



ALMA MATER STUDIORUM  
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

**CIB Centro Inter-Bibliotecario**

Viale Filopanti, 7 - 40126 Bologna - Italia



Documento redatto in data: 29/03/2017 Protocollo numero: 171700

## Catalogo Nazionale dei Periodici ACNP

### SCHEDA COMPLETA PERIODICO

Periodico online ad accesso  
libero proposto da

**BO101**

Periodico/Rivista:

**\*Processo penale e giustizia (Online)**

Editore

Edizioni Nuova Cultura;Dike giuridica  
editrice;G.Giappichelli

Luogo pubbl.

Roma;Roma;Torino

Ultimo luogo pubblicazione:

Torino

Da anno - Ad anno

2011-

Lingua

MUL

Periodicità

BIMESTRALE

Paese

IT

ISSN:

2039-4527

Dewey:

345

Cod. CNR:

PT02998823

Fonte

TEMP

Supporto:

On-line (remote)

Accesso Pubblico alla rivista:

<http://www.processopenaleegiustizia.it>

Titoli collegati:

HA PER ALTRO SUPPORTO:

\*Processo penale e giustizia (Testo stampato)

## BIBLIOTECHE ITALIANE CHE POSSIEDONO IL PERIODICO

**FREE!**

**Periodico online ad accesso libero proposto da BO101**

<http://www.processopenaleegiustizia.it>

Il periodico non è posseduto da alcuna biblioteca

---

CIB Centro Inter-Bibliotecario Università di Bologna

Informativa privacy - © Copyright CIB-Università di Bologna &  
CNR 2000-2010, ASDD-Università di Bologna & CNR 2015

# Le Sezioni Unite e la litispendenza cautelare

---

Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza 1° marzo 2011, n. 7931 - Pres. Lupo; Rel. Cortese

*Qualora il pubblico ministero, nelle more della decisione su una impugnazione incidentale de libertate, intenda usare nei confronti dello stesso imputato e per lo stesso fatto, elementi probatori "nuovi", preesistenti o sopravvenuti, può scegliere se riversarli nel procedimento impugnatorio o porli alla base di una nuova richiesta di misura cautelare personale, ma la scelta così operata gli preclude di coltivare l'altra iniziativa cautelare.*

---

[omissis]

1. La questione rimessa al Collegio, costituente oggetto dei primi due motivi di ricorso, riguarda specificamente «la sussistenza e i limiti del potere del pubblico ministero, nelle more del giudizio di rinvio conseguente all'annullamento della decisione del tribunale del riesame di revoca della misura cautelare, di richiedere utilmente, sulla base di nuovi elementi, suscettibili di prospettazione anche in detto giudizio, l'emissione di una nuova misura cautelare nei confronti dello stesso soggetto e per i medesimi fatti». Essa si ricollega al più generale problema di quello che viene comunemente denominato "giudicando cautelare", e cioè dell'interferenza fra pendenza in atto di un procedimento cautelare e nuova iniziativa cautelare relativa allo stesso fatto.

[omissis]

Si osserva che la tesi della configurabilità di una preclusione all'adozione di un provvedimento applicativo di una misura cautelare nei confronti di un soggetto, nella pendenza del riesame dallo stesso proposto su analogo precedente provvedimento avente ad oggetto il medesimo fatto, viene sostenuta nel ricorso, e prospettata nell'ordinanza, tendenzialmente adesiva, della Sezione rimettente, sulla base dei principi affermati nelle sentenze Donelli e Donati delle Sezioni Unite. La prima ha stabilito che il pubblico ministero, nella pendenza di un appello cautelare da lui promosso contro il rigetto della richiesta di una misura restrittiva della libertà, è legittimato a proporre nuovi elementi di prova nello stesso giudizio impugnatorio e può valutare se scegliere tale strada o utilizzare quegli stessi elementi per una nuova richiesta al giudice cautelare, ma, tuttavia, nel caso di proposizione di nuova domanda, sussisterebbe per il giudice destinatario una preclusione a provvedere fino a quando non intervenga la decisione sull'appello. La seconda ha affermato sussistere preclusione all'esercizio dell'azione penale, anche prima della sentenza irrevocabile in un precedente giudizio per lo stesso fatto nei confronti della medesima persona, avuto riguardo all'ufficio di procura che aveva già promosso la prima azione.

Secondo la Sezione rimettente, sebbene la situazione processuale oggetto della citata Sezione Unite Donelli (appello del p.m. ex art. 310 cod. proc. pen. avverso l'ordinanza di rigetto del g.i.p. della richiesta di applicazione di misura cautelare) fosse differente da quella venutasi a creare nel presente procedimento (giudizio di riesame a seguito di rinvio disposto in sede di legittimità a seguito dell'annullamento del provvedimento di caducazione dell'ordinanza applicativa da parte del Tribunale della libertà adito dall'indagato ex art. 309 cod. proc. pen.), i principi affermati nell'occasione dal Supremo Collegio parrebbero assumere una portata generale in grado di trascendere la fattispecie che ne aveva occasionato la pronunzia e di attrarre, quindi, nel proprio ambito applicativo anche l'odierna fattispecie. In particolare l'ordinanza di rimessione per un verso evidenzia che la sentenza Donelli, nell'affermare la preclusione alla rinnovazione dell'azione cautelare fondata su nuovi elementi di prova in pendenza dell'appello sul rigetto di precedente richiesta cautelare avanzata in riferimento allo stesso fatto, non ha condizionato la sussistenza di tale preclusione all'ipotesi dell'effettiva deduzione anche nel giudizio di impugnazione dei *nova* probatori (limitandosi in proposito a riconoscere all'organo d'accusa la facoltà di procedere a tale deduzione); per l'altro sottolinea come i limiti dell'orizzonte cognitivo del giudice del riesame sono suscettibili di estensione - su iniziativa tanto dell'accusa che della difesa - anche più di quelli del giudice dell'appello cautelare, senza che assuma rilevanza il fatto che il giudizio di riesame si celebri a seguito di rinvio, dovendo trovare applicazione anche nell'incidente cautelare, secondo l'interpretazione consolidatasi in proposito, il disposto dell'art. 627, comma 2, cod. proc. pen.

Né, ad avviso della Sezione rimettente, sembra rilevare in senso contrario che il nuovo esercizio dell'azione cautelare sia intervenuto tra la decisione di annullamento con rinvio ed il deposito della sentenza di annullamento, atteso che tale circostanza non incide sulla effettiva pendenza dell'impugnazione cautelare, che costituisce il presupposto dei principi affermati dalle Sezioni Unite. Ancora, al fine di contestare la rilevanza della particolare fase in cui si è nella specie esercitata la nuova iniziativa cautelare, l'ordinanza di rimessione sottolinea come il giudizio di rinvio può esitare tanto nella conferma del provvedimento impugnato, determinando la contestuale efficacia di due titoli cautelari ad identico oggetto, quanto nella conferma del suo annullamento, dando vita a un potenziale contrasto di giudicati cautelari, visto che il Tribunale del riesame ha già confermato la seconda misura cautelare adottata nei confronti del Testini.

Pertanto il principio affermato dalla sentenza Donelli - per cui la pendenza dell'appello cautelare introdotto dal pubblico ministero preclude al g.i.p. la decisione sull'eventuale nuova richiesta cautelare sul medesimo oggetto, ancorché fondata su nuove prove, fino alla conclusione del procedimento di impugnazione, potendo invece il titolare dell'azione cautelare riversare i *nova*, nel rispetto del contraddittorio con l'indagato, nel giudizio di appello - potrebbe trovare applicazione per i giudici rimettenti anche nel caso in cui la forma di manifestazione dell'impugnazione cautelare sia quella del riesame, a prescindere dalla circostanza che il relativo giudizio consegua o meno all'annullamento con rinvio disposto dal giudice di legittimità.

Tale conclusione parrebbe corroborata, secondo l'ordinanza di rimessione, dagli approdi interpretativi raggiunti, sempre dalle Sezioni Unite, con la successiva sentenza Donati.

L'ordinanza di rimessione sembra in particolare cogliere in questa sentenza l'affermazione

per cui la preclusione-consumazione riguardi ogni tipo d'azione, compresa dunque quella cautelare. Affermazione che costituirebbe la saldatura con la sentenza Donelli e, al contempo, proietterebbe quest'ultima oltre i limiti della fattispecie decisa, ancorando la preclusione ivi configurata allo stesso fatto della litispendenza tra impugnazione cautelare e il nuovo procedimento incidentale innescato dalla reiterazione della richiesta del pubblico ministero, e ciò a prescindere da ulteriori considerazioni in merito al momento di acquisizione degli eventuali *nova* (e in effetti la ricostruzione effettuata nella sentenza Donati prescinde da eventuali considerazioni circa il fatto che la reiterazione dell'azione penale si fondi su una diversa piattaforma probatoria).

Dopo tale prospettazione delle implicazioni generali desumibili dalle citate pronunzie delle Sezioni Unite, l'ordinanza di rimessione prende atto che la successiva giurisprudenza di legittimità a sezioni semplici non ha interpretato in modo univoco il fenomeno della contemporanea pendenza di iniziative cautelari aventi lo stesso oggetto. In proposito l'ordinanza passa in rassegna una serie di pronunzie, le quali, in alcuni casi, sembrano leggere la regola indicata dalla sentenza Donelli come una sorta di principio di alternatività degli strumenti cautelari messi a disposizione del pubblico ministero, con la conseguenza della caducazione di quello comunque attivato posteriormente (fosse pure - a fronte di una nuova richiesta cautelare - l'impugnazione del provvedimento adottato per primo), mentre in altri casi tendono a conferire uno statuto speciale alle ipotesi contraddistinte da sopravvenienze cautelari o probatorie.

Così, ad avviso di Sez. 1, n. 47212 del 13/12/2005, dep. 23/12/2005, P.M. in proc. Romito, Rv. 233272, se nel corso del giudizio sull'appello proposto contro l'ordinanza reiettiva della richiesta di misura cautelare personale, il p.m. adduce elementi probatori nuovi, già posti a base di una rinnovata domanda cautelare avanzata al g.i.p., l'appello deve essere dichiarato inammissibile sulla base del principio di alternatività tra le iniziative esperibili dalla parte pubblica in merito alla domanda cautelare in presenza degli elementi probatori nuovi (osserva la Corte che «se è vero che nel discorso giustificativo della decisione il massimo consenso ha espressamente configurato l'esistenza di una "preclusione a decidere" nei confronti del g.i.p., ove il p.m., in pendenza di appello *ex art.* 310 cod. proc. pen., abbia nuovamente esercitato l'azione cautelare nelle forme di cui all'art. 291 cod. proc. pen., non esiste alcuna ragione per escludere che lo stesso effetto preclusivo si verifichi nei confronti del giudice dell'appello nel caso opposto, ove cioè il p.m. abbia insistito in questa sede nell'azione cautelare [...] adducendo nuovi elementi già posti tuttavia a base di una rinnovata domanda cautelare avanzata al g.i.p.: anche in tal caso, infatti, si verifica il rischio di quelle interferenze che il principio affermato dalla sentenza Donelli tende ad evitare»).

In senso conforme Sez. 2, n. 18110 del 13.4.2005, dep. 13/05/2005, imp. Russo, non massimata (relativa a situazione in cui prima dell'appello cautelare, dichiarato per tale ragione inammissibile, il p.m. aveva avanzato al g.i.p. nuova richiesta di applicazione della misura della custodia cautelare in carcere fondandola anche su elementi nuovi; il g.i.p. aveva accolto la domanda ma il tribunale del riesame aveva annullato il provvedimento; tale decisione era stata impugnata dal p.m. con il ricorso per cassazione), precisa che la sentenza Donelli non si prestava ad essere interpretata nel senso di limitare principio dell'alternatività al solo caso in cui fosse già intervenuto un provvedimento cautelare che aveva acquistato stabilità.

Ad avviso di Sez. 3, n. 40838 del 11/10/2005, dep. 10/11/2005, imp. Ighodarò, Rv. 232476,

in caso di appello del p.m. avverso ordinanza del g.i.p., la richiesta di nuova misura, pendente il primo, é ammissibile se si basa su una effettiva modifica situazione processuale quale potrebbe anche essere un serio pericolo di fuga.

Con riferimento all'ipotesi in cui, pendendo ricorso per cassazione del p.m. avverso la revoca della misura cautelare, lo stesso p.m. richiama nuova misura cautelare, Sez. 2, n. 6798 del 16/12/2004, dep. 22/02/2005, imp. Rizzo, afferma invece che le *rationes decidendi* della sentenza Donelli non ricorrono in caso di rinnovazione dell'azione cautelare in pendenza di ricorso per cassazione, «non ponendosi in sede di legittimità un problema di acquisibilità del *novum*».

Conformemente si esprimono, relativamente ad analoghe situazioni: Sez. 5, n. 19855 del 22/03/2006, dep. 12/06/2006, imp. Blandino, e Sez. 6, n. 24129 del 08/05/2008, dep. 13/06/2008, imp. Del Nogal Marquez, Rv. 240530 (che sottolinea altresì come, d'altronde, «nessuna preclusione sarebbe ipotizzabile con riferimento ad una nuova richiesta di revoca proveniente dall'indagato e basata su elementi sopravvenuti o non dedotti in precedenza »): entrambe nel senso che in caso di ricorso per cassazione del p.m. avverso revoca della misura cautelare, la pendenza del ricorso non preclude la nuova misura se basata su elementi nuovi.

3. Per quanto concerne la dottrina, non si rilevano particolari apporti sull'argomento in discussione.

In sede di ricognizione, prevalentemente adesiva, della giurisprudenza formatasi sul c.d. giudicato cautelare, si tende in genere ad estenderne i criteri operativi anche al giudicando cautelare.

In ordine in particolare alla sentenza Donelli si rinvencono critiche alla scelta interpretativa di fondo di riconoscere alle parti il potere di dilatare la piattaforma cognitiva del giudice dell'appello cautelare, individuandosi in tale opzione la causa della potenziale interferenza tra iniziative cautelari, la cui concorrenza in concreto troverebbe comunque una legittimazione e una regolazione nell'ordinamento nella disciplina prevista dall'art. 297 cod. proc. pen.

Sotto altro profilo si è rilevato che la decisione delle Sezioni Unite non pregiudica comunque l'esigenza del pubblico ministero di conseguire una tempestiva risposta cautelare a fronte dell'urgenza generata dall'acquisizione dei *nova*, atteso che in tal caso, al fine di evitare la preclusione alla nuova iniziativa cautelare, egli ben potrebbe rinunciare all'appello precedentemente attivato.

4. Un corretto approccio alla soluzione della questione oggetto di rimessione impone anzitutto il doveroso approfondimento degli snodi argomentativi che scandiscono la motivazione delle due menzionate pronunzie delle Sezioni Unite. Partendo dalla prima di esse (Sez. U, n. 18339 del 31/03/2004, dep. 20/04/2004, imp. Donelli, Rv 227357-227358-227359), può essere rilevato che nell'occasione il Supremo Collegio era stato chiamato a risolvere il contrasto sull'acquisibilità ed utilizzabilità nell'appello cautelare degli elementi probatori sopravvenuti all'adozione del provvedimento impugnato e presentati dalle parti, confrontandosi nel caso concreto con una fattispecie relativa al deposito da parte del pubblico ministero, in sede di appello dallo stesso proposto avverso il rigetto di una richiesta cautelare, degli esiti delle indagini svolte successivamente alla reiezione della domanda, produzione ammessa dal Tribunale che poi l'aveva utilizzata ai fini del ribaltamento della decisione del giudice di prime cure.

Questione risolta positivamente dalle Sezioni Unite, sulla base della rilevata simmetria (imposta dai codificatori come emerge dalla Relazione al codice di rito del 1988) tra appello cautelare e appello nel processo di merito, in forza della quale, dovendosi riconoscere al giudice dell'appello cognitivo introdotto dal pubblico ministero, pur nella restrizione del perimetro della cognizione del giudice investito della revisione critica del provvedimento ai punti della decisione effettivamente devoluti attraverso l'impugnazione, la legittimazione a verificare tutte le risultanze processuali e a riconsiderare anche i punti della motivazione del provvedimento impugnato che non abbiano formato oggetto di specifica critica, anche la cognizione del giudice dell'appello cautelare non può intendersi limitata ai singoli punti oggetto di specifica censura, ma deve ritenersi estesa all'integrale verifica delle condizioni e dei presupposti edittali che legittimano l'adozione della misura cautelare. In tal senso i motivi dell'impugnazione «segnano le ragioni del disaccordo rispetto al provvedimento recettivo e delimitano i confini dell'originaria domanda cautelare» in riferimento ai fatti ed alle circostanze oggetto di contestazione, ma al di là di questo limite la cognizione e la decisione del giudice dell'appello si estende «all'intero *thema decidendum*» e cioè all'esistenza di tutti i presupposti per l'adozione dell'invocato intervento cautelare.

A un simile allargamento dell'ambito decisionale non può non corrispondere, per le Sezioni Unite, una «pari ampiezza del materiale cognitivo». Ed in proposito, posto che il tradizionale modello di rito camerale (quale è quello previsto per l'appello *de libertate*) prevede che il dibattito si svolga sugli elementi precostituiti dalle parti – escludendosi la mutuabilità del modulo di rinnovazione dell'istruzione disciplinato dall'art. 603 cod. proc. pen. per l'appello cognitivo (ritenuto non esportabile per motivi che attengono alla struttura delle due diverse impugnazioni) –, la sentenza Donelli afferma che all'indagato deve essere consentita la produzione di nuovo materiale probatorio «sia preesistente che sopravvenuto» idoneo a contrastare i motivi di gravame dell'accusa o comunque a dimostrare l'insussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura cautelare.

Da tale affermazione consegue per il Supremo Collegio, in ragione dell'esigenza di garantire in maniera effettiva il contraddittorio camerale in posizione di parità tra le parti, il riconoscimento anche al pubblico ministero della facoltà di introdurre eventuali nuovi elementi di prova nei limiti del *devolutum*. Ed in proposito la sentenza Donelli afferma che tali devono essere qualificati non solo quelli effettivamente sopravvenuti alla decisione reietta impugnata, ma altresì quelli ad essa preesistenti e non allegati all'originaria domanda cautelare ovvero quelli che, seppure allegati, non siano stati presi in considerazione dal primo giudice, i quali ultimi devono per l'appunto essere ritenuti “nuovi” rispetto a quelli su cui è fondata l'ordinanza impugnata e menzionati dal comma 2 dell'art. 310 cod. proc. pen. Ed in tal senso le Sezioni Unite si fanno carico anche dell'eccezione avanzata nell'occasione dal ricorrente, secondo cui ammettere il potere dell'accusa di riversare i *nova* nell'appello invece di attivare un nuovo incidente cautelare priverebbe l'indagato della doppia garanzia dell'interrogatorio *ex art. 294* cod. proc. pen. e del giudizio di riesame. In proposito la sentenza Donelli osserva come tali presunti deficit di garanzia siano abbondantemente compensati dalla necessità che si instauri un preventivo contraddittorio sulle produzioni accusatorie, oggetto di *discovery* già prima della decisione del giudice (contrariamente a quanto avviene nel caso di adozione del provvedimento cautelare “a sorpresa”), nonché dal divieto di immutazione peggiorativa dell'originaria richiesta e dal mantenimento da parte del cautelando dello *status libertatis* fino

alla definitività della decisione assunta dal giudice d'appello in senso eventualmente favorevole alle ragioni del pubblico ministero impugnante.

È a questo punto, e solo a questo punto, che la sentenza Donelli introduce il principio invocato dal ricorrente e richiamato dalla Sezione rimettente. Dovendosi infatti confrontare con l'ulteriore obiezione per cui la produzione da parte dell'accusa di materiale probatorio inedito potrebbe interferire con la possibilità che lo stesso pubblico ministero possa contemporaneamente decidere di ricominciare l'azione cautelare richiedendo al g.i.p. l'emissione di una nuova misura cautelare fondata sugli stessi elementi riversati nel giudizio d'appello, col duplice rischio di un potenziale contrasto di decisioni e della potenziale concorrenza di due titoli cautelari dall'identico contenuto, le Sezioni Unite hanno affermato il seguente principio: «qualora il pubblico ministero, nelle more della decisione sull'appello proposto contro l'ordinanza reiettiva della richiesta di misura cautelare personale, rinnovi la domanda nei confronti dello stesso indagato e per lo stesso fatto, allegando elementi probatori "nuovi", preesistenti o sopravvenuti, è precluso al giudice, in pendenza del procedimento di appello, decidere in merito alla medesima domanda cautelare».

Nella relativa argomentazione si osserva come sia sbagliato ritenere che i due provvedimenti possano entrare in rapporto di concorrenza, dovendosi più correttamente configurare il rapporto tra le diverse opzioni assegnate alla pubblica accusa in termini di «alternatività». E ciò in quanto «non può invero consentirsi all'organo dell'accusa, nell'investire della decisione sulla stessa azione cautelare diversi giudici, di perseguire l'abnorme risultato di un duplice, identico, titolo, l'uno "a sorpresa" e immediatamente esecutivo, l'altro disposto all'esito di contraddittorio camerale e del quale resta sospesa l'esecutività fino alla decisione definitiva».

Nel fare tali affermazioni il Supremo Collegio non ha mancato di ribadire espressamente che gli elementi probatori "nuovi" sono tanto quelli preesistenti quanto quelli sopravvenuti, chiarendo che la soluzione interpretativa adottata non muta nell'ipotesi in cui la loro acquisizione sia successiva al provvedimento del giudice di prime cure ovvero alla stessa proposizione dell'impugnazione. Ciò che conta è che l'appello cautelare sia pendente nel momento in cui viene nuovamente esercitata l'azione cautelare e che dunque sia concretamente accessibile al pubblico ministero l'opzione del riversamento in tale giudizio dei *nova*.

Successivamente alla sentenza Donelli è intervenuta, come accennato, Sez. U, n. 24655 del 28/06/2005, dep. 28/09/2005, P.G. in proc. Donati, Rv 231800, la quale ha affermato il seguente principio: «Non può essere nuovamente promossa l'azione penale per un fatto e contro una persona per i quali un processo già sia pendente (anche se in fase o grado diversi) nella stessa sede giudiziaria e su iniziativa del medesimo ufficio del p.m., di talché nel procedimento eventualmente duplicato dev'essere disposta l'archiviazione oppure, se l'azione sia stata esercitata, dev'essere rilevata con sentenza la relativa causa di improcedibilità. La non procedibilità consegue alla preclusione determinata dalla consumazione del potere già esercitato dal p.m., ma riguarda solo le situazioni di litispendenza relative a procedimenti pendenti avanti a giudici egualmente competenti e non produttive di una stasi del rapporto processuale, come tali non regolate dalle disposizioni sui conflitti positivi di competenza, che restano invece applicabili alle ipotesi di duplicazione del processo innanzi a giudici di diverse sedi giudiziarie, uno dei quali è incompetente» (principio questo consolidatosi nella giurisprudenza successiva: v. *ex multis* Sez. 4, n. 25640 del 21/05/2008 dep. 24/06/2008, P.M. in proc. Marel-la, Rv. 240783).



La sentenza Donati ha in sostanza consolidato – con opportune precisazioni – un orientamento sviluppatosi in tempi recenti nella giurisprudenza della Corte (ed emerso per la prima volta in Sez. 5, n. 1919 del 10/07/1995, dep. 02/10/1995, imp. Pandolfo, Rv. 202653), teso a far emergere la forza espansiva del principio del divieto di *bis in idem* contenuto nell'art. 649 cod. proc. pen. Sulla scorta della *ratio* sottesa alla disciplina dei conflitti positivi di competenza e dei contrasti positivi tra uffici del pubblico ministero, tale orientamento, trascendendo il dato testuale della norma citata, ha esteso la portata della preclusione alla duplicazione di processi aventi ad oggetto il medesimo fatto anche all'ipotesi in cui il primo esercizio dell'azione penale non sia ancora esitato in una pronuncia irrevocabile. Orientamento che ha poi trovato l'indiretto avallo del giudice delle leggi, il quale in diverse occasioni – pur non affrontando *ex professo* la questione – ha dimostrato di accogliere un'accezione del principio del *ne bis in idem* più ampia di quella apparentemente contenuta nella norma processuale menzionata e tale da impedire l'eventualità di processi simultanei (in questo senso Corte cost., sent. n. 27 del 1995; ord. n. 318 del 2001; ord. n. 39 del 2002).

Nell'aderire a questa opzione interpretava la sentenza Donati (chiamata a decidere il ricorso avverso una sentenza predibattimentale di proscioglimento per l'improcedibilità dell'azione esercitata negli esatti termini soggettivi ed oggettivi che caratterizzavano altra regiudicanda pendente in grado di appello) sottolinea innanzi tutto la doppia anima del citato art. 649: presidio del principio di ordine pubblico processuale funzionale alla certezza delle situazioni giuridiche accertate da una decisione irrevocabile ed altresì – e soprattutto – regola costitutiva di un diritto civile e politico dell'individuo a tutela dell'interesse della persona, già giudicata, a non essere nuovamente perseguita per lo stesso fatto.

In secondo luogo il Supremo Collegio osserva come il ricorso alle regole dettate in materia di conflitto, tese fino a ricomprendere nella fattispecie di litispendenza anche le situazioni di continenza tra procedimenti, può essere condiviso nel caso di cognizione dell'identica regiudicanda in differenti sedi giudiziarie, ma non nell'ipotesi in cui la duplicazione dei processi si consumi all'interno della medesima sede (ancorché non nello stesso ufficio giudiziario, talché rileva in tal senso anche la doppia pendenza in fasi o gradi diversi), non interferendo con tale fattispecie le questioni di competenza che la disciplina dei conflitti intende per l'appunto regolamentare. Peraltro nemmeno la disciplina dei conflitti impropri è rilevante nel secondo caso per la Corte, prospettandosi come ipotesi di litispendenza non idonea a determinare quella situazione di stallo dell'attività processuale alla cui soluzione è finalizzata la norma di cui al comma 2 dell'art. 28 cod. proc. pen. secondo l'oramai consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità.

In definitiva la sentenza Donati afferma l'esistenza di una lacuna nella disciplina positiva del processo, tanto più evidente se l'ordinamento processuale penale viene posto a confronto con quello civile, dove l'art. 39 cod. proc. civ. provvede invece espressamente a regolamentare l'ipotesi della litispendenza a prescindere dai profili di competenza, ricorrendo ad una regola che le Sezioni Unite ritengono peraltro non importabile nella disciplina del rito penale dove proprio all'accertamento della competenza viene assegnato un carattere assolutamente pregiudiziale in attuazione del principio costituzionale del giudice naturale.

Una volta scartata la praticabilità dell'espedito della sospensione del processo sopravvenuto (attesa la tassatività del disposto dall'art. 3 cod. proc. pen.), la soluzione alla menzionata lacuna deve essere ricercata per il Supremo Collegio proprio attraverso l'art. 649 cod. proc.

pen. Non tanto estendendo l'operatività di tale articolo anche al caso in cui non si sia già formato un giudicato (operazione impedita dagli inequivocabili limiti esegetici della norma), individuandolo come la "fonte" del principio del *ne bis in idem*, quanto, piuttosto, realizzando che lo stesso contiene una mera manifestazione dello stesso principio, al quale deve essere riconosciuto un carattere più generale, permeando esso l'intero ordinamento quale antidoto a comportamenti anomali di "abuso del processo", come del resto proprio il già menzionato art. 28 del codice di rito ben proverebbe. E pertanto se il divieto di *bis in idem* costituisce un principio generale dell'ordinamento, allo stesso deve guardarsi, ai sensi dell'art. 12 delle Preleggi, per colmare l'individuata lacuna normativa.

La Corte ricorda poi come «la matrice del divieto del *bis in idem* deve essere identificata nella categoria della preclusione processuale», istituto attinente all'ordine pubblico processuale e coesistente alla stessa nozione di processo come sequenza ordinata di atti coordinati fra loro, ciascuno dei quali condizionato da quelli che lo hanno preceduto e condizionante quelli successivi secondo precise interrelazioni funzionali.

La preclusione, sottolinea inoltre la sentenza, si risolve nell'impedimento dell'esercizio di un potere altrimenti attribuito ai soggetti del processo, risultato che può essere determinato da diverse cause, una delle quali è per l'appunto il pregresso esercizio dello stesso potere, nel qual caso essa deve intendersi come naturale conseguenza della consumazione di quest'ultimo. Ed in tal senso, dunque, deve ritenersi precluso l'esercizio dell'azione penale già esercitata per il medesimo fatto da parte del medesimo ufficio, che ha già "consumato" il suo potere di azione, senza che possa ritenersi tale lettura in contrasto con il principio di obbligatorietà di cui all'art. 112 Cost. (essendo la non reiterabilità dell'azione - salvo i casi espressamente disciplinati dalla legge - conseguenza della sua irretrattabilità) e nella consapevolezza che la stessa è anzi effettivamente attuativa dei principi del giusto processo sanciti dall'art. 111 della Carta fondamentale.

Né, secondo la Corte, lo sdoppiamento del processo si sottrae alla regola del *ne bis in idem* per il solo motivo che l'esercizio dell'azione penale sia stato rinnovato per porre riparo a nullità assolute ed insanabili verificatisi nel primo procedimento. E ciò in quanto «una simile situazione deve trovare soluzione con l'applicazione delle regole che governano l'ordinaria dinamica processuale e non già con l'attribuzione al pubblico ministero della libertà di replicare, a sua scelta insindacabile, l'esercizio dell'azione penale», eventualmente rinnovabile solo a seguito della dichiarazione della suddetta nullità.

Il Supremo Collegio puntualizza infine come la preclusione-consumazione paralizza non solo la promovibilità dell'azione, ma altresì il potere di *ius dicere* del giudice del medesimo ufficio investito precedentemente della cognizione sull'identica regiudicanda.

A conferma delle conclusioni assunte la sentenza Donati passa conclusivamente in rassegna gli arresti giurisprudenziali che hanno scandito l'utilizzazione dello schema della preclusione e tra questi, oltre alle pronunzie che hanno teorizzato il giudicato cautelare, menziona proprio la citata sentenza Donelli, riportando un ampio stralcio della sua motivazione.

5. Ad avviso del Collegio, per cogliere con esattezza i limiti di operatività del c.d. giudicato cautelare, in relazione anche alle implicazioni realmente derivanti dalle sentenze Donelli e Donati, è indispensabile partire dalla considerazione che la relativa problematica è inscindibile dal tema - di cui è in qualche modo una diramazione - del c.d. giudicato cautelare. È

dunque su quest'ultimo che va focalizzata ora l'attenzione.

Come noto, le condizioni e i limiti di operatività nell'incidente cautelare dei principi fissati dagli artt. 648 e 649 cod. proc. pen. sono stati via via affermati e precisati da una serie di pronunzie delle Sezioni Unite (Sez. U, n. 11 del 01/07/1992, dep. 10/09/1992, imp. Grazioso, Rv. 191183; Sez. U, n. 14 del 18/06/1993, dep. 21/07/1993, imp. Dell'Omo, Rv. 194312; Sez. U, n. 20 del 12/10/1993, dep. 08/11/1993, imp. Durante, Rv. 195354; Sez. U, n. 26 del 12/11/1993, dep. 27/01/1994, imp. Galluccio, Rv. 195806; Sez. U, n. 11 del 08/07/1994, dep. 28/07/1994, imp. Buffa, Rv. 198211-213; Sez. U, n. 2 del 15/01/1999, dep. 31/03/1999, imp. Liddi, Rv. 212807; Sez. U, n. 14 del 31/05/2000, dep. 23/06/2000, imp. Piscopo, Rv. 216261; Sez. U, n. 18339 del 31/03/2004, dep. 20/04/2004, imp. Donelli, Rv. 227359; Sez. U, n. 29952 del 24/05/2004, dep. 09/07/2004, C. fall. in proc. Romagnoli, Rv. 228117; Sez. U, n. 14535 del 19/12/2006, dep. 10/04/2007, imp. Librato, Rv. 235908), alla luce della cui complessiva elaborazione il c.d. "giudicato cautelare" va inteso come una preclusione endoprocessuale operante esclusivamente allo stato degli atti e con riguardo soltanto alle questioni esplicitamente o implicitamente dedotte.

In tal senso la giurisprudenza di legittimità riconosce che le decisioni assunte a seguito delle impugnazioni cautelari, «in quanto accertamenti interni al procedimento *de libertate*, assumano un'efficacia preclusiva, che vincola il giudice e le parti ad assumere per definite le questioni effettivamente esaminate» (così espressamente la sentenza Piscopo cit.), fermo restando che tale preclusione non può essere *tout court* assimilata a quella conseguente all'assunzione dell'autorità di cosa giudicata dei provvedimenti irrevocabili del giudizio principale di cognizione, e ciò in ragione della naturale instabilità di quelli adottati nell'incidente cautelare, riflesso dell'esigenza, espressamente sancita dalle disposizioni del codice di rito, del costante adeguamento dell'intervento cautelare all'eventuale evoluzione dei presupposti di fatto che legittimano la restrizione della libertà.

La preclusione del giudicato cautelare, dunque, opera esclusivamente *rebus sic stantibus*, e cioè solo in caso di sostanziale immutazione della situazione presupposta, e solo in riferimento alle questioni dedotte e non anche a quelle deducibili (ma non dedotte).

Coerentemente a tale impostazione, questa Corte ha anche chiarito che la preclusione del giudicato cautelare attiene propriamente alle singole questioni, potendo in particolare il procedimento cautelare essere sempre attivato dall'interessato (in questo senso oltre alle già citate sentenze Piscopo e Romagnoli delle Sezioni Unite, può richiamarsi *ex multis* soprattutto Sez. 5, n. 40281 del 19/10/2005, dep. 08/11/2005, imp. Notdurfter, Rv. 232798), attraverso l'istituto della revoca *ex art. 299* cod. proc. pen., inteso come strumento teso a consentire non solo la valutazione *ex ante* delle condizioni di applicabilità delle misure, ma altresì quella *ex post* della persistenza delle medesime condizioni, nell'ottica (già evidenziata) di garantire la costante corrispondenza dello *status libertatis* dell'imputato all'effettiva attualità dei presupposti edittali, probatori o cautelari che legittimano l'adozione delle misure. Conseguentemente il giudice adito con la richiesta di revoca, o con la successiva impugnazione di una decisione di diniego della revoca, può limitarsi, per la giurisprudenza dominante, a richiamare le decisioni conclusive di precedenti procedure *de libertate*, qualora rilevi la riproposizione di questioni già valutate in precedenza, ma è sempre tenuto ad accertare d'ufficio la sussistenza di ragioni, pur diverse da quelle prospettate dall'interessato, indicative dell'insussistenza dei presupposti della misura (v. soprattutto le sentenze Piscopo e Romagnoli citt.

e Sez. 5, n. 28437 del 10/06/2004, dep. 24/06/2004, imp. Artale, Rv. 228897, la quale ha sottolineato come in tal senso quella del giudicato cautelare non può intendersi come una preclusione in senso proprio con riguardo al procedimento di revoca, ancorché il giudice investito della relativa istanza non possa contraddire le decisioni già assunte in una precedente impugnazione *de libertate* in assenza di sopravvenienze o di prospettazioni non già dedotte in precedenza).

La riconduzione del problema degli effetti delle pronunce sui provvedimenti cautelari alla categoria, non del "giudicato" in senso proprio (evocante una situazione di immutabilità e definitività, ritenuta, come detto, incompatibile con la natura contingente dei provvedimenti cautelari), ma della (mera) preclusione processuale (mirante ad impedire ulteriori interventi giudiziari in assenza di un mutamento del quadro procedimentale di riferimento), ha comportato anche la conseguenza che tale «effetto preclusivo viene ad essere determinato solo dall'esistenza di un provvedimento decisivo non più impugnabile», in riferimento al quale siano stati cioè esauriti i previsti mezzi di impugnazione, «e non anche nell'ipotesi della mancata attivazione degli strumenti processuali di controllo» (così espressamente la sentenza Romagnoli cit., che sulla base di queste premesse ha cristallizzato il principio, già affermato dalla sentenza Buffa, per cui «la mancata tempestiva proposizione, da parte dell'interessato, della richiesta di riesame avverso il provvedimento applicativo di una misura cautelare reale non ne preclude la revoca per la mancanza delle condizioni di applicabilità, neanche in assenza di fatti sopravvenuti»). Sulla stessa linea la sentenza Buffa cit., escludendo la natura impugnatoria dell'istanza di revoca *ex art.* 299 cod. proc. pen., ha affermato che la sua presentazione non preclude la successiva proposizione dell'istanza di riesame.

La categoria della preclusione processuale è stata in alcune pronunzie espressamente elaborata con riferimento, più che al generale principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 649 cod. proc. pen. (cui più esplicitamente si richiamano le più risalenti pronunzie, anche delle Sezioni Unite), alla preclusione disciplinata dall'art. 666, comma 2, cod. proc. pen., per il procedimento di esecuzione. In tal senso, ad esempio, Sez. 2, n. 4042 del 28/09/1999, dep. 05/11/1999, Cieri, Rv. 214578, anticipando i contenuti poi ribaditi dalla sentenza Romagnoli, ha affermato che, nel caso di istanza di revoca della misura avanzata dall'interessato, è imposto al giudice il dovere di esaminare qualsiasi elemento e questione attinente alla legittimità del mantenimento della misura, con l'unica preclusione derivante dalla circostanza che il controllo delle condizioni di applicabilità sia stato già in concreto effettuato. Per la sentenza Cieri, infatti, la precedente decisione, anche se priva dell'effetto del giudicato, non può che produrre nei confronti delle parti interessate un'efficacia analoga a quella prevista dall'art. 666, comma 2, cod. proc. pen. (secondo cui è inammissibile la proposta di incidente di esecuzione consistente nella mera riproposizione di una richiesta già rigettata basata sui medesimi elementi), che pone un principio di carattere generale (applicabile anche al di fuori del procedimento di esecuzione per cui è dettato), preclusivo, allo stato degli atti, di una nuova pronuncia giurisdizionale in ordine alle questioni già trattate (negli stessi termini, soprattutto con riguardo al richiamo all'art. 666, da ultima si veda Sez. 3, n. 14236 del 21/02/2008, dep. 04/04/2008, imp. Vinciullo, Rv. 239661).

La disciplina del menzionato art. 666 si muove senza dubbio nell'ambito di esigenze comuni allo stesso principio del *ne bis in idem* (in questo senso *ex multis* e da ultima Sez. 1, n. 3736 del 15/01/2009, dep. 27/01/2009, P.M. in proc. Anello, Rv. 242533), ma il profilo spe-

cificamente valorizzato non è quello della garanzia della stabilità ed immutabilità della decisione divenuta definitiva, ma quello della tutela dell'economia processuale attraverso la prevenzione della formazione di contrasti tra decisioni e della strumentalizzazione delle forme processuali (in questo senso tra le altre la sentenza Romagnoli cit. e la sentenza Librato cit., che sottolinea come in assenza di preclusione risulterebbe vanificata la previsione legislativa dei termini per impugnare i provvedimenti cautelari).

Il parallelismo tra giudicato cautelare e giudicato esecutivo (fondato sull'inidoneità dei provvedimenti adottati nei relativi procedimenti a costituire un vero e proprio giudicato ai sensi dell'art. 648 cod. proc. pen.) è stato di recente evocato, sebbene ad altri fini, anche da Sez. Un. 18288 del 21/01/2010, dep. 13/05/2010, P.G. in proc. Beschi, Rv. 246651, la quale ha affermato che l'elemento di novità idoneo a superare la preclusione determinata dalla decisione non più impugnabile assunta nei suddetti procedimenti può essere costituito anche dal mutamento giurisprudenziale segnato da un intervento delle Sezioni Unite.

Circa in particolare gli effetti del giudicato cautelare sul potere d'iniziativa del pubblico ministero è oramai consolidato in giurisprudenza l'orientamento per cui l'ulteriore esercizio dell'azione cautelare per lo stesso fatto, ed immutato lo stato degli atti, è precluso dalla caducazione del precedente provvedimento cautelare per ragioni non formali e cioè da una decisione negativa sui presupposti applicativi della misura assunta all'esito dei giudizi incidentali di impugnazione (per tutte si vedano le sentenze Grazioso e Durante cit.).

Quanto all'immutazione dello stato degli atti, che legittima invece la reiterazione dell'iniziativa cautelare (con le limitazioni previste dall'art. 297 cod. proc. pen. in ordine alla durata della custodia cautelare), la Corte ha precisato che la stessa può essere determinata anche da sviluppi investigativi relativi a circostanze maturate prima della deliberazione del giudice del gravame (così Sez. 6, n. 4112 del 30/11/2006, dep. 01/02/2007, imp. Di Silvestro, Rv. 235610).

6. Tirando ora le fila dal lungo discorso che precede, può osservarsi che se, da un lato, appaiono senza dubbio stringenti e pienamente condivisibili le argomentazioni della sentenza Donati circa l'immanenza nell'ordinamento processualpenalistico di un generale principio di preclusione, di cui la regola dell'art. 649 cod. proc. pen. è solo una particolare pregnante espressione, e che opera quindi anche in altri ambiti procedurali, dall'altro è intuitivo che ai caratteri e meccanismi di tali ambiti esso si adegui nell'esplicazione dei propri effetti. Per quanto concerne in particolare il procedimento cautelare, lo stesso ha insita nella propria *ratio* - come si è già avuto modo di ricordare - la natura contingente dei provvedimenti e la necessità del loro tendenziale adeguamento al mutare delle situazioni. Ciò è evidente, e di forte significato garantistico, per le tutele poste a presidio dell'indagato, attivabili e reiterabili con grande facilità e adottabili in vari casi anche d'ufficio. Ma vale, seppure in termini non sovrapponibili, anche dalla parte dell'accusa.

Ne consegue che l'«*idem*» il cui «*bis*» è precluso non può concretarsi ed esaurirsi, in ambito cautelare, come avviene invece nel processo cognitivo, nella mera identità del fatto (per la cui precisa nozione v. in particolare la sentenza Donati cit.), ma ricomprende necessariamente anche l'identità degli elementi posti (e valutati) a sostegno o a confutazione di esso e della sua rilevanza cautelare. Tale conclusione, pacificamente accolta, come si è visto, per la determinazione dei limiti del giudicato cautelare, non può non valere simmetricamente, per

comunanza di *ratio*, anche in tema di giudicando cautelare. Sarebbe, invero, oltremodo illogico, e contrario alle esigenze di tempestività tipiche del settore in discorso, negare, a causa di una pendenza in atto, l'immediato utilizzo dei *nova* utili a sostenere una determinata posizione, rinviandolo *ex lege* alla cessazione di quella pendenza. È del resto prassi corrente, della cui legittimità non si dubita, la proposizione, da parte dell'indagato, di istanze di revoca o sostituzione della misura, purché basate su elementi nuovi, mentre è in corso, non importa in quale fase, un procedimento cautelare relativo alla stessa contestazione; con quanto poi ne può conseguire, in termini di interesse, sulla sorte di quest'ultimo.

La soluzione non può essere diversa quando i *nova* siano fatti valere dal pubblico ministero. Le esigenze di una pronta tutela della collettività, costituenti il *pendant* di quelle che presidiano il *favor libertatis*, sono parimenti incompatibili con improprie e inutili dilazioni, quali quelle che deriverebbero da intralci di tipo procedurale, a volte anche di lunga durata, e magari non nella disponibilità dell'accusa.

Le situazioni che si possono presentare nella realtà sono evidentemente le più varie e possono condizionare le scelte concrete del p.m. e riflettersi sulle conseguenze delle medesime sulla sorte dei procedimenti. Il punto fermo è comunque che l'autonomo utilizzo dei *nova* non può essere paralizzato da una pendenza in atto sullo stesso fatto, mentre a sua volta ne determina la non riversibilità dei medesimi in essa, operando, nell'identità degli elementi adottati, il meccanismo preclusivo.

La conclusione appena illustrata si armonizza agevolmente con la sentenza Donati, che, muovendosi sul filo del processo cognitivo e dovendo risolvere un problema ad esso specificamente pertinente, è sì risalita a un principio generale che lo trascende ma ne ha lasciato impregiudicata la definizione di limiti e modalità operative in altri ambiti procedurali e, in particolare, in riferimento al settore cautelare.

La conclusione stessa è anche conforme, malgrado qualche ingannevole apparenza, all'effettivo tenore della sentenza Donelli.

Quest'ultima, come si è sopra ricordato, chiamata a esaminare una fattispecie in cui erano stati, in sede di appello cautelare del p.m., prodotti dal medesimo e concretamente utilizzati elementi probatori sopravvenuti all'adozione del provvedimento impugnato, reiettivo della richiesta di misura, ritenne legittima la situazione descritta, e si fece carico degli inconvenienti cui tale soluzione poteva dar luogo, superando in particolare l'obiezione - collegata alla possibilità che lo stesso pubblico ministero potesse contemporaneamente decidere di ricominciare l'azione cautelare richiedendo al g.i.p. l'emissione di una nuova misura cautelare fondata sugli stessi elementi riversati nel giudizio d'appello - del duplice rischio di un potenziale contrasto di decisioni e della potenziale concorrenza di due titoli cautelari dall'identico contenuto, con il rilievo che le diverse opzioni assegnate alla pubblica accusa si ponevano in rapporto non di concorrenza ma di «alternatività». Il riferimento a tale concetto, letto in correlazione alla fattispecie concreta esaminata e alla puntualizzazione che "nuovi", ai fini in discussione, erano tutti gli elementi comunque non dedotti, indipendentemente dal momento della loro emersione, fosse anche posteriore alla stessa proposizione dell'impugnazione, rende chiaro che per la decisione in esame - al di là della sintetica formulazione del relativo principio di diritto dalla stessa enucleato - il p.m. resta libero di scegliere il "veicolo" in cui utilizzare i *nova* ai fini del perseguimento del suo obiettivo, ma che, una volta operata la scelta, non può più, per lo stesso utilizzo, fare ricorso al veicolo alternativo (con quanto di con-

sequenza, in termini di preclusione, sul suo avvio o prosieguo), scongiurandosi così anche il rischio del conseguimento di un duplice titolo per lo stesso fatto e sulla base degli stessi elementi.

In tale chiarita ottica interpretativa la relazione di preclusione posta dalla sentenza Donelli rivela il suo genuino carattere biunivoco, riassumibile nel brocardo *electa una via non datur recursus ad alteram*, e può ritenersi coerentemente estensibile a qualsiasi ipotesi di impugnazione incidentale *de libertate*, ivi comprese quelle introdotte dall'indagato, tra cui in particolare il riesame (nell'ambito del quale è ormai pacifico che anche il pubblico ministero può introdurre gli elementi di prova a carico sopravvenuti all'applicazione della misura cautelare: v. *ex multis* Sez. 1, n. 6165 del 29/11/1995, dep. 27/12/1995, imp. Biasioli, Rv. 203164; Sez. 1, n. 4689 del 06/07/1999, dep. 13/09/1999, imp. Piroddi, Rv. 214095; Sez. 4, n. 15082 del 24/02/2010, dep. 19/04/2010, P.M. in proc. Testini, Rv. 247023).

[*omissis*]

PAOLA MAGGIO

Ricercatore di Procedura penale - Università di Palermo

## Con la “litispendenza cautelare” le Sezioni Unite intervengono sul catalogo delle preclusioni alle iniziative del pubblico ministero

### With “precautionary litispendenza” the joined sections intervene in the index of exclusions at the initiative of the Public Prosecutor

(Peer reviewers: Prof. Novella Galantini, Prof. Sergio Lorusso)

Il “giudicando” cautelare rappresenta l’ultima tappa di un percorso giurisprudenziale mirato a garantire la stabilità dell’accertamento in materia *de libertate* e a evitare il sovrapporsi di iniziative e di rimedi. Per contenere la “duplicazione” di istanze ai danni dell’imputato, le Sezioni Unite affiancano all’oramai invalsa nozione di “giudicato cautelare” il concetto di litispendenza, i cui effetti dovrebbero frapporre un ostacolo alle richieste cautelari dell’accusa fondate su nuovi elementi, nella contestuale proposizione di ulteriori rimedi processuali. Il percorso seguito lascia scorgere nitidamente l’obiettivo di ricondurre entro binari prefissati gli sviluppi cautelari ed evitare forme di “abuso”, coinvolgendo i tradizionali assetti sistematici e l’ontologica fluidità delle vicende *de libertate*.

*Precautionary “judging” represents the final phase of the judicial process and guarantees the strength of the assessment while preventing the possibility that initiatives and solutions could overlap. To contain the “duplication” of motions against the accused, the joined sections flank the now firmly established notion of “precautionary judgment”, the concept of “litispendenza”. The effects of which aspire to interpose an obstacle upon any precautionary requests made by the prosecution that are founded upon new elements, in the contextual statements of additional procedural solutions. These procedures will make plain the objective of keeping precautionary developments on a clearly established track within firm guidelines to avoid various forms of “abuse” while involving systematic structures and the ontological fluidity of events for proving liberty.*



## Il “giudicando cautelare”: antidoto alle reiterate richieste dell'accusa nella sovradimensionata fase cautelare?

Per ben comprendere i termini della questione affrontata e risolta dalla Corte è opportuno premettere che essa si inserisce in una dimensione, quella cautelare, che è oramai divenuta “epicentro” procedimentale, luogo privilegiato in cui accusa e difesa manifestano le principali *chance*, momento in cui si predeterminano le linee del giudizio di merito e cui si affida, infine, il compito di anticipare gli scopi propri del processo<sup>1</sup>.

La frequente ineffettività dell'obiettivo sanzionatorio finale, lascia spesso scorgere, *a parte accusationis*, una tentazione al ricorso massivo alle misure cautelari, chieste e reclamate in diverse sedi, anche reiteratamente<sup>2</sup>. Sul fronte difensivo, d'altronde, il sistema tripartito di “impugnazioni” cautelari disegnato dagli artt. 309, 310, 311 c.p.p., combinato ai meccanismi di verifica *in itinere* delle misure, si presta a registrare istanze e rimedi proposti successivamente e, qualche volta, anche meccanicamente.

Questo stato di cose ha indotto addirittura a ravvisare un rovesciamento sistematico dei rapporti fra la fase incidentale e la verifica processuale<sup>3</sup>; in tale contesto, le patologie correlate al “fattore tempo” fanno sì che l'“irragionevole durata” del momento cautelare proietti ombre lunghe sulla verifica di merito, e allo stesso modo che meccanismi

preclusivi, artatamente diretti a inibire eccessi, fungano da antidoti verso anomalie comportamentali degli attori processuali.

Il sempre maggiore rilievo attribuito ai concetti di giudicato – e ora anche di litispendenza – nel corso dell'incidente cautelare può dunque esser meglio compreso laddove ai medesimi si assegni tacitamente il valore di presidi regolatori delle iniziative delle parti, al di là e ben oltre quelli che sono i contenuti dogmaticamente ascrivibili ai concetti stessi.

## La posizione delle Sezioni Unite

Una volta chiarito lo sfondo, meglio si coglie l'intenzione, palesata dalla Suprema Corte, di risolvere il contrasto interpretativo prospettato ancorandosi ai principi enunciati nei due precedenti che, da un lato, hanno affermato la portata e i limiti della litispendenza<sup>4</sup> e, dall'altro lato, hanno meglio definito il carattere devolutivo dell'appello cautelare su iniziativa del pubblico ministero<sup>5</sup>.

La lettura combinata delle suddette enunciazioni offre infatti alla Cassazione, in una linea di continuità, sicuri ausili e al contempo soddisfa l'esigenza di stabilità e certezza all'accertamento cautelare, seppure con le peculiarità riferibili alla mutevolezza e alla fluidità proprie di questo tipo di verifica.

Il punto di partenza è una delle “patologie involutive”<sup>6</sup> delle quali odiernamente soffre

<sup>1</sup> Un quadro della situazione è offerto da Scalfati, *La procedura penale, la retroguardia autoritaria e la compulsione riformista*, *Dir. pen. proc.*, 2009, 938 ss.

<sup>2</sup> Si pensi inoltre alle interferenze tra i temi del giudicato e delle contestazioni a catena: Cass., sez. un., 23 aprile 2009, n. 20780, *Cass. pen.*, 2010, con nota di Ludovici, *L'impatto del giudicato sul computo dei termini cautelari: si stringe ancora il campo applicativo dell'art. 297 comma 3 c.p.p.*, *Cass. pen.*, 2010, 493.

<sup>3</sup> Iacoviello, *Procedimento penale principale e procedimenti incidentali. Dal principio della minima interferenza al principio di preclusione*, *Cass. pen.*, 2008, 2190 ss.

<sup>4</sup> Cass., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, *Cass. pen.*, 2006, 239.

<sup>5</sup> Cass., sez. un., 31 marzo 2004, n. 18339, *Cass. pen.*, 2004, 2746.

<sup>6</sup> Secondo Spangher, *Evoluzione ed involuzione del sistema cautelare*, Corso-Peroni (a cura di), *Studi in onore di M. Pisanì*, *Riv. dir. processuale pen.*, I, Piacenza, 2010, spec., 807: il pubblico ministero, dopo il rigetto di una misura cau-

il sistema cautelare racchiuso nel libro IV del codice di rito, ovvero il rafforzamento del potere di iniziativa del rappresentante dell'accusa, che, nei risvolti concreti della vicenda, avevano fatto registrare, in pendenza di un'impugnazione cautelare (il riesame a seguito di annullamento con rinvio), una seconda iniziativa del pubblico ministero, *de eadem re ac persona*, sulla base di elementi "nuovi", suscettibili di considerazione anche nel giudizio incidentale.

La scelta delle Cassazione sembra netta: il limite frapposto all'iniziativa cautelare del pubblico ministero nell'utilizzo dei cosiddetti *nova*, preesistenti o sopravvenuti, deve intendersi nel senso che il medesimo possa scegliere se farli valere nel procedimento impugnatorio instaurato, ovvero porli alla base di una nuova istanza cautelare; tuttavia, *electa una via*, gli verrebbe formalmente preclusa la possibilità di coltivare l'altra.

Si fa così richiamo a una preclusione, derivante dalla situazione di "litispendenza cautelare". Tale concetto, di matrice civilistica e di difficile esportazione nel processo penale<sup>7</sup>, è stato riferito alla situazione patologica in cui si reiterano procedimenti ai danni di un soggetto e pregiudicano i diritti del cittadino<sup>8</sup>. Usualmente esso viene associato alle ipotesi di contestuale attivazione di due giudici differenti con riguardo allo stesso fatto, composte secondo il modello dei conflitti di competenza *ex art. 28 c.p.p.*

Più di recente, tuttavia, tentativi di estensione analogica dell'efficacia preclusiva del

giudicato penale, *ex art. 649 c.p.p.*, hanno sfruttato la litispendenza per potenziare l'operare di meccanismi inibitori, idonei a produrre effetti negativi sin dall'atto di esercizio dell'azione penale<sup>9</sup>.

Proprio da questo precedente - unitamente a un'altra decisione relativa agli effetti del "giudicato" nel giudizio di appello cautelare<sup>10</sup> - il percorso delle Sezioni Unite trae ampia linfa argomentativa, pur non riuscendo a plasmare del tutto il tenore dei richiamati principi per adattarli alla specifica questione affrontata in questa sede.

Si fa memoria anzitutto della possibilità per il pubblico ministero di coltivare l'iniziativa cautelare nei confronti dello stesso indagato e per il medesimo fatto, nelle more della decisione sul suo appello contro l'ordinanza reiettiva della richiesta di misura personale, mediante l'allegazione di elementi probatori nuovi, ritenendo preclusa al giudice la possibilità di decidere in merito alla medesima domanda cautelare<sup>11</sup>. Un'enunciazione, questa, che ha riferito specificamente gli effetti del "giudicato cautelare" alle iniziative del rappresentante dell'accusa che intenda portare avanti richieste molteplici e successive, delineando altresì gli ambiti cognitivi del giudizio di appello cautelare rispetto ai *nova*.

In tale *decisum* la regola dell'alternatività, imposta dal Supremo consesso all'ufficio dell'accusa, derivava dalla volontà di inibire una superfetazione di domande cautelari nei confronti della stessa persona per un identi-

telare e in pendenza dell'appello, sceglie strategicamente di formulare una nuova richiesta basata su *nova*, anziché prospettare gli elementi suddetti dinanzi al tribunale della libertà, ove opererebbe pienamente l'effetto sospensivo.

<sup>7</sup> Si vedano le classiche riflessioni di Foschini, *La litispendenza nel processo penale*, Riv. it. dir. e proc. pen., 1965, 19; il concetto è analizzato da Ruggeri, *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, Milano, 2004, 306.

<sup>8</sup> Lozzi, *Preclusioni (Dir. proc. pen.)*, Enc. giur., XXIII, Roma, 1990, 4.

<sup>9</sup> Cass., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, cit., 239.

<sup>10</sup> Cass., sez. un., 31 marzo 2004, n. 18339, cit., 2746. La continuità prospettica è sottolineata da Conti, *Harmonized precedents: le sezioni unite tornano sul principio di preclusione*, Dir. pen. proc., 2011, 698.

<sup>11</sup> Cass., sez. un., 31 marzo 2004, n. 18339, cit. 2746.

co fatto ed era direttamente correlata al potere di azione del pubblico ministero, cui si rimetteva in definitiva la scelta tra l'una e l'altra soluzione. La preclusione conseguiva dunque all'esercizio del potere ad opera dello stesso titolare, e l'alternatività della scelta cautelare inibiva al giudice destinatario della seconda richiesta di decidere sin tanto che non fosse intervenuta la decisione dell'appello *ex art. 310 c.p.p.*, instaurando un delicato meccanismo sospensivo della nuova azione, in attesa della definizione del precedente procedimento cautelare.

Nella questione odiernamente affrontata dalle Sezioni Unite, la consumazione del potere di domanda cautelare – e dunque il maturare della preclusione – costituisce invece l'effetto di un giudicando *in fieri*, la cui formazione consegue all'attivazione del gravame da parte dell'imputato o del suo difensore. A ben vedere, dunque, il limite al potere dell'organo d'accusa deriva nella specie da un'iniziativa – l'impugnazione cautelare – coltivata dalla controparte processuale (riesame e conseguente annullamento con rinvio), mentre a rigore il concetto tradizionale di preclusione, come ammesso dalla stessa sentenza, dovrebbe riferirsi al "consumo" del potere a seguito del corretto esercizio del medesimo potere da parte del titolare<sup>12</sup>.

Per usare una metafora semplificatrice: secondo il precedente, nella contestuale proposizione dell'appello cautelare e di un'istanza di nuova misura il pubblico ministero gioca la stessa carta su due diversi tavoli e "brucia" una mossa; per la sentenza in commento, di contro, la seconda "giocata", per così dire di

rimessa, verrà sì "bruciata", ma a seguito dell'attivazione del giudizio di riesame da parte dell'indagato.

Nelle motivazioni della Cassazione ampio spazio, come detto, è altresì dedicato all'altro precedente che ha accolto la nozione estesa di litispendenza penale<sup>13</sup>, inibente la proposizione di una nuova azione penale per uno stesso fatto e contro la medesima persona per i quali sia già avviato un processo (anche se in fase e gradi diversi) nella stessa sede giudiziaria, e su iniziativa dello stesso ufficio del pubblico ministero.

La litispendenza, così intesa, fa sorgere la necessità di archiviazione del procedimento duplicato, ovvero, ad azione penale iniziata, impone una declaratoria di improcedibilità conseguente alla "consumazione" del potere, previamente esercitato dal pubblico ministero. Con la precisazione che la designata preclusione si riferirebbe esclusivamente alle litispendenze relative a procedimenti in atto davanti a giudici egualmente competenti e non produttive di una stasi del rapporto processuale, come tali non regolate quindi dalle previsioni sui conflitti positivi di competenza<sup>14</sup>.

Situazione, questa, assai distante rispetto allo specifico quesito posto alla base della decisione in esame. Va infatti sottolineata l'ontologica differenza tra azione penale e azione cautelare, la prima soltanto suscettibile di produrre il fenomeno della litispendenza. Del pari, le finalità squisitamente endogene dei provvedimenti cautelari, destinati ad esplicare la loro efficacia strumentale nell'ambito del processo nel quale operano, rendono assai difficile ipotizzare una proiezione

<sup>12</sup> Chiovenda, *Cosa giudicata e preclusione*, Riv. it. scienze giur., 1933, 3 ss.

<sup>13</sup> Troisi, *La nozione giurisprudenziale di litispendenza penale*, Dir. pen. proc., 2006, 719.

<sup>14</sup> Cass., sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655, cit., 239. L'orientamento volto ad attribuire all'art. 649 c.p.p. contenuti più ampi rispetto a quelli derivanti dalla sua formulazione letterale era già stato espresso da Cass., sez. VI, 18 novembre 2004, n. 1892, CED Cass., n. 230760; Cass., sez. I, 30 aprile 2003, n. 24017, *ivi*, n. 225004.

degli esiti dei relativi accertamenti, al di fuori del precipuo ambito in cui essi soggettivamente ed oggettivamente rilevano<sup>15</sup>.

Emerge anche il significato profondamente alieno del giudizio cautelare rispetto all'ordinaria cognizione: quest'ultima si compone della sola base indiziario/probatoria, in presenza della quale è l'ordinamento a pretendere l'esercizio dell'azione "obbligatoria"; il primo - il giudizio cautelare - è di contro "duale", annoverando una base dimostrativa (i gravi indizi) e un quadro di esigenze cautelari del tutto mutevoli, volatili ed estemporanee, dunque insuscettibili di irrigidirsi in un giudicando che tale non può mai essere, proprio per la connotazione effimera del "periculum".

Si comprende pertanto il fatto che, malgrado la sentenza manifesti espressamente la volontà di innestare il proprio esito nell'alveo delle due precedenti decisioni delle Sezioni Unite, in realtà essa sembra discostarsene nel risultato effettivo, lasciando intravedere margini opzionali ancora estesi per il pubblico ministero, che dinnanzi agli elementi "nuovi" potrà agire senza incappare nel meccanismo della sospensione, sebbene con la consapevolezza di fondo che il loro impiego in una *sedes* cautelare paralizzerebbe l'altra iniziativa *in itinere*<sup>16</sup>.

La regola di diritto elaborata, in effetti, non esplica alcun effetto preclusivo rispetto all'introduzione da parte del pubblico ministero di una medesima domanda cautelare - purché fondata su un *novum* comunque emerso - malgrado, in relazione allo stesso fatto e allo stesso imputato, penda una identica richiesta

cautelare in una fase di gravame. Con la condizione che quello stesso "materiale" non sia già stato utilizzato per l'impugnazione.

L'unico limite preclusivo, alla fine, pare dunque attenere non tanto alla domanda, com'è proprio dei concetti richiamati di litispendenza o giudicato, quanto piuttosto all'utilizzabilità processuale del nuovo materiale istruttorio: nel senso che questi elementi potranno essere utilizzati a supporto della richiesta successiva, soltanto se non siano già prodotti nel gravame, e viceversa. Da questo punto di vista potrebbe affermarsi che le Sezioni Unite vogliano addirittura scongiurare la possibilità del verificarsi di preclusioni, dovesse insorgere *ex abrupto* un'esigenza cautelare, cosicché con l'alternativa imposta al pubblico ministero si vuole semplicemente evitare che sulla medesima situazione - trattandosi di regiudicanda fondata sul medesimo "*novum*" - si corra il rischio di pervenire a soluzioni contrastanti, formando un duplice titolo cautelare ugualmente efficace.

### I termini del peculiare contrasto

La soluzione si innesta nelle letture offerte dalla giurisprudenza di legittimità, che in realtà, più che di una vera e propria diatriba interpretativa esprimevano una difficoltà di adattamento dei principi enunciati dai richiamati precedenti delle stesse Sezioni Unite<sup>17</sup> alle più svariate ipotesi di pendenze plurime e contestuali di iniziative cautelari.

Un primo indirizzo, infatti, sottolineando il valore del principio di alternatività - già e-

<sup>15</sup> La stessa giurisprudenza ha escluso che l'effetto della preclusione processuale possa operare relativamente ai procedimenti diversi, atteso il dispiegarsi del libero convincimento per ciascun giudice: Cass., sez. I, 19 gennaio 1996, n. 6020, *CED Cass.*, 203298.

<sup>16</sup> Sulle categorie della preclusione per consumazione e della preclusione per inattività: Lozzi, *Preclusioni*, cit., 5.

<sup>17</sup> Cass., sez.un., 31 marzo 2004, n. 18339, cit., 2746 ss.

videnziato dalla decisione che precludeva al giudice investito della nuova domanda cautelare il potere di decidere in pendenza dell'appello - ne innovava i contenuti: la scelta del p.m., nelle more della decisione sull'appello proposto contro l'ordinanza reiettiva della richiesta di misura cautelare personale, di addurre elementi probatori "nuovi", già posti a base di una rinnovata domanda cautelare avanzata al g.i.p. ex art. 291 c.p.p., inibiva al giudice di appello ogni decisione, con conseguente necessità di pervenire ad una declaratoria di inammissibilità<sup>18</sup>.

Altre prospettazioni tendevano invece a differenziare la soluzione sulla base della tipologia delle sopravvenienze cautelari o probatorie, così da ritenere ammissibile, in caso di appello del p.m. avverso l'ordinanza del g.i.p., la richiesta di misura nuova, se la stessa risultasse fondata su una effettiva modifica della situazione processuale, data ad esempio da un serio pericolo di fuga<sup>19</sup>.

Nella successiva specificazione giurisprudenziale si era ritenuto che nessuna preclusione fosse ipotizzabile, nella fase successiva alla decisione adottata dal giudice d'appello, rispetto alla proposizione di una nuova domanda cautelare basata dal p.m. su elementi nuovi o assunti come tali; parimenti, nessuna preclusione poteva ravvisarsi con riferimento ad una nuova richiesta di revoca proveniente dall'indagato e basata su elementi sopravvenuti o non dedotti in precedenza, non potendosi configurare in tal caso una "scelta" tra la via dell'impugnazione di una

decisione sfavorevole e quella della presentazione di una nuova richiesta<sup>20</sup>.

Si comprende meglio, dunque, l'opzione compiuta dalla Cassazione nella sentenza in esame di tracciare la strada della «alternatività», muovendo proprio dalla «identità del fatto e della persona», che consente di superare la preclusione suddetta in presenza di elementi "nuovi".

L'identità del fatto cautelare deve cogliersi nella fluidità dell'addebito che, in questa fase, potrebbe essere profondamente diverso da quello che confluirà nell'imputazione, in quanto condizionato e condizionabile dalla motilità dei presupposti e delle condizioni di applicabilità, oltre che dall'evolversi della piattaforma indiziaria.

Allo stesso modo, merita precisazione il profilo della novità degli elementi. Nell'accezione dei *nova*, utili a superare la preclusione, la Corte fa rientrare gli «elementi comunque non dedotti, indipendentemente dal momento della loro emersione, precedente o successiva alla proposizione dell'impugnazione». Un concetto indistinto, che lascia presupporre amplissimi margini di manovra da parte del pubblico ministero, magari mediante il ricorso a nuove "questioni" o nuove "deduzioni", oltre che mediante nuove "allegazioni". E le innumerevoli sfaccettature del requisito refluiranno anche sui giudici investiti di richieste "concorrenti e parallele", ingenerando obblighi di reciproca conoscenza dei contenuti originari delle vicende cautelari, per meglio discernere i caratteri

<sup>18</sup> Cass., sez. I, 18 gennaio 2005, n. 8697, *CED Cass.*, 233272. Sulla stessa linea Cass., sez. I, 13 maggio 2010, n. 20297, *CED Cass.*, 247659, ha ritenuto inammissibile, in assenza di nuovi elementi, per la preclusione derivante dalla situazione di litispendenza che prescinde dalla formazione del cosiddetto giudicato cautelare, la richiesta di revoca della misura, il cui provvedimento applicativo sia stato già confermato dall'ordinanza di riesame impugnata con ricorso per cassazione non ancora preso in esame.

<sup>19</sup> Cass., sez. III, 11 ottobre 2005, n. 40838, *CED Cass.*, 2324769; Cass., sez. II, 16 dicembre 2004, n. 6798, *CED Cass.*, 230909.

<sup>20</sup> Cass., sez. VI, 8 maggio 2008, n., 24129, *CED Cass.*, 240530.

della novità utili a “fissare” o “rimuovere” la descritta preclusione.

Del resto la nozione di “giudicando cautelare”, ovvero sia di un provvedimento avente efficacia preclusiva prima ancora della sua formazione, si era già affacciata in talune letture giurisprudenziali<sup>21</sup> che avevano posto l'accento sul divieto di formulare istanze cautelari nuove prima che lo stesso giudicato si formi e, cioè prima che sia concluso l'itinerario di impugnazione del provvedimento applicativo, salvo che con esse si adducano elementi sopravvenuti, erano un'accezione ampia e in un'ottica di *favor*, elementi sopravvenuti, erano soprattutto le prove astrattamente significative per l'esclusione della ragionevole probabilità della responsabilità dell'indagato, a prescindere dalla valutazione in ordine alla loro concreta capacità dimostrativa<sup>22</sup>. Nella prospettiva seguita odiernamente dalle Sezioni Unite, invece, la sopravvenienza può rivelarsi anche dannosa per il soggetto sottoposto a cautela, valendo a giustificare la seconda iniziativa cautelare del pubblico ministero dinanzi ai *nova* nelle situazioni variegata che si verranno a profilare in concreto.

### Preclusioni anomale: giudicato e “giudicando” cautelare

La categoria del giudicando *in fieri*, oramai definitivamente promossa e avvalorata dalla giurisprudenza di legittimità nei termini sopra chiariti, evoca suggestioni anche sul pia-

no semantico. All'ossimoro evidente, già riscontrabile nella struttura linguistica dell'espressione “giudicato cautelare”, per la difficoltà di riferire la fissità del giudicato ad un accertamento, per sua stessa caratteristica, mutevole e progressivo, si affianca, l'utilizzo del gerundio “giudicando”, che ancor di più presuppone relazioni temporali, causali e modali cangianti, cui si correlano tuttavia, concettualmente, nei termini sopra chiariti, effetti preclusivi.

In tale seconda ipotesi è proprio l'interferenza fra la pendenza in atto di un procedimento cautelare e una nuova iniziativa, relativa allo stesso fatto, in mancanza di *nova*, a ingenerare l'effetto negativo.

Intuibili ed evidenti gli aspetti “pedagogici”<sup>23</sup>, ma la “litispendenza” appare troppo nettamente condizionata dalla provvisorietà della contestazione e dalla continua mutevolezza della vicenda *in itinere*<sup>24</sup>, lasciando presupporre il frequente superamento delle barriere mobili del giudicando *in fieri*.

Le Sezioni Unite, per giungere a quest'affermazione, interpretano estensivamente il disposto di cui all'art. 649 c.p.p. e leggono il *ne bis in idem* come un principio riferibile all'intero sistema, a fronte di esigenza di stabilità dell'accertamento<sup>25</sup>. Si conferisce così un carattere biunivoco all'identificata relazione di preclusione, riassumibile nel brocardo *electa una via non datur recursus ad alteram*, e si riferisce il “giudicando cautelare” a qualsiasi ipotesi di impugnazione incidentale *de libertate*, comprese quelle introdotte

<sup>21</sup> Cass., sez. V, 2 aprile 1998, n. 2075, *CED Cass.*, 210848.

<sup>22</sup> Cass., sez. I, 13 maggio 2010, n. 25991, *CED Cass.*, 247985.

<sup>23</sup> Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001, 395.

<sup>24</sup> Si vedano gli aspetti diffusamente analizzati da Negri, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, 46 ss.

<sup>25</sup> Secondo Gaeta, *Le esigenze di una tutela tempestiva della collettività giustificano il potere attribuito alla pubblica accusa*, *Guida dir.*, 2011, n. 15, 61, le Sezioni Unite si limitano sbrigativamente a utilizzare il precedente per ribadire la rilevanza della litispendenza e adattarla alle necessità del giudizio cautelare.

dall'indagato, tra cui in particolare il riesame<sup>26</sup>.

Sorgono sul punto le medesime perplessità già manifestate nell'accostare il "giudicato cautelare" alla più classica categoria della *res iudicata*, soprattutto con riguardo alla funzione di pacificazione sociale e di stabilità nella composizione dei conflitti, com'è noto, ispirata dallo scopo di sottrarre il cittadino dalla duplicità di intervento punitivo dello Stato, evitando, al contempo, una indefinita possibilità di riapertura dei processi<sup>27</sup>. Tale funzione stenta non poco a misurarsi con il sistema cautelare, ove le decisioni sono prese sempre allo stato degli atti<sup>28</sup> e ove dovrebbe dominare, incontrastato, il presidio costituzionale della presunzione di non colpevolezza<sup>29</sup>. D'altro canto, la garanzia di controlli successivi e i costanti sviluppi delle vicende relative alla libertà<sup>30</sup> mal si prestano a soggiacere ad argini realmente preclusivi.

Ugualmente complessi i problemi derivanti dalla usuale distinzione tra cosa giudicata formale e cosa giudicata sostanziale, ovvero sia fra l'effetto processuale che scaturisce dall'immutabilità della sentenza, non più soggetta ad impugnazione, sancito dall'art. 648 c.p.p., e l'effetto extraprocessuale che si risolve nel *ne bis in idem* e cioè nella impossi-

bilità di realizzare un nuovo giudizio per lo stesso fatto, anche se «diversamente considerato per il titolo il grado e le circostanze», come previsto dall'art. 649, comma 1, c.p.p.

Ciò consente meglio di comprendere perché la formazione di un giudicato (ora anche giudicando) *rebus sic stantibus* sui provvedimenti restrittivi della libertà personale non impugnati, nei confronti dei quali si siano esauriti i mezzi d'impugnazione proposti, ed essi stessi siano divenuti irrevocabili<sup>31</sup>, realizzi in conformità al *ne bis in idem* un effetto preclusivo per così dire *naïf*, sempre superabile dinanzi ad elementi nuovi rispetto alla situazione di fatto o di diritto su cui si basa la precedente decisione<sup>32</sup>.

Com'è noto, il giudicato non consente un secondo esame per la revocabilità del provvedimento, in assenza di un fatto nuovo<sup>33</sup> e, specularmente, non consente la riadozione del provvedimento cautelare quando nell'immutazione dello stato di fatto sia stata esclusa la sussistenza delle condizioni generali e delle circostanze di parametro, dettate dagli artt. 273 e 274 c.p.p., che giustificano l'adozione della misura<sup>34</sup>.

La preclusione copre le questioni dedotte, implicitamente od esplicitamente, ma non anche quelle deducibili, cioè copre le que-

<sup>26</sup> Sulla possibilità per il pubblico ministero di introdurre gli elementi di prova a carico, sopravvenuti all'applicazione della misura cautelare, Cass., sez. I, 29 novembre 1995, n. 6165, *CED Cass.*, 203164.

<sup>27</sup> La giurisprudenza (Cass., sez. un., 12 ottobre 1993, n. 20, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 610; Cass., sez. un., 1° luglio 1992, n. 11, *ivi*, 1992, 2990) ha ravvisato nelle esigenze di economia processuale, protese ad impedire la reiterazione di provvedimenti o di richieste di revoca illimitate, la attribuzione di una pur limitata efficacia preclusiva di natura endoprocessuale.

<sup>28</sup> Cfr., per tutti, Lorusso, *Una impropria utilizzazione del concetto di giudicato penale: il c.d. ne bis in idem cautelare*, *Cass. pen.*, 1994, 650. Sul tema altresì Pierro, *Il giudicato cautelare*, Torino, 2000, 193.

<sup>29</sup> Cfr. Riccio-Spangher, *La procedura penale*, Napoli, 2002, 260.

<sup>30</sup> Cass., sez. un., 30 gennaio 2007, n. 4614, *Foro it.*, 2007, II, 137 ss.

<sup>31</sup> In questi termini, Cass., sez. un., 12 ottobre 1993, n. 20, cit., 610; e, analogamente, Cass., sez. un., 4 luglio 1994, n. 11, *Dir. pen. proc.*, 1995, 69.

<sup>32</sup> Cfr. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2010, 445.

<sup>33</sup> In ordine al decorso del tempo, Cass., sez. V, 2 dicembre 1999, n. 5828, *Cass. pen.*, 2001, 217.

<sup>34</sup> Cass., sez. fer., 6 settembre 1990, n. 2668, *Cass. pen.*, 1991, II, 356 ss.

stioni che anche se non enunciate in modo specifico vengono a integrare il presupposto logico di quelle espressamente formulate<sup>35</sup>, e il giudice è tenuto a conformarsi alle «questioni effettivamente esaminate»<sup>36</sup>. Operando esclusivamente allo stato degli atti, essa consente poi al giudice *de libertate* di richiamare le decisioni conclusive di precedenti procedure incidentali, qualora rilevi la riproposizione di questioni già valutate in precedenza, ma impone comunque di accertare d'ufficio la sussistenza di ragioni, pur diverse da quelle prospettate dall'interessato, indicative dell'insussistenza dei presupposti della misura.

La tipicità della "categoria" involge infine la declaratoria di inammissibilità, in quanto la giurisprudenza ha ritenuto, in talune occasioni, che il giudicato cautelare autorizzi il giudice a respingere una domanda di revoca o modifica senza fare valere ulteriori argomenti, ma non renda di per sé inammissibile la domanda suddetta, che instaura dunque validamente il nuovo procedimento incidentale<sup>37</sup>.

Pur nella consapevolezza dei descritti ostacoli teorici, le prassi ammettono, e oggi ulteriormente chiariscono, l'operatività di "preclusioni" interne al procedimento incidentale *de libertate* alla stregua di criteri generali<sup>38</sup>, sottesi ad un dovere del giudice di declinare la decisione, in conformità a quanto dettato dall'art. 649 c.p.p.

Tuttora irrisolto rimane però il nodo della

prospettata interpretazione, in chiave analogica, dell'art. 649 c.p.p., avversata dalla prevalente dottrina processualistica<sup>39</sup>, così come poco convincente è la parificazione – proposta dalla sentenza in commento – con il giudicato esecutivo, elaborata espressamente con riferimento, più che al generale principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 649 c.p.p., con la preclusione disciplinata dall'art. 666, comma 2, c.p.p.<sup>40</sup>. Le vicende *in executivis* hanno infatti, come ben si comprende, natura, finalità ed esiti del tutto dissimili da quelli cautelari.

### Il giudicato "in fieri", fra risvolti utilitaristici e obiettivi di razionalità del sistema

Guardando in filigrana la prospettata nozione di litispendenza cautelare, si scorgono anche gli effetti sull'onere motivazionale che grava sui giudici della libertà, poiché è innegabile che le preclusioni finiscano per realizzare "facilitazioni" nel giudizio su elementi identici, già oggetto di una decisione compiuta, piuttosto che frapporre veri e propri limiti invalicabili al potere decisorio.

Com'è infatti noto, il ricorso al giudicato cautelare, per il giudice della revoca chiamato a pronunciarsi nuovamente su un punto oggetto di un'articolata valutazione da parte del tribunale del riesame, vale spesso a comportare una agevolazione dell'obbligo di giustificare – anche per *relationem* – quanto già valutato in maniera identica<sup>41</sup>. Parimen-

<sup>35</sup> Cass., sez. un., 8 luglio 1994, n. 11, cit., 2928.

<sup>36</sup> Cass., sez. un., 31 maggio 2000, n. 14, *Arch. n. proc. pen.*, 2000, 387.

<sup>37</sup> Cass., sez. V, 8 novembre 2005, n. 40281, *CED Cass.*, n. 232798; Cass., sez. III, 18 maggio 2006, n. 17053, *ivi*, 234313. Su questi aspetti Leo, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, *Dir. pen. proc.*, 2008, 519.

<sup>38</sup> Secondo Bassi-Epidendio, *Guida alle impugnazioni dinanzi al tribunale del riesame*, Milano, 2008, 853 ss., una giustificazione del principio deriverebbe dall'utilizzo del procedimento analogico che consente di riferire i presupposti della irrevocabilità, del *ne bis in idem* e dell'inammissibilità anche al fronte cautelare.

<sup>39</sup> Ruggeri, *Il giudicato*, cit., 295 ss.

<sup>40</sup> Ad esempio, Cass., sez. II, 28 settembre 1999, n. 4042, *CED Cass.*, 214578.

<sup>41</sup> Cfr. Bargis, *Procedimento de libertate e giudicato cautelare*, AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2000, 176, 190 ss.



ti, con specifico riguardo ai poteri coercitivi del giudice procedente a seguito di un'ordinanza che annulla, revoca o riforma l'ordinanza impugnata, la motivazione con cui è stata annullata, riformata o revocata l'ordinanza, eserciterà un forte condizionamento sulla decisione del tribunale<sup>42</sup>. Nel caso di un appello cautelare, le ragioni dell'originario diniego della misura consentono, in assenza di *nova*, un più limitato contenuto argomentativo della decisione di rigetto.

Sotto questo profilo, le preclusioni rappresentano strumenti idonei soprattutto a consentire "vantaggi" dimostrativi, destinati però a cedere il campo, laddove si riscontri un qualsivoglia elemento di novità nelle richieste.

Il proliferare di preclusioni, quali rimedi all'eccesso di azione cautelare *eadem re ac persona*, mostra pure un ulteriore intento di razionalizzazione del sistema, in quanto le si consideri strumenti capaci di correggere le disfunzioni ravvisabili nelle richieste reiterate e dai contenuti identici.

Del resto a esse talvolta (e con scarso successo) ha cercato di far ricorso lo stesso legislatore: si pensi, a esempio, alla scelta legislativa di "imbrigliare" i poteri del pubblico ministero a mezzo della modifica dell'art. 405-bis c.p.p., mediante l'introduzione di un'ipotesi di archiviazione coatta dipendente dal giudicato cautelare<sup>43</sup>, cui è seguita la declaratoria di illegittimità della Consulta, giustamente severa nel censurare i limiti frapposti al potere di esercizio dell'azione penale del rappresentante dell'accusa<sup>44</sup>.

Potrebbe pertanto affermarsi che – così co-

me l'utilizzo del concetto di giudicato cautelare è risultato utile alla prassi, per evitare pronunce contrastanti da parte dei differenti organi di controllo sugli stessi temi o la riproposizione di istanze di libertà dal medesimo contenuto – l'individuata "litispendenza", in una continuità prospettica, si proponga soprattutto di evitare duplicazioni o reiterazioni di processi o possibili interferenze di situazioni con riguardo allo stesso fatto.

Al contempo tuttavia, mediante il significato derogatorio assegnato ai *nova*, essa vuole far prevalere l'esigenza di pronta tutela della collettività, costituente il *pendant* di quelle che presidiano il *favor libertatis*, rispetto alle dilazioni inutili e pretestuose, derivanti da intralci di tipo procedurale, a volte anche di lunga durata, e magari non nella disponibilità dell'accusa.

Ci si rende conto, sotto questo profilo, della difficoltà di una totale parificazione della prospettata *ratio*, con riguardo alle posizioni dell'imputato e del pubblico ministero, in un quadro segnato dalla regola dell'alternatività, ma in realtà caratterizzato da poteri non simmetrici. Basti al proposito pensare al *favor libertatis*, in contrapposizione alla tempestiva tutela della collettività, richiamata nella specie con riguardo al potere cautelare del pubblico ministero per consentire il superamento delle barriere preclusive.

*Impasse*, questa, superabile laddove si assegnino, invece, più semplicemente, all'ennesimo ricorso alla litispendenza e alle correlate preclusioni, il senso di espressioni di razionalità del processo<sup>45</sup>, ricollegate alla

<sup>42</sup> Così Marzaduri, *Misure cautelari personali (Principi generali e disciplina)*, Dig. pen., VIII, Torino, 1994, 96.

<sup>43</sup> Foschini, *La litispendenza*, cit., 19.

<sup>44</sup> C. cost., sent. 24 aprile 2009 n. 121, *Dir. pen. proc.*, 2009, 1367.

<sup>45</sup> Iacoviello, *Procedimento penale principale*, cit., 2214.

durata ragionevole e miranti ad apporre freni al potere di richiesta incondizionata del p.m.<sup>46</sup> che si traduca in disfunzioni patologiche.

Così facendo, la soluzione tracciata dalle Sezioni Unite trarrebbe conforto anche in una lettura costituzionalmente orientata del-

le norme sul potere di domanda cautelare, che induce a escludere *ab imis* la possibilità per l'organo dell'accusa di reiterare discrezionalmente e, a proprio piacimento, richieste contro la stessa persona per il medesimo fatto<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Cfr. Bargi, sub art. 3, l. 20 febbraio 2006 n. 46, (Gaito a cura di), *Codice di procedura penale ipertestuale*, II, *Norme di attuazione e altre leggi sulla giustizia penale*, Torino, 2006, 1989.

<sup>47</sup> Andrioli, *Preclusione (Dir. proc. civ.)*, *Ns. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 568, sottolinea come nel principio di preclusione prevalga «l'aspirazione alla certezza, sull'ispirazione alla giustizia». Secondo Lozzi, *Preclusioni*, cit., 2, l'istituto soddisfa anche importanti esigenze di giustizia del processo.