



Processo penale e giustizia n. 2 | 2019

**Analisi e prospettive**

*Analysis and Perspectives*

ANNALISA MANGIARACINA

*Professore associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Palermo*

## “L’eterno ritorno”: vacilla l’autonoma valutazione in sede cautelare

### *“The eternal return”: the autonomous assessment of precautionary measures is wavering*

Con la l. n. 47/2015, il legislatore ha affermato la necessità che la valutazione sui presupposti fondanti la misura cautelare sia autonoma, al contempo escludendo un potere di integrazione da parte del Tribunale *de libertate*. Tuttavia, alcune pronunce relative ad ordinanze cumulative manifestano un “ritorno al passato”. Ciò richiede una presa di posizione da parte della Suprema Corte al fine di riaffermare i valori costituzionali sottesi all’autonoma valutazione.

*By law no. 47/2015, the legislator has stated that the assessment on conditions of applicability of precautionary measures has to be autonomous, also excluding a power of integration by the judicial review Tribunal. However, some judgments regarding cumulative judicial orders reveal a “return to the past”. This latter requires a clear position by the Supreme Court aimed at reaffirming constitutional values underlying the autonomous assessment.*

#### LA TRAMA DELLA MOTIVAZIONE CAUTELARE

La motivazione, intesa come “discorso giustificativo” dei provvedimenti giurisdizionali<sup>1</sup>, negli ultimi anni è stata al centro di un rinnovato interesse del legislatore animato dal fine di rendere effettivo il diritto al controllo, tradizionalmente declinato nella duplice dimensione di controllo endoprocessuale ed extra-processuale. Una parabola iniziata, sul versante cautelare, ad opera dell’art. 9, l. 8 agosto 1995, n. 332<sup>2</sup>, con l’integrazione dell’art. 292 c.p.p. e proseguita, rispetto alle sentenze di merito, con la modifica all’art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p., per mano dell’art. 1, comma 52, della l. 23 giugno 2017, n. 103<sup>3</sup>.

Centrando l’attenzione sulla materia cautelare, il legislatore del 1988, nel quadro di un sistema costituzionale che in virtù del combinato disposto degli artt. 13, comma 2 e 111, comma 6 Cost. pone un obbligo di motivazione “rafforzato” per i provvedimenti che incidono sulla libertà personale, ha costruito un modello “autonomo” di motivazione rispetto a quella dettata per gli altri atti giurisdizionali che, tuttavia, nel corso degli anni, è progressivamente mutato, finendo a tratti per avvicinarsi allo schema della sentenza di merito<sup>4</sup>. L’ordinanza applicativa della misura cautelare dovrà tenere conto, a pena di nullità, anzitutto, dei presupposti stabiliti dagli artt. 273 e 274 c.p.p., secondo una rigida sequenza che non ammette “sovrapposizioni”. Rilevano, in primo luogo, quale condizione dell’intervento coercitivo, gli

<sup>1</sup>Sul tema non può non richiamarsi E. Amodio, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, p. 185 ss.

<sup>2</sup>Per un’analisi in chiave critica della riforma v. G. Giostra, *Sul vizio di motivazione dell’ordinanza cautelare ovvero sul degrado della tecnica legislativa*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2428 ss.

<sup>3</sup>In argomento v. , tra i tanti, G. Di Paolo, *L’art. 546 comma 1 lett. e: verso un nuovo modello normativo di motivazione “in fatto” della sentenza penale?*, in G.M. Baccari-C. Bonzano-K. La Regina-E.M. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Milano, Cedam, 2017, p. 243 ss., la quale attribuisce al nuovo modello di motivazione configurato per il giudizio una “funzione pedagogica” (p. 264).

<sup>4</sup>Sul punto v. D. Negri, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 18, con riguardo all’onere di esporre i motivi per i quali il giudice ha ritenuto non rilevanti i dati conoscitivi forniti dalla difesa, o comunque a favore dell’imputato (lett. c) e c-bis) dell’art. 292 c.p.p.).

«indizi che giustificano in concreto la misura disposta», anche in rapporto al grado della loro consistenza, «con l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi per i quali assumono rilevanza»<sup>5</sup>, tenuto conto altresì «del tempo trascorso dalla commissione del reato». Esaurito questo primo vaglio occorrerà poi accertare la sussistenza dei *pericula libertatis*.

Per effetto della l. n. 332 del 1995, con l'aggiunta nell'art. 292 c.p.p. di un nuovo comma *c-bis*, presidiato anch'esso dalla nullità, rilevabile *ex officio*, si è poi prescritto al giudice di esporre anche le ragioni per le quali siano stati ritenuti irrilevanti «gli elementi forniti dalla difesa», così recependo un modello “dialettico” di motivazione tipico, come si è accennato, della fase del giudizio<sup>6</sup>. Un tentativo, si direbbe, di recupero di quel contraddittorio che non è riuscito a fare breccia nel momento “genetico” della cautela<sup>7</sup>. Laddove poi sia stata applicata la misura carceraria, occorrerà indicare le «concrete e specifiche ragioni» per le quali si sia ritenuto che le esigenze cautelari del caso «non possono essere soddisfatte con altre misure»<sup>8</sup>.

Nonostante una struttura argomentativa così analiticamente scandita e la chiara distinzione di ruoli tra pubblico ministero e giudice, non di rado nella prassi applicativa si ricorreva, nelle dinamiche dei rapporti tra richiesta e ordinanza, al sistema del copia-incolla informatico, nel quale il giudice si appiattiva sugli elementi e sulle valutazioni dell'organo inquirente omettendo di esplicitare le ragioni per le quali riteneva il contenuto dell'atto richiamato in linea con le proprie autonome valutazioni e determinazioni<sup>9</sup>. E questo *modus operandi* aveva finito per trovare una sua legittimazione in alcune pronunce della Suprema Corte che, facendo leva sulla teoria della “fattispecie unitaria e complessa”<sup>10</sup>, configuravano in capo al giudice del riesame un potere di integrazione dell'ordinanza, ancorché priva di struttura motiva<sup>11</sup>, così mettendo la misura al riparo dal rischio di un annullamento, con i relativi effetti. Sviluppando questo approccio, in un contesto nel quale in conseguenza dell'enunciato contenuto nell'art. 309, comma 9 c.p.p. «il tribunale 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», il carattere totalmente devolutivo dell'impugnazione cautelare finiva per tradire la sua stessa funzione di garanzia, trasformandosi in un “salvacondotto” per il giudice e la misura cautelare<sup>12</sup>.

Da qui l'ultimo e più complesso intervento riformatore, mosso dall'intento di rendere residuale il ricorso alla carcerazione preventiva. La l. 16 aprile 2015, n. 47, a differenza della precedente, non si è limitata a incidere sul modello della motivazione<sup>13</sup>, imponendo l'obbligo di “autonoma valutazione” dei requisiti prescritti dalla lett. c) e *c-bis*) del capoverso dell'art. 292 c.p.p., ma è intervenuta con maggiore incisività sui poteri sanzionatori del tribunale del riesame<sup>14</sup>, costretto ad annullare l'ordinanza priva

<sup>5</sup> La norma «sembra imporre di raccordare la valutazione a dati di carattere oggettivo, dei quali il giudice è chiamato altresì a giustificare la significatività, evidenziando in quale misura ad essi si si riconosca una efficacia probatoria idonea a giustificare il giudizio di probabile colpevolezza»: così L. Giuliani, *Motivazione “autonoma” dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare coercitiva e poteri del tribunale della libertà (alle soglie di una “storica” riforma?)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 358.

<sup>6</sup> M. Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 288; v. L. Kalb, *Motivazione ed effettività del sistema dei controlli*, in AA.VV., *Le fragili garanzie della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 126 ss.

<sup>7</sup> L. Giuliani, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti di libertà*, Padova, Cedam, 2012, p. 215 ss.

<sup>8</sup> V. Grevi-M. Ceresa-Gastaldo, *Misure cautelari*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, Milano, Cedam, 2018, p. 419, sottolineano come in realtà questi adempimenti fossero già desumibili in via interpretativa dall'obbligo di motivazione, con il rischio di interpretazioni formalistiche, volte ad appesantire il compito del giudice.

<sup>9</sup> Così R. Del Coco, *La motivazione del provvedimento applicativo*, in T. Bene (a cura di), *Il rinnovamento delle misure cautelari*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 58; v., anche, E. Aprile, *Alt al “copia e incolla” integrale per la motivazione del provvedimento cautelare*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, n. 6, p. 105 ss.; A. Scalfati, *Scaglie legislative sull'apparato cautelare*, in A. Diddi-R.M. Geraci (a cura di), *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 11.

<sup>10</sup> Cfr. V. Grevi, *Tribunale della libertà, custodia preventiva e garanzie individuali: una prima svolta oltre l'emergenza*, in V. Grevi (a cura di), *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, Bologna, Zanichelli, 1983, p. 32. In giurisprudenza v., tra le tante, Cass., sez. V, 7 dicembre 2006, n. 3255, in *CED Cass.*, n. 236036; Cass., sez. II, 21 novembre 2006, n. 6322, in *CED Cass.*, n. 235825; Cass., sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 8590, in *CED Cass.*, n. 233499.

<sup>11</sup> E. Mariucci, *“Collage informatico” di contenuti esplicativi, validità della motivazione cautelare e poteri del tribunale del riesame*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, n. 6, p. 100; C. Scaccianoce, *Il controllo sul potere cautelare dopo la legge n. 47 del 2015*, *ivi*, 2016, n. 3, p. 140 ss.

<sup>12</sup> Così R. Del Coco, *La motivazione del provvedimento applicativo*, cit., p. 71.

<sup>13</sup> La modifica deve essere raccordata con quella che ha interessato i criteri per l'apprezzamento delle esigenze cautelari. Cfr., tra i tanti, A. Ciavola, *La valutazione delle esigenze cautelari*, in L. Giuliani (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 64 ss.

<sup>14</sup> Secondo R. Orlandi, *Riesame del provvedimento cautelare privo di motivazione*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1523, il riesame era stato

dell'apporto giustificativo del giudice<sup>15</sup>. Se la necessità di un'autonoma valutazione dei presupposti restrittivi può considerarsi connaturale all'esercizio della giurisdizione, presidiato dalle garanzie funzionali di autonomia e indipendenza<sup>16</sup>, è sul fronte dei poteri dell'organo di controllo che si è innestato il più significativo profilo di novità. In conseguenza, il difetto di un apparato argomentativo (inteso in senso grafico o come motivazione "apparente", laddove l'argomentazione si risolve in clausole di stile e in proposizioni apodittiche<sup>17</sup>), in uno alla mancanza di un'autonoma valutazione «delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa», non potrà più trovare un rimedio nel potere di emenda o integrazione del tribunale del riesame<sup>18</sup>, che pure è rimasto<sup>19</sup>, ma si tradurrà nell'annullamento dell'ordinanza stessa (ultimo periodo dell'art. 309, comma 9 c.p.p., introdotto dall'art. 11, comma 3). Il dettato normativo sembra imporre una verifica, già in sede applicativa, per la validità del titolo cautelare: nell'emettere l'ordinanza il giudice è tenuto a confrontarsi con il suo provvedimento, considerando se, sottratto quanto rappresentatogli dalla parte richiedente, il quadro cautelare rimane immutato alla luce della sua valutazione autonoma. Solo quando, espunte le considerazioni altrove e da altri espresse, il provvedimento sia in grado di offrire una giustificazione in ordine ai gravi indizi di colpevolezza e alle esigenze cautelari, allora potrà dirsi validamente adottato.

Questa verifica, peraltro, in virtù del rinvio operato dal comma 7 dell'art. 324 c.p.p.<sup>20</sup>, è doverosa anche nei procedimenti di riesame avverso i provvedimenti impositivi della misura cautelare reale e del sequestro probatorio. Pure in questa sede il giudice, con gli adattamenti necessari e che derivano dai diversi presupposti di applicazione delle cautele reali, dovrà procedere all'autonoma valutazione del *fumus commissi delicti*, del *periculum in mora* – fatta eccezione per alcune tipologie di sequestro –<sup>21</sup>, nonché «degli elementi forniti dalla difesa»<sup>22</sup>.

L'impostazione seguita dal legislatore si è sostanziata nell'attribuire valore normativo, nella prospettiva di conferirgli stabilità, a quell'orientamento giurisprudenziale più virtuoso, secondo cui il potere di supplenza del giudice del riesame non può prescindere dalla presenza, nell'atto impugnato, di una base argomentativa che permetta di rilevare che quel giudice ha compiuto un effettivo vaglio degli elementi di fatto indicati. In linea con questa tesi, potrà disporsi l'annullamento non solo dell'ordinanza mancante di motivazione in senso grafico, ma anche di quella che faccia uso di clausole di stile o di frasi apodittiche e dalla cui lettura non sia possibile individuare gli indizi, le esigenze cautelari perseguite e i

---

trasformato in strumento «per ottenere tardivamente quella motivazione che l'imputato avrebbe avuto diritto e interesse a conoscere, per una più efficace tutela delle proprie ragioni in sede di impugnazione di merito».

<sup>15</sup> L'obbligo di annullamento non dovrebbe operare nell'ipotesi in cui il difetto di autonoma valutazione riguardi l'inadeguatezza di misure meno afflittive della custodia in carcere, non avendo il legislatore contemplato questa fattispecie: v. F. Ruggeri, *Una riforma volta a circoscrivere la discrezionalità del giudice a tutela della libertà personale*, in T. Bene (a cura di), *Il rinnovamento delle misure cautelari*, cit., p. 6; V. Pazienza-G. Fidelbo, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari, Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione*, n. III/03/2015 del 6 maggio 2015, leggibile in [www.cassazione.it](http://www.cassazione.it), p. 22.

<sup>16</sup> V. E.N. La Rocca, *Le nuove disposizioni in materia di misure cautelari personali (Ddl 1232b)*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2015, n. 2, p. 2, la quale sottolinea come «il concetto di "autonoma valutazione" è già insito nell'obbligo di motivare; rappresenta un portato della funzione giurisdizionale, oltre che naturale compito del giudice (...)».

<sup>17</sup> V. Pazienza-G. Fidelbo, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, cit., p. 22.

<sup>18</sup> F. Caprioli, *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame*, in L. Giuliani (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, cit., p. 183 s. Ritiene che la riforma si sia mossa nel senso di un «maggiore garantismo ed una più forte attenzione verso il delicato tema della restrizione della libertà personale», C. Musio, *Motivazione cautelare lacunosa e poteri del tribunale del riesame: una (probabile) modifica legislativa*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 11 maggio 2014, p. 2.

<sup>19</sup> La Commissione Canzio aveva proposto di espungere dalla disposizione in parola la previsione che il tribunale può confermare il provvedimento «per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione». In termini critici sul mantenimento di questa norma v. M. Ceresa Gastaldo, *Una singolare antifrasi: i "nuovi" poteri rescindenti del tribunale della libertà*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2015, n. 4, p. 12.

<sup>20</sup> La questione è stata risolta da Cass., sez. un., 31 marzo 2016, n. 18954, in *CED Cass.*, n. 266789.

<sup>21</sup> Si tratta dei sequestri probatori, di alcuni casi di sequestro per equivalente a carico dell'indagato, di altre forme di sequestro finalizzate alla confisca obbligatoria come il sequestro preventivo ex art. 321, comma 2 c.p.p. e del sequestro preventivo di beni a norma dell'art. 12-sexies, d.l. n. 306 del 1992. Così Cass., sez. un., 31 marzo 2016, n. 18954, cit., § 6.4.3.

<sup>22</sup> In dottrina, prima dell'intervento delle Sezioni unite, era favorevole ad estendere l'autonoma valutazione anche alle misure cautelari reali, per evitare provvedimenti che si traducevano in un acritico recepimento delle richieste della pubblica accusa, V. Pazienza, *L'impatto della riforma sul sistema delle impugnazioni avverso i provvedimenti di sequestro*, in L. Giuliani (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, cit., p. 262 s. Sui poteri del tribunale del riesame v. Cass., sez. V, 6 dicembre 2017, n. 643, in *CED Cass.*, n. 271925.

motivi per i quali siano stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa<sup>23</sup>.

Così tratteggiata la cornice normativa, occorre a questo punto domandarsi se il legislatore abbia centrato l'obiettivo o se nella prassi continuino a profilarsi delle "degenerazioni" interpretative<sup>24</sup>.

## L'AUTONOMA VALUTAZIONE

In qualsiasi itinerario argomentativo giurisdizionale i due momenti, quello espositivo e valutativo, sono imprescindibili, ma il legislatore del 2015 nel riferire "l'autonomia" alla valutazione del giudice della cautela ha voluto sottolineare come quest'ultima sia l'elemento realmente qualificante<sup>25</sup>. Dietro a quello che potrebbe apparire un mero *restyling* lessicale<sup>26</sup> vi è un'articolata trama di valori costituzionali che richiedono di essere tutelati, secondo la logica del "minor sacrificio necessario della libertà personale". Cioché la motivazione improntata a quel paradigma rappresenta la condizione per l'esercizio della facoltà d'impugnazione dell'imputato e per dare concreta attuazione al diritto di difesa che nella fase cautelare è tutto proiettato *ex post*. Ed è sulla valenza semantica di questi due termini che occorre anzitutto fermare l'attenzione.

La valutazione consiste in «una considerazione critica dei dati disponibili» e in una spiegazione «che procede per gradi e che tra l'altro, riguarda l'indicazione dei fatti che si ricavano dai dati dimostrativi e il perché da certi dati dimostrativi o dalla loro combinazione si trae l'esistenza o la conformazione di certi fatti, il collegamento cronologico, spaziale e logico tra i vari fatti, la complessiva ricostruzione delle condotte, l'enucleazione della valenza giuridica di tali condotte»<sup>27</sup>. In particolare, questa deve avere ad oggetto tutti i presupposti che legittimano l'applicazione della misura: dai gravi indizi, alle esigenze cautelari<sup>28</sup> sino alla giustificazione sull'inadeguatezza di misure meno afflittive di quella applicata. L'autonomia rinvia ad un concetto di "relazione" che, nel caso di specie, è costituito dalla domanda cautelare, *incipit* del procedimento, della quale sono parte integrante gli atti d'indagine compiuti dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero, ivi inclusi gli elementi a favore dell'imputato e le eventuali memorie difensive e deduzioni già depositate a sostegno della richiesta (art. 291, comma 1 c.p.p.)<sup>29</sup>: come si è osservato, da questa e dalle conclusioni in essa contenute il giudice deve dare dimostrazione di essersi "emancipato"<sup>30</sup>. Operazione non certo facile se si pone mente alla circostanza che il materiale sul quale il giudice si troverà a decidere è tutto orientato, salvo eventuali "elementi a favore dell'imputato", sulle ragioni dell'accusa. Di più, sul piano formale non vi sono schemi rigidi ai quali rifarsi, l'ottemperanza ai quali consenta automaticamente di ritenere soddisfatto il requisito dell'autonoma valutazione; spetta al giudice la scelta delle forme più opportune, purché idonee a dare contezza della propria deliberazione<sup>31</sup>.

In prospettiva pratica è stato avanzato il suggerimento di ricorrere allo strumento della "collazione",

<sup>23</sup> Cass., sez. VI, 24 maggio 2012, n. 25631, in *CED Cass.*, n. 254161; Cass., sez. III, 15 luglio 2010, n. 33753, in *CED Cass.*, n. 249148.

<sup>24</sup> Sul tema v., di recente, l'approfondita analisi di P. Maggio, *Le impugnazioni delle misure cautelari personali*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 395 ss., che rileva la presenza di atteggiamenti "di tipo conservativo". Sull'inidoneità, rispetto allo scopo perseguito, del mezzo prescelto dal legislatore v. le riflessioni di M. Caianiello, *La valutazione autonoma del giudice nell'ordinanza cautelare dopo la l. 16 aprile 2015*, n. 47, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1692.

<sup>25</sup> Trib. Palermo, sez. riesame, 9 febbraio 2018, inedita, la definisce come «"l'ubi consistam che fa del discorso giustificativo della decisione "una motivazione"». Secondo R. Bricchetti-L. Pistorelli, *Valutazione autonoma del quadro indiziario da parte del giudice*, in *Guida dir.*, 2015, n. 20, p. 49, la formula impiegata dal legislatore non autorizza a ritenere che si sia voluto introdurre un obbligo di "originale esposizione".

<sup>26</sup> G. Spangher, *Un restyling per le misure cautelari*, in *Dir. pen. proc.* 2015, p. 532.

<sup>27</sup> Ancora Trib. Palermo, sez. riesame, 9 febbraio 2018, inedita.

<sup>28</sup> Sul punto v. le considerazioni di L. Pistorelli, *Discrezionalità del giudice e ruolo di garanzia della motivazione*, in L. Giuliani (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, cit., p. 337 ss.

<sup>29</sup> L'art. 3, comma 1, lett. e) n. 1, d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, aveva inserito nel testo dell'art. 291, comma 1, c.p.p. l'inciso «compresi i verbali di cui all'art. 268, comma 2, limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti». L'entrata in vigore di tale disposizione è stata ulteriormente prorogata al 1° agosto 2019 dalla l. 30 dicembre 2018, n. 145, c.d. legge di bilancio (in precedenza era stata prorogata «a dopo il 31 marzo 2019» dal d.l. 25 luglio 2018, n. 91).

<sup>30</sup> Cfr. E.N. La Rocca, *Coercizione cautelare e poteri del collegio nel riesame riformato*, Milano, Cedam, 2017, p. 159.

<sup>31</sup> Cass., sez. VI, 11 settembre 2017, n. 46792, in *CED Cass.*, n. 271507.

per cui dalla disamina parallela dei due atti dovrebbe evincersi l'indipendenza della decisione giurisdizionale<sup>32</sup>. La verifica della riconoscibilità, tramite l'esame dell'ordinanza cautelare e il confronto con la domanda dell'organo di accusa, dell'autonoma valutazione dei presupposti limitativi della libertà personale da parte del giudice è stata inquadrata nella categoria del "fatto processuale" e, in quanto tale, oggetto di prova ai sensi dell'art. 187, comma 2 c.p.p. e di successiva valutazione in base ai criteri di cui all'art. 192 c.p.p. Essa, pertanto, va vagliata in concreto, non potendosi elaborare una generalizzazione circa le forme di individuazione del suddetto vizio<sup>33</sup>, pur potendosi considerare alcuni "indicatori". Se il fatto processuale è per accezione classica quello dal quale dipende l'applicazione di una norma processuale<sup>34</sup>, ciò significa che ad assumere rilievo è la fattispecie delineata dall'art. 292 c.p.p., il perfezionamento o meno della nullità ivi prevista e, in caso positivo, la fattispecie di annullamento che vi collega l'art. 309, comma 9 c.p.p.<sup>35</sup>. Occorre, allora, verificare la possibilità di considerare come "fatto" il modo di essere della motivazione dell'ordinanza dal quale deve emergere l'autonomia dalla valutazione del giudice.

Va infine osservato che, per ragioni "sistematiche", le disposizioni sui criteri di redazione della motivazione dovrebbero applicarsi anche quando la misura cautelare venga disposta dal tribunale, in accoglimento dell'appello proposto ex art. 310 c.p.p. dal pubblico ministero avverso la decisione di rigetto<sup>36</sup>.

#### AUTONOMA VALUTAZIONE, PROVVEDIMENTO CAUTELARE CUMULATIVO E GRADUAZIONE DELLA MISURA CAUTELARE

L'effettività dell'autonoma valutazione dell'ordinanza applicativa sin qui appena tratteggiata rischia di essere messa in crisi laddove ci si soffermi ad analizzare alcune pronunce della Suprema Corte relative alla motivazione dell'ordinanza cautelare, sia personale o reale, che provvede su una richiesta cumulativa, riguardante più posizioni soggettive e/o oggettive.

In alcune decisioni i giudici di legittimità hanno affermato che «il parziale diniego opposto dal giudice costituisce di per sé indice di una valutazione critica e non meramente adesiva, della richiesta cautelare, nell'intero complesso delle sue articolazioni interne». Sviluppando questo approccio ne deriva che l'onere motivazionale deve dirsi assolto «quando l'ordinanza, benché redatta con la tecnica del c.d. "copia e incolla" accolga la richiesta del pubblico ministero solo per talune imputazioni cautelari ovvero solo per alcuni indagati»<sup>37</sup>, in quanto «il parziale diniego opposto dal giudice o la diversa graduazione delle misure costituiscono, di per sé, indice di una valutazione critica e non meramente adesiva della richiesta cautelare nell'intero complesso delle sue articolazioni interne»<sup>38</sup>.

Allo stesso modo in tema di misure cautelari reali la sussistenza di un apprezzamento indipendente da parte del giudice, rispetto agli atti valutativi espressi dai diversi attori processuali, degli elementi posti a fondamento della richiesta può ritenersi dimostrato anche quando, pur facendo ricorso alla tecnica del copia-incolla, questi abbia solo in parte accolto le richieste dell'accusa (nella specie la richiesta cumulativa di misura era stata rigettata per quella personale e accolta per quella reale), poiché la scelta operata presuppone necessariamente un'analisi critica della domanda cautelare<sup>39</sup>.

Siamo al cospetto di un *modus arguendi* in chiaro contrasto con la *ratio* che ha condotto all'inter-

<sup>32</sup> C. Bonzano, *Nuove norme sulla motivazione: il sistema cautelare in action*, in G.M. Baccari - K. La Regina - E.M. Mancuso (a cura di), *Il nuovo volto della giustizia penale*, Milano, Cedam, 2015, p. 432.

<sup>33</sup> Cass., sez. I, 21 ottobre 2015, n. 5787, in *CED Cass.*, n. 265984.

<sup>34</sup> Sull'argomento non può che rinviarsi alle nitide pagine di G. Conso, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 41; A. Pagliaro, voce *Fatto* (*dir. proc. pen.*), in *Enc. dir.*, XVI, Milano, Giuffrè, 1967, p. 961. Più di recente v. E.M. Catalano, *L'accertamento dei fatti processuali*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 562; S. Fürfarò, *L'accertamento dei fatti processuali*, in *La prova penale*, a cura di A. Gaito, I, Milano, Utet, 2008, p. 379.

<sup>35</sup> Così E.N. La Rocca, *Coercizione cautelare e poteri del collegio nel riesame riformato*, cit., p. 198.

<sup>36</sup> E. Turco, *La riforma delle misure cautelari*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, n. 5, p. 119. In giurisprudenza v. Cass., sez. III, 17 novembre 2016, n. 1783; Cass., sez. II, 19 dicembre 2017, n. 2657.

<sup>37</sup> Cass., sez. VI, 17 novembre 2016, n. 51936, in *CED Cass.*, n. 268523.

<sup>38</sup> Cass., sez. IV, 27 marzo 2018, n. 31646, in *CED Cass.*, n. 273429; Cass., sez. IV, 16 febbraio 2018, n. 14683; Cass., sez. II, 4 maggio 2017, n. 25750, in *CED Cass.*, n. 270662; Cass., sez. VI, 17 novembre 2016, n. 51936, in *CED Cass.*, n. 268523.

<sup>39</sup> Cass., sez. III, 9 luglio 2018, n. 38750; Cass., sez. V, 7 dicembre 2017, n. 11985, in *CED Cass.*, n. 272939.

vento riformatore e nel considerare le singole posizioni processuali e incolpazioni come legate da una sorta di fungibilità, finisce per ignorare che il nostro sistema è governato dai principi della personalità della responsabilità penale (art. 27, comma 1, Cost.) e della presunzione di non colpevolezza (art. 27, comma 2, Cost.), in forza del quale l'imputato, da intendere come entità individuale, non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva<sup>40</sup>. Come si è osservato<sup>41</sup>, ritenere implicita la valutazione del giudice dall'esito decisorio nei confronti di colui che non subisce alcuna limitazione della sua libertà, significa obliterare il dovere di motivazione che la legge richiede per ogni statuizione giurisdizionale incidente sui diritti fondamentali dell'individuo.

Le coordinate costituzionali che devono governare il momento valutativo nella sua fase "genetica"<sup>42</sup> potranno dirsi attuate soltanto laddove il giudice, «per ciascuna contestazione e posizione, svolga un effettivo vaglio degli elementi ritenuti decisivi, senza il ricorso a formule stereotipate, spiegandone la rilevanza ai fini dell'affermazione dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari nel caso concreto». Sicché le ragioni che giustificano l'emanazione del titolo cautelare devono essere esplicitate «sia con riferimento alle singole posizioni cautelari e sia con riferimento alle singole imputazioni cautelari»<sup>43</sup>. Ciò in quanto, pur a fronte di una richiesta cumulativa la singola posizione, sul piano sia soggettivo sia oggettivo, mantiene la sua autonomia, tanto più in sede cautelare ove viene in gioco il fondamentale valore della libertà personale *ex art. 13 Cost.* Il cumulo infatti può essere considerato alla stregua di *fictio iuris* che dà luogo ad un'ordinanza unica, sia pure nella forma perché in realtà articolata in più "capi" in relazione ai singoli imputati e alle singole "incolpazioni", ciascuno dei quali deve mantenere la propria autonomia.

Se poi ci si pone dalla prospettiva della *ratio* endoprocessuale della motivazione, ammettere che vi sia una stata un'autonoma valutazione laddove si sia rigettata in parte la richiesta significa riconoscere al controllo cautelare, primo momento nel quale si dà piena attuazione al contraddittorio, una valenza puramente formale.

Pertanto, il procedimento valutativo<sup>44</sup>, come correttamente affermato in alcune decisioni, deve sussistere ed essere esplicitato per ciascuna posizione e per ciascuna imputazione, non potendo costituire valida spia di un'autonomia decisionale per il tutto l'originalità del percorso decisionale solo rispetto ad alcuni dei destinatari dell'ordinanza o ad alcuni reati o, addirittura, alle circostanze del reato. Se si legittimasse l'appiattimento acritico del giudice sulle argomentazioni della parte pubblica, si priverebbe la parte della garanzia giurisdizionale, lasciandone le sorti nella disponibilità dell'accusa. Non appare poi superfluo rammentare come la richiesta cumulativa di applicazione della misura coercitiva, nella fase delle indagini preliminari, è una scelta – diversamente dall'attuazione del cumulo nell'ambito del processo – interamente rimessa all'ufficio del pubblico ministero e rispetto a questa il giudice per le indagini preliminari non può esercitare alcuna forma di controllo.

Se, quindi, l'obiettivo della riforma è stato quello di "autonomizzare" il percorso argomentativo del giudice, questo potrà dirsi realizzato quando l'ordinanza cautelare, pur operando un richiamo, in tutto o in parte, ad altri atti del procedimento, svolga, per ciascuna contestazione e posizione, un effettivo vaglio degli elementi di fatto ritenuti decisivi, senza il ricorso a formule stereotipate, spiegandone la rilevanza ai fini dell'affermazione dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari nel caso concreto; fermo restando che, «in presenza di posizioni analoghe o di imputazioni descrittive di fatti commessi con modalità "seriali", non è necessario che il giudice ribadisca ogni volta le regole di giudizio alle quali si è ispirato, potendo ricorrere ad una valutazione cumulativa purché, dal contesto del prov-

<sup>40</sup> Sul tema v. C. Giust., 19 settembre 2018, *Milev*, C-310/18, secondo cui gli artt. 3 e 4 § 1 della Direttiva 2016/343, del 9 marzo 2016, « sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali », « devono essere interpretati nel senso che essi non ostano all'adozione di decisioni preliminari di natura procedurale, come una decisione di mantenere una misura di custodia cautelare adottata da un'autorità giudiziaria, fondate sul sospetto o su indizi di reità, purché tali decisioni non presentino la persona detenuta come colpevole ».

<sup>41</sup> E.N. La Rocca, *Coercizione cautelare e poteri del collegio nel riesame riformato*, cit., p. 204 s.

<sup>42</sup> Per riflessioni sul punto v., di recente, L. Forte, *Cassazione e motivazione autonoma del giudice competente*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 810. In giurisprudenza v. Cass., sez. VI, 19 giugno 2018, n. 31370, in *CED Cass.*, n. 273450.

<sup>43</sup> Cass., sez. III, 17 dicembre 2015, n. 840, in *CED Cass.*, n. 265645; Cass., sez. III, 11 maggio 2016, n. 28979, in *CED Cass.*, n. 267350.

<sup>44</sup> Cass., sez. V, 1° giugno 2018, n. 32444, in *CED Cass.*, n. 273580; Cass., sez. VI, 20 giugno 2018, n. 30774, in *CED Cass.*, n. 273658.

vedimento, risulti evidente la ragione giustificativa della misura in relazione ai soggetti attinti e agli addebiti, di volta in volta, considerati per essi sussistenti»<sup>45</sup>.

L'autonoma valutazione è stata ritenuta desumibile, altresì, dalla graduazione, in sede applicativa, della misura richiesta con la domanda cautelare, pur nel pedissequo richiamo alle considerazioni in quest'ultima espresse dall'organo investigativo<sup>46</sup>. Si tratta di un indicatore che, rispetto a quello precedentemente richiamato, consente comunque di rinvenire, in prospettiva differenziata rispetto alla richiesta, un vaglio del giudice, limitato, però, solo ad uno degli aspetti che devono costituire oggetto della sua valutazione<sup>47</sup>.

Solo in ordine al soddisfacimento delle esigenze cautelari, seppure non generalizzabile in astratto, tenendo conto del caso concreto, il suddetto indicatore potrebbe provare la rispondenza dell'atto alla fattispecie legale imposta. Si tratterebbe comunque di una rispondenza solo parziale, non rispettosa del paradigma legale con riferimento agli altri elementi su cui deve esercitarsi il vaglio autonomo. Dal sistema normativo emerge una motivazione concepita come sequenza di regole cui il giudice deve adeguarsi e che non tollera amputazioni o riduzioni. Cosicché desumere l'autonomia valutativa su un tema da un altro della sequenza, significa non ubbidire ai canoni rigorosi che guidano, limitandola, la discrezionalità del giudice.

### LA MOTIVAZIONE PER RELATIONEM

Un interrogativo che si era posto dopo la novella era se l'autonoma valutazione potesse conciliarsi con la motivazione *per relationem*, spesso considerata come uno strumento irrinunciabile per il giudice della cautela a fronte di richieste basate su una mole considerevole di atti investigativi<sup>48</sup>. In linea generale, la legittimità della motivazione *per relationem* si fonda sul rispetto di tre parametri elaborati dalla Suprema Corte<sup>49</sup> in una nota pronuncia che, pur non attinente alla materia cautelare, può essere considerata una sorta di statuto generale di questa tecnica redazionale. In particolare, occorre fare riferimento (recettizio o di semplice rinvio) ad un legittimo atto del procedimento, la cui motivazione risulti congrua rispetto all'esigenza di giustificazione propria del provvedimento di destinazione; dalla motivazione deve potersi evincere che il giudice abbia effettivamente preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni del provvedimento di riferimento e le abbia meditate e ritenute coerenti con la propria decisione; infine, l'atto di riferimento deve essere conosciuto dall'interessato o comunque risultare ostensibile, quanto meno nel momento in cui si renda attuale l'esercizio della facoltà di valutazione, di critica e, eventualmente, di gravame.

Se questo è l'articolato della motivazione *per relationem*, appare chiaro, da una lettura testuale, come la novella non avesse come obiettivo la sua messa al bando<sup>50</sup>, quanto piuttosto quello di porre degli argini al "vizio" della motivazione *per relationem*<sup>51</sup>, introducendo una sorta di condizione normativa di utilizzo di questa tecnica<sup>52</sup>. Nella sostanza, il provvedimento applicativo sarà valido a condizione che il

<sup>45</sup> Cass., sez. III, 11 maggio 2016, n. 28979, cit.; Cass., sez. III, 17 dicembre 2015, n. 840, cit..

<sup>46</sup> Cass., sez. II, 14 dicembre 2015, in *CED Cass.*, n. 265807.

<sup>47</sup> E.N. La Rocca, *Coercizione cautelare e poteri del collegio nel riesame riformato*, cit., p. 205.

<sup>48</sup> Col riferire l'autonomia al momento valutativo e non anche a quello espositivo, si è voluto evitare, soprattutto nei procedimenti con materiale indiziario copioso, un'inutile rielaborazione di dati di fatto di carattere storico, che allungerebbe solo i tempi della risposta cautelare: così E. Turco, *La riforma delle misure cautelari*, cit., p. 116 s. In argomento v. P. Maggio, *Le impugnazioni delle misure cautelari personali*, cit., p. 382 ss.

<sup>49</sup> Cass., sez. un., 21 giugno 2000, n. 17, in *CED Cass.*, n. 216664.

<sup>50</sup> Di questo avviso v., tra i tanti, R. Bricchetti-L. Pistorelli, *Valutazione autonoma del quadro indiziario da parte del giudice*, cit., p. 48; V. Paziienza-G. Fidelbo, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, cit., p. 23, i quali sottolineano l'esigenza che «la *relatio* non riguardi acriticamente il compendio valutativo contenuto nel provvedimento richiamato, dovendo il giudice immancabilmente manifestare, nell'ordinanza, la propria "autonoma valutazione"»; A. Marandola, *Ambiti e limiti dell'autonoma valutazione del giudice cautelare*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1670 s.

<sup>51</sup> Sul tema del vizio della motivazione *per relationem* v. E. Amodio, *Motivazione della sentenza penale*, cit., p. 230 ss.; e, più di recente, P. Maggio, *I controlli*, in T. Bene (a cura di), *Il rinnovamento delle misure cautelari*, cit., p. 92.

<sup>52</sup> Cass., sez. I, 21 ottobre 2015, n. 5787, in *CED Cass.*, n. 265983, secondo cui la novella non avrebbe introdotto alcun requisito "aggiuntivo" al modello legale dell'atto, limitandosi ad evidenziare la necessità, in caso di motivazione *per relationem*, di manifestare la decisione con forme espressive tali da rendere percepibile l'avvenuta ponderazione autonoma dei presupposti restrit-



giudice, nel riportarsi al contenuto di un atto del procedimento o ancora nell'incorporarlo, ne abbia non solo preso cognizione, ma abbia «anche soppesato la coerenza con la decisione assunta»<sup>53</sup>.

In questa direzione la giurisprudenza della Suprema Corte successiva alla riforma ne ha riconosciuto la legittimità a condizione che non si traduca in un mero recepimento del contenuto del provvedimento privo dell'imprescindibile rielaborazione critica<sup>54</sup>, dovendo il giudice esplicitare le valutazioni sottese all'adozione della misura e che testimoniano l'esistenza di un vaglio critico rispetto alle argomentazioni dell'organo di accusa<sup>55</sup>. Riepilogando: è necessario che il giudice abbia proceduto ad «un effettivo vaglio degli elementi di fatto ritenuti decisivi, senza il ricorso a formule stereotipate, spiegandone la rilevanza ai fini dell'affermazione dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari nel caso concreto»<sup>56</sup>: ciò deve valere, in forza dell'autonomia che connota i singoli rapporti che s'instaurano in seno al procedimento, per ciascun indagato e in relazione ai distinti fatti oggetto d'incolpazione<sup>57</sup>. Laddove manchi questo impegno critico del giudice, per effetto della modifica apportata al comma 9 dell'art. 309 c.p.p., il tribunale del riesame, quale giudice di merito della vicenda cautelare, non potrà "integrare" confermando il provvedimento, ma dovrà annullarlo.

Nel testo è rimasto, come si è accennato, il riferimento alla facoltà del tribunale di confermare il provvedimento impugnato per ragioni diverse da quelle indicate nella sua motivazione (art. 309, comma 9 c.p.p. prima parte), potere il cui margine di operatività dovrebbe essere ricavato per esclusione. Guardando, ancora una volta, all'elaborazione empirica, residuano spazi per un intervento integrativo a fronte di una motivazione "insufficiente" a fondare l'esistenza dei presupposti cautelari<sup>58</sup>, orientamento condivisibile purché dietro questa insufficienza non si celi una "omessa autonoma valutazione". In ordine ai vizi di illogicità e contraddittorietà, ferma restando la possibilità di un annullamento davanti alla Corte di Cassazione, previa deduzione ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p., si ritiene<sup>59</sup> che il giudice del riesame possa e debba confermare rimotivando l'ordinanza impugnata che sia carente dal punto di vista della tenuta logica del suo apparato giustificativo oppure contrastante con le risultanze probatorie, sempre che riscontri l'esistenza della fattispecie cautelare.

## RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Se, come si è evidenziato<sup>60</sup>, il centro dell'*iter* processuale non è più il giudizio ma la fase delle indagini preliminari, con l'eventuale vicenda cautelare, ecco che la motivazione del provvedimento cautelare, a fronte del principio di inviolabilità della libertà personale (art. 13, comma 1, Cost.), richiede un "ritorno" alla garanzia della giurisdizione. Certamente un passo in avanti è stato fatto dal legislatore nel prevedere espressamente che laddove il giudice non giustifichi il provvedimento cautelare ovvero non motivi in modo autonomo rispetto alla richiesta, non potrà più fare affidamento sul potere integrativo del tribunale del riesame: la sua decisione andrà incontro ad un sicuro annullamento. Ciò dovrebbe responsabilizzare i giudici della cautela, il cui provvedimento è immediatamente esecutivo.

Tuttavia, come pronosticato in dottrina<sup>61</sup>, era evidente che la partita si sarebbe giocata tutta sul si-

---

tivi da parte del soggetto decidente. In argomento v. le considerazioni di M.V. Papanti-Pellettier, *Confini più netti tra annullamento e integrazione dell'ordinanza cautelare genetica*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 2, p. 94.

<sup>53</sup> Così L. Pistorelli, *Discrezionalità del giudice e ruolo di garanzia della motivazione*, cit., p. 335.

<sup>54</sup> Cass., sez. II, 14 dicembre 2015, n. 3289, in *CED Cass.*, n. 265807.

<sup>55</sup> Cass., sez. V, 1° giugno 2018, n. 32444, cit.; Cass., sez. VI, 11 settembre 2017, n. 46792, cit.; Cass., sez. VI, 16 marzo 2017, n. 13864, in *CED Cass.*, n. 269648.

<sup>56</sup> In tal senso, Cass., sez. III, 11 maggio 2016, n. 28979, cit.

<sup>57</sup> Cass., sez. VI, 16 marzo 2017, n. 13864, cit.

<sup>58</sup> Cass., sez. VI, 11 settembre 2017, n. 46792, cit.; Cass., sez. VI, 24 maggio 2018, n. 38506. In dottrina v. F. Caprioli, *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame*, cit., p. 207.

<sup>59</sup> M. Bontempelli, *Il controllo sui vizi della motivazione nel riesame riformato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 786. In termini più rigidi v. D. Giunti, *Motivazione dell'ordinanza di custodia cautelare e pericolo di recidiva: La Corte di Cassazione conferma le proprie posizioni*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2018, n. 3, p. 88, per il quale non sarebbe «ragionevole differenziare il trattamento riservato ai casi di motivazione mancante da quello previsto per i casi in cui sia incompleta, manifestamente illogica o anche solo contraddittoria, giacché in tutte queste ipotesi la lacuna nella parte motiva del provvedimento non consente al prevenuto di comprendere l'*iter* logico che lo sorregge, con la conseguenza di arrecare un *vulnus* alle sue garanzie difensive».

<sup>60</sup> Cfr. S. Lorusso, *Il diritto alla motivazione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8 novembre 2018, p. 1.

<sup>61</sup> C. Bonzano, *Nuove norme sulla motivazione: il sistema cautelare in action*, cit., p. 444.

gnificato che la prassi avrebbe attribuito all'autonomia della valutazione, tradotta sì in precetto normativo, ma carente di "indicatori", per non imbrigliare il giudice. Da questo punto di vista le richiamate decisioni della Suprema Corte in tema di richiesta cumulativa dimostrano come, nel bilanciamento tra annullamento e conferma di un'ordinanza, alla fine abbia prevalso la linea meno rigorosa<sup>62</sup>; in tal modo riproponendo quelle distorsioni applicative che il legislatore del 2015 aveva in animo di contrastare. La questione è molto delicata, perché centro di convergenza di molteplici valori costituzionali. Senza volere spingersi fino al punto di configurare la nullità della motivazione che utilizzi la tecnica *per relationem*, ancorché rechi l'esplicitazione delle ragioni dell'adesione, sarebbe anzitutto auspicabile un intervento delle Sezioni unite che restituisca alla motivazione – intesa come "garanzia delle garanzie" – e, soprattutto, al carattere dell'autonomia, la sua ineludibile funzione di controllo in un sistema, quello cautelare, la cui tenuta costituzionale richiede una rigida osservanza dei precetti<sup>63</sup>. Rimangono nell'ombra, in attesa di un più consistente impegno da parte del legislatore, i temi della collegialità del giudice cautelare e del contraddittorio anticipato<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Il rischio era stato preconizzato da L. Giuliani, *Motivazione "autonoma" dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare coercitiva e poteri del tribunale della libertà (alle soglie di una "storica" riforma?)*, cit., p. 372.

<sup>63</sup> Nel senso che il dovere di motivare costituisce «il vetro attraverso il quale guardare per conoscere il livello di tutela effettiva dei diritti processuali dell'accusato» G. Gaeta, *Standard di motivazione de libertate e fisica del potere giudicante*, in *Arch. pen.*, 2018, n. 2, p. 513 s.

<sup>64</sup> Cfr. E. Valentini, *Le premesse e i lavori preparatori*, in L. Giuliani (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, cit., p. 33; sulle criticità delle misure cautelari, di recente, A. Marandola, *Misure cautelari personali: ancora lacunosa la disciplina*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 1249 ss.