

QUESITI

GUIDO PIERRO

Misure cautelari personali antecedenti allo svolgimento dell'istruzione dibattimentale e dubbi di legittimità costituzionale

SOMMARIO: 1. Una inedita eccezione di legittimità costituzionale tra normativa cautelare e diritto vivente. – 2. Una singolare interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 291 del codice di rito penale. – 3. Le non condivisibili incertezze sulla imparzialità del giudice del dibattimento che prima dello svolgimento dell'istruttoria dibattimentale assuma decisioni *de libertate* sulla base unicamente degli atti racchiusi nel fascicolo del pubblico ministero, alla luce delle linee-guida della giurisprudenza costituzionale. – 4. Le conseguenti non riscontrabili violazioni del principio della presunzione di innocenza dell'imputato, del contraddittorio processuale paritetico, nonché del principio di eguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza dei trattamenti giuridici.

1. Una recente ed inedita questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale in composizione monocratica di Grosseto dopo la celebrazione dell'udienza di comparizione a seguito del decreto di citazione diretta a giudizio, ma nelle more dello svolgimento della istruzione dibattimentale rinviata ad una successiva udienza di trattazione¹ ripropone, per un verso, la costante attualità e centralità delle problematiche inerenti alla disciplina cautelare nel processo penale, come, peraltro, è confermato dalla vasta anticipazione riformistica ad esse sole dedicata dalla l. 16 aprile 2015, n. 47; ma sollecita, per altro verso, alla presa d'atto da parte della cultura giuridica contemporanea di un profondo cambiamento sistematico dei rapporti tra legislatore e giudice, che, condividendo l'approccio teorico di codeterminazione degli spazi ermeneutici dei testi legislativi, potrebbe compendiarsi nel capovolgimento del tradizionale e tramandato *iter* metodologico dell'interprete per asserire l'esistenza del diritto non già dalle norme alle fonti, bensì dalle fonti alle norme². La messa in discussione dell'identità tra legge e diritto, che emerge dalla constatazione che non esiste legge prima e senza la sua interpretazione, d'altronde,³ emerge visibilmente dalla stessa interpretazione logico-formale dell'articolata ordinanza del giudice rimettente, che collega esplicitamente i

¹ L'ordinanza di rimessione può leggersi in *Giust. pen.*, 2015, I, c. 97 e ss.

² Per un'interpretazione ermeneutica di queste antiche tematiche di teoria generale cfr., per tutti, VIOLA, ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma, 2011, 141 e ss. e 311 e ss.

³ Sulla interpretazione come *Sinnggebung* e non come *Auslegung* vedi CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Roma, 2011, 54 e ss.

dubbi di legittimità costituzionale prospettati al diritto vivente⁴, ossia alla sentenza della Cassazione indicata dal pubblico ministero per giustificare la sua richiesta di applicazione degli arresti domiciliari all'imputata, nonché alla seconda ed unica decisione della Suprema Corte che si uniforma allo stesso principio di diritto enunciato dalla prima pronuncia. E mette conto di rilevare che il costante collegamento tra testo e contesto, nel quale si realizza il circolo ermeneutico, di cui è artefice il giudice⁵, e che costituisce quello che è stato indicato come il «paradosso» della giurisdizione⁶, trova riscontro negli stessi orientamenti della Corte costituzionale, che ha ritenuto estensibile l'istituto dell'*abolitio criminis* anche nell'ipotesi di sopravvenienza di una sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea che dichiari l'incompatibilità della norma incriminatrice interna con il diritto dell'Unione avente effetto diretto per gli Stati membri, reputandola idonea a costituire *ius superveniens*⁷. Conviene, allora, ripercorrere analiticamente l'intreccio argomentativo che fa da supporto alla *quaestio legitimitatis*, per comprenderne il senso e sottoporlo ai criteri di controllo di concordanza, di giustizia, di evidenza e di coerenza narrativa⁸.

2. Il caso giuridico, dal quale trae origine il rinvio degli atti ai giudici della Consulta, riguarda una imputata austriaca, chiamata a rispondere del delitto di cui all'art. 574-bis c.p. per aver condotto e trattenuto in Austria i due figli minori contro la volontà del padre italiano, nonché del delitto continuato, di cui all'art. 388 c.p., per la mancata esecuzione e reiterata violazione di due provvedimenti del Tribunale per i minorenni di Firenze. Essendo risultata ineseguibile l'ordinanza emessa dal giudice per le indagini preliminari, prescritta del divieto di espatrio, già verificatosi, dopo il compimento della prima udienza di comparizione susseguente al decreto di citazione a giudizio,

⁴ Sul diritto vivente come metafora giuridica insiste CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, cit., 229 e ss., che lo intende - 253-254 - quale «matrice di interpretazioni, un sistema a-centrato e privo di gerarchie, definito unicamente da una circolazione di giurisprudenze le quali, ma non necessariamente, in un particolare momento storico possono polarizzarsi e trovare un proprio connettore nella Suprema Corte di cassazione che, a sua volta, potrà consolidare un certo orientamento ermeneutico piuttosto che un altro».

⁵ Per la sintesi delle componenti fondamentali del modello ermeneutico di imputazione giuridica vedi TUZET, *Filosofia della prova giuridica*, Torino, 2013, 13 e ss.

⁶ ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, trad. it., a cura di Patti e Zaccaria, Napoli, 1983, 17.

⁷ Cfr. Corte cost., (ord.) nn. 125 del 2004, 241 del 2005 e 311 del 2011. La Corte, invece, ha ritenuto infondata la questione di legittimità concernente il mutamento giurisprudenziale determinato da una sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, alla quale non può essere riconosciuta, pertanto, alcuna valenza di *abolitio criminis*. V. Corte cost., n. 230 del 2012, in *Giust. pen.*, 2012, I, 289 e ss.

⁸ Per ripetere l'ammonimento di ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo*, cit., 139 e ss.

ma prima della udienza dibattimentale di trattazione istruttoria, il pubblico ministero deposita richiesta, mediante emissione di mandato di arresto europeo, di applicazione degli arresti domiciliari, e, non essendosi ancora effettuata alcuna acquisizione probatoria dibattimentale, allega, a sostegno della domanda, il fascicolo integrale delle indagini effettuate nella fase preliminare, in conformità con il principio di diritto formulato dalla seconda Sezione della Suprema Corte di cassazione n. 9325 del 2001, in virtù del quale «ai fini dell'applicazione di una misura cautelare nel corso del giudizio, atteso che nel procedimento incidentale non opera il principio di separazione delle fasi, è consentito al giudice procedente di utilizzare tutti gli elementi raccolti dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari o dell'attività integrativa di indagine anche se non ancora acquisiti al fascicolo del dibattimento». Nel prendere in esame le *rationes decidendi* di questo orientamento giurisprudenziale, del quale ricorda l'ulteriore e più recente precedente conforme, dal quale si trae l'analoga massima per la quale «è legittima l'emissione da parte del giudice del dibattimento di una misura cautelare reale fondata sull'utilizzazione di atti di indagine compiuti dal pubblico ministero dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio e non inseriti nel fascicolo per il dibattimento»⁹, il giudice rimettente non condivide la concretizzazione interpretativa del contenuto precettivo dell'art. 291 c.p.p., disegnata dalla Corte regolatrice, e denuncia dubbi di congruenza logica e sistematica tra le garanzie di argomentazione¹⁰ impiegate ed il vigente assetto normativo della funzione giurisdizionale cautelare. A suo giudizio, infatti, l'assunto che la regola della separazione funzionale delle fasi e del sistema del doppio fascicolo non trovi applicazione nel quadro del procedimento incidentale cautelare non potrebbe, se non a costo di una fallace petizione di principio, offrire l'appagante dimostrazione della conclusione del legittimo impiego da parte del giudice del dibattimento degli atti raccolti dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari o dell'attività integrativa di indagine, anche se non acquisiti al fascicolo del dibattimento. Nel solco di questa impostazione fortemente critica, neppure la considerazione, apparentemente decisiva, formulata dalla Suprema Corte secondo la tecnica argomentativa della *reductio ad absurdum*¹¹, laddove afferma che «se al P.M. non fosse consentito di presentare (e al giudice del dibattimento di utilizzare) gli elementi a carico scaturiti dalle indagini pre-

⁹ Cass., Sez. II, 26 novembre 2008, N. G., in *Mass. Uff.*, n. 242719.

¹⁰ Sulla funzione dei *warrants* in un modello di argomentazione, cfr. TOULMIN, *Gli usi dell'argomentazione*, trad. it. a cura di Bertoldi, Torino, 1975, 90 e ss.

¹¹ Che PERELMAN, TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, trad. it. a cura di Schick e M. Mayer, Torino, 1966, 203 e ss., inquadrano tra le argomentazioni quasi logiche miranti ad evidenziare contraddizione e incompatibilità.

liminari, la stessa applicazione della misura sarebbe di fatto impossibile prima dell'inizio dell'istruzione dibattimentale (o comunque in un momento in cui la prova non sia stata ancora compiutamente acquisita), naturalmente fuori dell'ipotesi (meramente teorica) che i soli atti includibili – ove esistenti – nel fascicolo del dibattimento confezionato ai sensi dell'art. 431 c.p.p. siano da soli sufficienti ad integrare un quadro indiziario grave¹², sarebbe da ritenere risolutiva, giacché, da un lato, evidenzerebbe un mero inconveniente del sistema normativo tecnicamente non «dissimile da quelli riferibili al caso in cui una esigenza cautelare persista oltre il termine di durata massima della misura prevista dal codice, oppure al caso in cui la prova della colpevolezza dell'imputato pervenga all'autorità giudiziaria nel giorno successivo a quello del passaggio in giudicato della decisione assolutoria»; e, dall'altro lato, si compendierebbe in una eventualità di rarissima verifica, integrante, comunque, una patologia non legata al sistema normativo o alla sua interpretazione, bensì alla non corretta attività applicativa o alla colpevole inerzia dei soggetti preposti all'esercizio della tutela cautelare nel corso della fase delle indagini preliminari¹³. Le più profonde ombre, peraltro – continua il giudice rimettente – scaturiscono dal confronto tra le conclusioni interpretative conseguite dalla Cassazione nell'alveo del compito di nomofilachia a lei riservato dall'art. 65 della legge di ordinamento giudiziario¹⁴ ed i principi costituzionali del giusto processo, della imparzialità del giudice, di non colpevolezza dell'imputato prima della sentenza definitiva e di eguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza dei trattamenti giuridici, che gli impongono di sospendere il giudizio in corso e di deferire gli atti alla Consulta per il sindacato di legittimità costituzionale. Prima di soffermarci, tuttavia, sui plurimi profili, che, nella valutazione del Tribunale di Grosseto, possono rendere incompatibili con la nostra Carta fondamentale i principi di diritto condivisi dalla Corte regolatrice, non si può fare a meno di dedicare una breve riflessione alla infelice, del tutto indimostrata e francamente inaccettabile – perché priva di ogni riscontro sistematico e normativo – affermazione argomentativa secondo la quale la postulata impossibilità giuridica assoluta del giudice dibattimentale di decidere in materia cautelare, essendogli precluso l'accesso agli elementi racchiusi nel fascicolo delle indagini, e non essendo ancora presente alcun dato cognitivo nel fascicolo per il dibattimento, sarebbe attribuibile ad un semplice inconveniente dovuto ad una intenzionale lacuna di tutela di esigenze cautelari non ancora o non più valutabili, perché emerse o persistenti in uno stadio

¹² Così Cass., Sez. II, 14 febbraio 2001, Martinelli, in *Cass. pen.*, 2002, 287.

¹³ Ordinanza di rimessione, cit., c. 103, nota 4.

¹⁴ Sulle plurime accezioni del compito di nomofilachia cfr. A. CIERVO, *Saggio*, cit., 21 e ss.

processuale nel quale il giudice competente non disponga di qualsivoglia supporto per deliberare. Già l'assimilazione esemplificativa delle ipotesi di necessità cautelari perduranti oltre i limiti massimi di durata, o della prova della colpevolezza dell'imputato sopraggiunta il giorno successivo al passaggio in giudicato della pronuncia di assoluzione, difetta visibilmente di congruenza e di pertinenza. Nel primo caso giacché dimentica la disciplina di cui agli artt. 307 e 308 c.p.p., che permette la soddisfazione dei bisogni cautelari anche dopo la caducazione automatica delle originarie misure¹⁵. Nel secondo, e fatta eccezione per i limitati casi di revisione *in peius contra reum*, attesa la totale estraneità della problematica cautelare nel quadro di una impugnazione straordinaria proponibile in ogni tempo e mirante a rimuovere una condanna ingiusta, ma non ammissibile nei confronti di sentenze di proscioglimento¹⁶. Ma, soprattutto la lettura esegetico-ricostruttiva della Cassazione, che il giudice rimettente stigmatizza e che, a suo parere, andrebbe sostituita da una interpretazione costituzionalmente orientata, imperniata su un problematico e meramente postulato collegamento testuale con l'art. 279 c.p.p., sulla scorta del quale questa norma non si limiterebbe a determinare quale sia il giudice competente sull'applicazione e sulla revoca delle misure cautelari, nonché sulle modifiche delle loro modalità esecutive, ma fisserebbe anche la regola che gli elementi utilizzabili per la decisione cautelare siano esclusivamente quelli acquisibili ed acquisiti dal giudice che procede¹⁷, appare *ictu oculi* coerente con le coordinate logiche ed assiologiche del sistema cautelare sia dal punto di vista interno che dal punto di vista esterno¹⁸. ...

Testo integrale riservato ai soli Abbonati

¹⁵ Per un inquadramento generale cfr., per tutti, DINACCI, *Durata delle misure*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, II, a cura di A. Scalfati, Torino, 2008, 312 e ss.

¹⁶ Sui rapporti tra revisione *in melius* e divieto *del bis in idem* cfr. le acute precisazioni del compianto DEAN, *La revisione*, in *Procedura penale*, Torino, 2014, 898-899.

¹⁷ Ordinanza di rimessione, cit., cc. 109-110.

¹⁸ Per la distinzione tra sistema giuridico interno ed esterno cfr. HART, *Il concetto di diritto*, trad. it. a cura di M. Cattaneo, Torino, 1965, 106 e ss; LOSANO, *Sistema e struttura del diritto, Dalle origini alla Scuola storica*, Torino, 1968, XVIII e ss; MODUGNO, voce *Sistema giuridico*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIX, Roma, 1993, 1 e ss. Per una introduzione generale al tema il riferimento obbligato va a RAZ, *Il concetto di sistema giuridico*, trad. it. a cura di Comanducci, Bologna, 1970.