanzioni.

3. Segue. Uno sguardo al passato.

Stabilisce l'art. 302 c.p.p. che la custodia cautelare perde immediatamente efficacia se il giudice che ha emesso la relativa ordinanza non provvede nei termini indicati dall'art. 294 c.p.p. all'interrogatorio di garanzia¹⁷. La norma prosegue, poi, prevedendo che a seguito della liberazione dell'indagato la misura possa essere nuovamente disposta, su richiesta del pubblico ministero, solo previo interrogatorio dello stesso, qualora il giudice ritenga ancora sussistenti le "condizioni" indicate negli artt. 273, 274 e 275 del codice di rito.

Il riconoscimento che il colloquio "postumo" tra persona sottoposta a misura cautelare e giudice è rivolto a consentire a quest'ultimo la verifica della permanenza delle condizioni poste a base del provvedimento emesso non può non implicare la previsione di un rimedio nel caso in cui non si proceda all'adempimento nei tempi e nei modi fissati dalla legge: alla omissione ovvero alla invalidità dell'atto, come detto, «la legge ricollega la perdita di efficacia della ordinanza adottata ai sensi dell'art. 292 c.p.p.»¹⁸.

La norma recepisce, in sostanza, l'orientamento maturato con riguardo al previgente art. 365 c.p.p. a mente del quale la perenzione della misura costituiva implicazione — obbligata — funzionale a garantire all'"indiziato" il diritto ad essere interrogato "da libero"¹⁹.

Nella Relazione al progetto preliminare al codice del 1988, infatti, si legge come la previsione di cui all'art. 302 c.p.p., nell'attuare la direttiva n. 60 della legge-delega alla emanazione del codice di rito, riproduca proprio la disposizione contenuta nell'art. 365 c.p.p. 1930. Specificamente, in tale Relazione testualmente si legge: «la misura può essere nuovamente disposta per gli stessi motivi dopo che l'indiziato sia stato interrogato in stato di libertà e sempre che, tenuto conto di quanto emerso nel corso dell'interrogatorio, ne ricorrano ancora i presupposti»²⁰.

Il riferimento si palesa assolutamente conferente rispetto alla menzionata direttiva n. 60 della legge-delega alla emanazione del codice di rito, ove è statuito il «diritto dell'imputato in stato di custodia cautelare ad essere interrogato nella fase delle

¹⁷ All'omissione dell'interrogatorio è stata equiparata la nullità dello stesso per inosservanza delle garanzie difensive o per altra ragione; v., sul punto, Cass., Sez. I, 17 marzo 1993, Papalia, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1897; Cass., Sez. fer., 6 agosto 1992, in *Giust. pen.*, 1992, III, c. 658; Cass., Sez. I, 4 novembre 1991, Ugon, in *Cass. pen.*, 1993, p. 607.

¹⁸ PISANI, *Caducazione*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, p. 775; ID., *Libertà personale e caducazione*, in *Libertà personale e processo*, Padova, 1974, pp. 61-62.

¹⁹ Cass., Sez. VI, 22 maggio 1991, Spazio, in *Cass. pen.*, 1992, p. 104. Cfr. Cass., Sez. II, 26 aprile 1985, D'Angelo, in *Cass. pen.*, 1985, p. 1155.

²⁰ Cfr. *Relazione al Prog. prel. del c.p.p.*, in *Speciale Documenti Giustizia*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1988, II, p. 166.

indagini preliminari immediatamente e comunque non oltre cinque giorni dalla esecuzione del provvedimento privativo della libertà personale; liberazione dell'imputato che non sia stato interrogato entro detto termine, salvo che ciò sia dipeso da assoluto impedimento del quale il giudice dà atto con decreto; nuovo decorso del termine dalla data della notifica della cessazione dell'impedimento».

Viepiù, anche grazie all'intervento interpolatorio realizzato ad opera della legge 28 luglio 1984, n. 398, già sotto la vigenza del codice Rocco, era sancita la immediata liberazione dell'imputato ove lo stesso non fosse stato interrogato nel termine di 15 giorni dall'arresto. Peraltro, in via meramente ermeneutica²¹, all'epoca si ritenne che ai fini della emissione del nuovo provvedimento coercitivo era indispensabile un ulteriore presupposto: l'imputato doveva essere prima interrogato, in stato di libertà, sui fatti oggetto delle "accuse" mossegli²².

Chiaro il fine della enunciazione di diritto: scongiurare il protrarsi della custodia e lo svolgimento dell'interrogatorio dell'imputato *in vinculis* oltre che consentire allo stesso, dopo la scarcerazione, di difendersi in stato di libertà in relazione ai reati contestati.

Tale interpretazione, come accennato, ha trovato pieno riconoscimento legislativo all'interno della formulazione dell'art. 302 c.p.p.

²¹ La motivazione integrale di tale provvedimento (sent. 28 gennaio 1985, Annunziata) si può leggere in *Giust. pen.*, 1985, III, c. 518, con nota critica di MELCHIONDA, *L'aggiramento della «nuova» scarcerazione automatica: dai buoni propositi ai cattivi risultati*. Sullo stesso argomento, v. BONETTO, *Commento alla l. 28 luglio 1984 n. 398, art. 10*, in *Legisl. pen.*, 1985, p. 171.

²² Proprio in questi termini si esprimeva la Cassazione nella citata sentenza 28 gennaio 1985, Annunziata, in uno dei suoi primi interventi sull'articolo 365 c.p.p. novellato, che costituì, di fatto, il precedente cui in seguito si adeguarono le successive pronunce sino al consolidamento dell'orientamento.

Meritano attenzione alcuni passaggi argomentativi della stessa decisione che appaiono illuminanti ai fini di individuare la corretta interpretazione dell'art. 302 c.p.p. Si evidenziava in quella pronuncia che con l'introduzione del nuovo comma 1 dell'art. 365 c.p.p. 1930 la custodia cautelare veniva sottoposta *ab initio* alla condizione risolutiva, avente efficacia *ex nunc*, del mancato interrogatorio dell'imputato detenuto, mentre il conseguente obbligo per il giudice di disporre la scarcerazione veniva a porsi come sanzione in termini processuali dell'omessa osservanza del precedente obbligo di tempestivo interrogatorio. Il legislatore, introducendo così una nuova ipotesi di «cessazione automatica» della custodia cautelare — si legge nella decisione — aveva inteso dare più incisiva e concreta attuazione ai principi costituzionali del diritto di difesa, di libertà personale e di presunzione di non colpevolezza.

Tra l'altro, sulla natura garantista e di strumento di difesa dell'interrogatorio in esame sotto la vigenza del codice Rocco, a seguito della modifica legislativa dell'art. 365 c.p.p. 1930, si era espressa unanimemente la giurisprudenza di legittimità; si vedano, in particolare, Cass., Sez. I, 15 marzo 1985, Di Gioia, in *Cass. pen.*, 1985, p. 1154; Cass., Sez. II, 26 aprile 1985, D'Angelo, *ivi*, 1985, p. 1155; Cass., Sez. I, 5 maggio 1986, Pagano, in *Foro it.*, 1987, II, c. 430; Cass., Sez. I, 1° dicembre 1986, Giuliano, in *Cass. pen.*, 1988, p. 484; Cass., Sez. Un., 16 aprile 1988, Campione, *ivi*, 1988, p. 1593. In dottrina si vedano BONETTO, *Commento*, cit., p. 168; GREVI, *La garanzia dell'intervento giurisdizionale nel corso delle indagini preliminari*, in *Giust. pen.*, 1988, I, c. 360; MAZZOLENI, *Interrogatorio viziato e custodia cautelare*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1218; PERCHINUNNO, *La scarcerazione automatica per omesso interrogatorio dell'imputato detenuto*, in AA.VV., *La nuova disciplina della libertà personale*, a cura di Grevi, Padova, 1985, p. 353 ss. Per il nuovo codice si veda per tutti BILANCETTI, *Le funzioni del giudice nella fase delle indagini preliminari*, in *Giust. pen.*, 1989, III, c. 299.

La previsione sottopone, *ab initio*, la misura cautelare a condizione risolutiva obbligando, conseguentemente, il giudice a disporre la scarcerazione del preposto ogniqualvolta si materializzi l'omissione o l'invalidità dell'atto di garanzia.

Da tanto discende che il provvedimento coercitivo può definirsi, per ciò solo, "statuizione a termine"²³.

La perenzione della restrizione cautelare *ab origine* imposta, inferibile dal combinato disposto degli articoli 294 e 302 c.p.p., implica, infatti, che il mancato espletamento dell'interrogatorio di garanzia (ovvero la invalidità dello stesso) costituisce, *ex se*, causa di inefficacia sopravvenuta di un atto (l'ordinanza cautelare per l'appunto) perfettamente valido e produttivo di effetti *ab initio*.

Di converso, l'esito caducatorio determinato dalla operatività del disposto di cui all'art. 302 c.p.p. rende l'interrogatorio dell'indagato, "da libero", *condicio* imprescindibile per il valido esercizio del "nuovo" potere cautelare.

Da un punto di vista generale, comunque, opererà l'art. 306, comma 1, c.p.p. a mente del quale «nei casi in cui la custodia cautelare perde efficacia secondo le norme del presente titolo, il giudice dispone con ordinanza l'immediata liberazione della persona sottoposta alla misura».

Ad ogni buon conto, ai fini della reiterazione del provvedimento cautelare — che non presuppone l'integrarsi di ulteriori o nuovi elementi ovvero il prospettarsi di differenti valutazioni²⁴ — si richiede soltanto che il decidente dia conto del vizio di inefficacia della precedente misura e ne valuti specificamente l'incidenza nei riguardi del preposto²⁵.

Il legame esistente tra l'art. 294 e l'art. 302 c.p.p., in altri termini, fa sì che la misura venga meno per un difetto sopravvenuto che non incide affatto sulla fondatezza e sulla legittimità delle ragioni (artt. 273 e 274 c.p.p.) e delle argomentazioni ad essa originariamente sottese: il che, come palesato, consente che la misura caducata sia restaurabile, semplicemente, a richiesta del pubblico ministero dopo l'interrogatorio del soggetto "libero" e sempre che questi non risulti ristretto per una misura riguardante altro "fatto".

In termini meramente formali, l'interrogatorio da espletarsi in via anticipata non presenta profili di divergenza rispetto a quello che il giudice era tenuto a svolgere a mente dell'art. 294 c.p.p.: parimenti ad esso, l'audizione a conduzione esclusivamente giurisdizionale andrà condotta secondo le scadenze di cui agli artt. 64 e 65 c.p.p. e con la obbligatoria (necessaria) presenza del difensore.

Dal punto di vista "sostanziale", viceversa, l'interrogatorio in oggetto rappresenta il presupposto necessario per emettere una seconda misura cautelare, assumendo, così, connotazioni significativamente diverse da quelle funzioni di controllo

²³ MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia*, Padova, 2006, p. 487.

²⁴ Cass., Sez. Un., 20 aprile 2004, Donelli, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2746, con nota di SPAGNOLO, *I poteri cognitivi e decisori del tribunale della libertà investito dell'appello de libertate del pubblico ministero: i confini tra devolutum e novum*; in *Giur. it.*, 2005, p. 132.

²⁵ Su tutte, Cass., Sez. V, 29 marzo 2000, Virga, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1551; Cass., Sez. V, 24 giugno 1997, De Martino, in *C.E.D. Cass.*, n. 208020.



3/2018

che ordinariamente lo caratterizzano²⁶: la legge intende porre il giudice nella condizione di valutare la preventiva difesa dell'indagato-imputato e di consentirgli di effettuare un vaglio *ex ante* sulla fondatezza e sulla accoglibilità della domanda cautelare avanzata dalla accusa.

Non casualmente, mentre nell'art. 294 c.p.p. si prescrive che il giudice, all'esito dell'interrogatorio, deve valutare se permangono le condizioni di applicabilità della misura cautelare, nell'art. 302 c.p.p. si sottolinea come lo stesso, dopo l'interrogatorio, debba verificare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni di cui agli artt. 273, 274 e 275 c.p.p.

4. Procedimento cautelare e pubblico ministero: antologia di un ruolo imprescindibile.

Nella sentenza in commento — come accennato — si sostiene che nelle ipotesi di estinzione della misura per omesso interrogatorio l'indagato, una volta "liberato", nel senso di non essere più formalmente sottoposto agli effetti del provvedimento caducato, possa essere sottoposto, ricorrendone i presupposti, a fermo da parte del pubblico ministero. Questa strada è stata ritenuta percorribile sul presupposto che il divieto stabilito dall'art. 302 c.p.p. riguarderebbe il giudice e non il pubblico ministero il quale, pertanto, sarebbe in condizione di emettere un decreto di fermo che oltre ad avere natura provvisoria si caratterizzerebbe per la coesistenza degli elementi di cui agli artt. 273 e 274 c.p.p., per il pericolo di fuga e, soprattutto, per la previsione di una pena edittale più elevata rispetto a quella legittimante l'emissione di una ordinanza cautelare.

Nella enunciata direzione, insomma, il fermo non sarebbe riproduttivo del precedente provvedimento custodiale ma, secondo i giudici di piazza Cavour, dalla ritualità dello stesso e dalla possibilità di procedere ad interrogatorio nel corso della relativa udienza di convalida discenderebbe la legittimità del "secondo" provvedimento restrittivo, non potendosi ritenere violato «il disposto dell'art. 302 c.p.p., in tema di condizione dell'indagato al momento dell'interrogatorio, che attiene a diversa sequenza procedimentale»²⁷.

La decisione in disamina, prima ancora di sollecitare l'attenzione sulle modalità attraverso le quali deve esperirsi l'interrogatorio del soggetto da sottoporre a nuovo titolo custodiale — a cui riferisce prevalente attenzione lo stesso giudice estensore — pone un interrogativo la cui soluzione assume rilievo precipuo nella economia della presente trattazione: la possibilità, per il pubblico ministero, di "interferire" con il procedimento che conduce al ripristino della misura cautelare.

²⁶ BUZZELLI, *Il contributo dell'imputato*, cit., p. 95.

²⁷ Sul punto, si rimanda specificamente ai contenuti del paragrafo 5 della sentenza annotata.

Riannodando il discorso a quanto detto in precedenza, appare evidente come l'art. 302 c.p.p. esprima l'archetipo dei rapporti tra la perenzione legale del titolo e la sua possibile reiterazione²⁸.

La previsione, in tale prospettiva, sarebbe espressione del principio della inesistenza di preclusioni alla reiterabilità, anche in forza dei medesimi elementi giustificativi, di precedente provvedimento cautelare secondo il canone al quale risulta ispirato l'intero assetto della disciplina, come emergente dagli artt. 297, comma 3, e 307, comma 2, c.p.p. nonché corroborato dall'art. 27 c.p.p.

A tal uopo, la prima disposizione considera i casi nei quali siano emessi più provvedimenti cautelari — relativi allo stesso "fatto", anche se diversamente circostanziato o qualificato — riconoscendo, *a contrario*, la possibile adozione di più titoli relativi ad un unico episodio; quanto all'art. 307 c.p.p., ove persista l'esigenza cautelare, lo "scarcerato" è passibile di altre misure coercitive ed interdittive.

Quanto al secondo termine di raffronto, «il limite temporale dell'efficacia della misura cautelare disposta dal giudice incompetente, non comporta alcuna preclusione all'esercizio del potere-dovere del giudice competente di emettere successivamente il provvedimento applicativo di detta misura, ancorché sulla base degli stessi presupposti e delle stesse esigenze cautelari, ove sussistenti»²⁹.

Dall'insieme di siffatti elementi prende le mosse il riconoscimento della legittima reiterazione della azione cautelare ogniqualvolta la sua inefficacia sia connessa a profili formali³⁰ e non a presupposti sostanziali. La caducazione della misura è inidonea a produrre un *preiudicatum* sostanziale e, dunque, non pone il soggetto, che pur ha goduto della liberazione, al riparo da successivi provvedimenti coercitivi³¹.

L'approccio non può essere condiviso.

Nell'evenienza di perdita di efficacia della misura cautelare per omesso interrogatorio *ex art.* 294 c.p.p. al pubblico ministero spetterà, stante il disposto di cui all'art. 302 c.p.p., soltanto la possibilità di avanzare una "nuova" richiesta cautelare ai sensi dell'art. 291 c.p.p., pur se avente ad oggetto i medesimi presupposti sostanziali che avevano determinato l'adozione del primo titolo cautelare. Non è riconosciuta, insomma, allo stesso la possibilità di adottare una misura pre-cautelare (peraltro soggetta a convalida) e, di conseguenza, ricorrere ad un *escamotage*, basato su presupposti procedurali diversi, che aggiri le garanzie — inviolabili — di libertà poste dall'art. 302 c.p.p.

²⁸ Cass., Sez. II, 7 settembre 1991, Piscitello, in *Giust. pen.*, 1992, III, c. 27; Cass., Sez. II, 16 febbraio 1991, Lamari, in *C.E.D. Cass.*, n. 186828, Cass., Sez. Fer., 2 novembre 1990, Palma, in *Cass. pen.*, 1991, II, p. 356.

²⁹ Cass., Sez. Un., 29 luglio 1993, Silvano, in *Cass. pen.*, 1994, p. 42. Così anche Cass., Sez. VI, 20 novembre 1997, Pacini Battaglia, in *C.E.D. Cass.*, n. 210043.

³⁰ V., sul punto, *Relazione al progetto preliminare del 1988*, in CONSO-GREVI-NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, p. 743.

³¹ Cfr. CARCANO-IZZO, *Arresto, fermo e misure coercitive nel nuovo processo penale*, cit., p. 179.



3/2018

È, *in primis*, la lettera della norma a precludere la esperibilità del potere di fermo nei confronti del soggetto “liberato” a seguito di omissione dell’interrogatorio di garanzia³².

Il secondo periodo del comma 1 dell’art. 302 c.p.p., poi, individua in maniera inequivoca il procedimento (l’unico) — *ex art. 291 c.p.p.* — che può condurre alla rinnovazione della misura cautelare. Invero, dalla previsione in oggetto si inferisce testualmente come la misura possa essere nuovamente disposta “dal giudice su richiesta del pubblico ministero”, ovviamente previo interrogatorio del preposto.

Insomma, soltanto attraverso un’ordinanza del giudice, sollecitata da una richiesta del pubblico ministero, è possibile comprimere la libertà personale a seguito della caducazione, per mero vizio formale, del provvedimento custodiale “originario”.

D’altro canto, sempre l’art. 302 c.p.p. richiede, ai fini dell’emissione del nuovo provvedimento restrittivo, la necessaria ponderazione dei “gravi indizi di colpevolezza” e di “tutti” i *pericula* di cui all’art. 274 c.p.p., a differenza di quanto imposto per la adozione del provvedimento di fermo.

Esemplificativamente, la formulazione letterale dell’art. 302 c.p.p. certamente ingenera una preclusione alla restrizione carceraria nel senso che pur in presenza degli estremi per disporre il fermo di “indiziato” non si può dare corso ad esso.

Ad opinare diversamente si finirebbe per rendere vana la previsione considerata la quale rimarrebbe, di fatto, inapplicata stante la possibilità per il pubblico ministero di eludere il disposto normativo che vuole l’indagato “libero”, in modo da precludere la praticabilità di percorsi diversi dalla adozione della misura cautelare in condizioni non restrittive.

In conclusione, è evidente come al pubblico ministero — in caso di perdita di efficacia della misura — competa, eventualmente, la possibilità di inoltrare domanda cautelare funzionale alla adozione di un “nuovo” provvedimento giurisdizionale, non competendo allo stesso alcun potere restrittivo “diretto”, espletabile attraverso il ricorso al fermo di “indiziato” di delitto.

5. Una soluzione “alla lettera”.

Le argomentazioni sinora sviluppate, incentrate sulla interpretazione letterale dell’art. 302 c.p.p., depongono nella direzione di ritenere preclusa — nell’ipotesi di perdita di efficacia della misura cautelare per omesso espletamento dell’interrogatorio di garanzia — qualsivoglia modalità di restrizione della libertà personale che anticipi l’ordinario procedimento applicativo della misura. La attivazione dello stesso, comunque, dovrà succedere alla effettiva liberazione del preposto ed allo svolgimento dell’interrogatorio del medesimo.

³² In argomento, GRILLI, *Ripristino della custodia cautelare estinta ex art. 302 c.p.p. e previo interrogatorio in stato di libertà*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 162.



3/2018

Se il pubblico ministero non può bloccare il soggetto sulla soglia dell'istituto di detenzione quest'ultimo, da libero, parteciperà all'interrogatorio e, parimenti da libero, subirà la nuova restrizione cautelare.

Da tanto discende che la rimessione in libertà costituisce atto "vincolato", "automatico" e tendenzialmente stabile: verificatasi la condizione di legge, sorge in capo all'indagato-imputato il diritto soggettivo alla scarcerazione³³. La mancata identificazione del soggetto, l'intempestiva contestazione dell'accusa e l'impossibilità di esporre la propria tesi difensiva entro i definiti limiti temporali infirmano la "legalità" del provvedimento cautelare. La liberazione dell'"arrestato", di tal che, costituisce sanzione alla obiettiva "inerzia del processo"³⁴ ed è del tutto indipendente dai presupposti legittimanti la misura cautelare; essa, infatti, opera su di un terreno squisitamente formale, non ricollegandosi ad eventuali vizi di legittimità o di merito dell'originario provvedimento custodiale.

La finalità della previsione di cui all'art. 302 c.p.p., tesa ad attuare i principi costituzionali in tema di diritto di difesa, di libertà personale e di presunzione di non colpevolezza determina, quindi, che la sanzione endoprocessuale in essa contemplata³⁵ rivesta "efficacia cogente"³⁶.

E la conclusione trova avallo in una ulteriore considerazione.

Dalla previsione dell'art. 307 c.p.p. discende, come detto, che, estinta la misura per decorso dei termini, non può esserne emessa una nuova per lo stesso "fatto". Principio che il legislatore ha inteso mitigare introducendo le eccezioni previste al comma 2 della stessa. Ad ogni buon conto, ogni altra evenienza impedisce la restaurazione della misura cautelare in quanto simili norme, *in malam partem*, rifiutano estensioni analogiche.

In tale ambito deve essere, viepiù, collocata la esperibilità del fermo dello scarcerato a mo' di disposizione eccezionale rispetto al generale principio della inapplicabilità di misure comunque restrittive della libertà personale, per lo stesso "fatto", nei confronti di colui il quale sia stato precedentemente liberato per decorrenza termini³⁷.

³³ MELCHIONDA, *L'aggiramento della "nuova" scarcerazione automatica, dai buoni propositi ai cattivi risultati*, cit., c. 526.

³⁴ Cass., Sez. II, 11 maggio 1985, D'Angelo, in *Cass. pen.*, 1985, p. 1155.

³⁵ PISANI, *Le sanzioni per violazione dei diritti dell'imputato*, in «Italian style», *figure e forme del nuovo processo penale*, Padova, 1998, p. 61.

³⁶ PERCHINUNNO, *La scarcerazione automatica per omesso interrogatorio*, cit., p. 362

³⁷ V. ALONZI, *Art. 302 c.p.p., un non condivisibile ripensamento della suprema corte*, in *Cass. pen.*, 2005, 5, p. 1643 ss.

Il profilo sistematico che vi emerge si concreta nel dato in virtù del quale a fronte dell'estinzione di una misura cautelare (in un caso per decorso dei termini, ma conclusioni analoghe si possono formulare anche nelle ipotesi di omesso interrogatorio), ogni ulteriore intervento limitativo della libertà personale, di qualsiasi natura, è possibile nei casi e modi previsti dalla legge e pertanto deve essere frutto di un'espressa previsione normativa. Il rilievo, dunque, va inteso con un elevato grado di rigidità, pena l'affievolimento o il venir meno della tutela della libertà personale.

Interpretazioni meno rigorose finirebbero, infatti, per vanificare l'intera disciplina che, nel rispetto del canone costituzionale, il legislatore ha inteso predisporre. Le misure cautelari devono necessariamente avere



3/2018

La considerazione consente di fugare qualsiasi dubbio residuo in ordine alla ermeneutica del disposto di cui all'art. 302 c.p.p.

A fronte della caducazione della misura per mancato interrogatorio di garanzia, l'unica via percorribile ai fini dell'adozione di un nuovo provvedimento restrittivo è quella indicata dalla norma, che esclude la praticabilità del fermo del pubblico ministero.

La lettera e lo spirito del disposto normativo delineano un unico percorso nella ponderazione dei requisiti richiesti per la emissione di un nuovo provvedimento custodiale: liberazione effettiva dell'indagato, con conseguente impossibilità di adottare qualsivoglia altra misura limitativa nei suoi confronti (se non seguendo il meccanismo specificamente previsto), e successiva sottoposizione, in stato di libertà, ad interrogatorio.

Letture diverse, pur se talvolta motivate dall'esigenza, tutta pratica, di porre rimedio a contingenze connesse a reati che destano particolare allarme sociale (nella maggior parte dei casi sottoposti all'attenzione della giurisprudenza di legittimità rispetto ai quali si è aderito all'orientamento "possibilista" figurano ipotesi di omicidio o di associazioni di stampo mafioso), possono essere produttive di maggiori danni di quelli che si vorrebbero scongiurare nel caso concreto.

La tenuta di un sistema, infatti, è garantita dal puntuale rispetto di ogni sua singola articolazione, esigenza questa che deve essere particolarmente avvertita in materie che coinvolgono diritti costituzionalmente garantiti quali la libertà personale dei cittadini ed il loro diritto di difesa. Distorsioni obliquamente introdotte in tali materie rischierebbero soltanto di produrre, di converso, insanabili *vulnus* all'intero ordinamento³⁸.

durata ben definita ed essere sottoposte a continui controlli che consentono la verifica della necessità della loro permanenza. Da qui discende l'importanza delle cause di estinzione delle misure che il legislatore ha inteso costruire come effetto automatico al verificarsi di alcune situazioni (il decorso del tempo o l'omesso compimento di alcune condotte). La estinzione della misura impedisce il ripristino della stessa *sic et simpliciter* ed impone il rispetto di quelle procedure fissate dal legislatore nelle ipotesi in cui lo stesso abbia ritenuto, in considerazione di altri beni quali la sicurezza sociale *et similia*, di prevedere che si potesse di nuovo dar corso ad una limitazione della libertà personale.

³⁸ Tali considerazioni, assolutamente commendevoli, sono espresse da ALONZI, *Art. 302 c.p.p., un non condivisibile ripensamento della suprema corte*, cit., p. 1644.