

Libertà personale

Misure cautelari personali e principio dell'assorbimento

Veronica Francesca Aresu

La decisione

Riesame - Valutazione dei gravi indizi di colpevolezza - Condanna sopravvenuta - Assorbimento del giudizio cautelare nel giudizio di primo grado (C.e.d.u. art. 5 § 1 e 4; C.p.p., artt. 273 e 309).

Riesame - Condanna sopravvenuta - Obbligo di presentazione al giudice ex art. 291 c.p.p. - Esclusione (C.e.d.u., art. 5; C.p.p., artt. 291 e 309, co. 5).

L'intervenuta pronuncia, nel corso del procedimento principale, di sentenza non definitiva di condanna implica la non riproponibilità, in sede di procedimento incidentale de libertate, della questione concernente la sussistenza o meno dei gravi indizi di colpevolezza, stante la relazione strumentale esistente tra i due procedimenti, e contenendo già la decisione di condanna una valutazione nel merito così incisiva da assorbire in sé una postuma prognosi di sussistenza o insussistenza originaria degli indizi di colpevolezza.

Il dispositivo della sentenza di condanna del ricorrente non rientra tra gli atti che devono essere presentati al giudice ex art. 291 c.p.p. e tra quelli sopravvenuti, favorevoli all'indagato, da trasmettersi al giudice del riesame nel termine di cui all'art. 309, comma 4 c.p.p., e la sua acquisizione agli atti, oltre ad essere avvenuta nel contraddittorio delle parti, ha riguardato un atto conosciuto dalla difesa, parte del giudizio definitivo con la stessa sentenza.

CASSAZIONE PENALE, PRIMA SEZIONE, 16 febbraio 2012 (c.c. 12 ottobre 2011) - CHIEFFI, *Presidente* - TARDIO, *Relatore* - MAZZOTTA, *P.M.* (conf.).- Canzonieri, ricorrente.

Il commento

1. Con la sentenza in analisi, la Suprema Corte si è espressa sul rapporto tra giudizio cautelare e giudizio ordinario, ribadendo quanto affermato da giurisprudenza consolidata: al fine di fornire coerenza al sistema è necessario garantire piena attuazione al principio dell'assorbimento del giudizio cautelare nel giudizio ordinario.

I giudici di piazza Cavour sono stati chiamati a valutare la legittimità dell'ordinanza emessa, ai sensi dell'art. 309 c.p.p., dal Tribunale di Reggio Calabria, il quale, rigettando la richiesta di riesame, confermava l'ordinanza del G.i.p. che applicava al ricorrente la misura della custodia cautelare in car-

cere. L'imputato ha presentato ricorso per cassazione ritenendo che la sentenza di primo grado, posta a fondamento della decisione del Tribunale del riesame, fosse stata irritualmente acquisita, e che, in ogni caso, nonostante la pronuncia della suddetta sentenza, la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza dovesse essere valutata dal Tribunale adito e non semplicemente ricavata dal *decisum* della sentenza dibattimentale. Due le questioni sulle quali la Corte è stata chiamata ad esprimersi: la legittimità dell'acquisizione della sentenza di condanna di primo grado e il valore da attribuire alla stessa ai fini della valutazione dei gravi indizi di colpevolezza in sede cautelare.

2. Il giudizio *de libertate*, frutto del bilanciamento tra i diritti fondamentali della persona e i principi fondamentali del processo penale, si svolge parallelamente al giudizio di cognizione, fin quasi a sovrapporsi con lo stesso, rimanendo precluso al giudice cautelare qualsiasi potere valutati sulla responsabilità penale ⁽¹⁾. La sentenza in analisi si sofferma sulla condizione di applicabilità delle cautele contenuta nell'art. 273 c.p.p., ossia la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza ⁽²⁾.

I Giudici di Piazza Cavour hanno ribadito la necessaria applicazione del principio elaborato da giurisprudenza e dottrina, dell'assorbimento del giudizio cautelare nel giudizio di primo grado ⁽³⁾. Ciò si esplica ancor più nelle ipotesi di "*decisione di condanna che intervenga nella pendenza del giudizio cautelare di rinvio, dovendo il Tribunale, investito della reg Giudicanda cautelare, giu-*

(1) Non manca in dottrina chi rileva l'impossibilità di compiere tale raffronto in quanto al solo giudizio dibattimentale sarebbe attribuito il compito di accertare la responsabilità dell'indagato, dovendo il giudizio cautelare limitarsi a garantire il corretto funzionamento giurisdizionale. Il *fumus* fungerebbe in tal modo da mera condizione astratta necessaria per poter sollevare la richiesta di misura cautelare. In PIERRO, *Il giudicato cautelare*, Milano, 2000, 94-95.

(2) Anche alla luce della l. n. 63 del 2001, il compito del giudice è quello di sottoporli ad un "*giudizio di qualificata probabilità sulla responsabilità dell'indagato in ordine ai reati addebitati*" in Cass., Sez. IV, 6 luglio 2007, Cuccaro, in *Cass. pen.*, 2008, 4242. La dottrina ha costantemente ritenuto che la disciplina sulla valutazione della prova dibattimentale espliciti i propri effetti in ogni stato e grado del procedimento e dunque anche nel giudizio cautelare. Si veda sul punto, TODARO, *I gravi indizi di colpevolezza tra ragionevole dubbio e giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2008, 1316, nota alla sentenza sopraindicata; per un raffronto della differente posizione di dottrina e giurisprudenza si veda CURTOTTI NAPPI, *art. 273 commentato*, in *Codice di procedura penale ipertestuale*, a cura di Gaito, Milano, 2008, 1343.

³ Tale principio è stato traslato dal diritto penale, al fine di dare piena attuazione al principio del *ne bis in idem* di cui all'art. 649 c.p.p. non invocabile in caso di valutazione *de libertate* contrastante con il giudizio di merito principale; tuttavia, la stessa coerenza del sistema richiede la preclusione di valutazioni su questioni che, rientranti nel *decisum* del giudizio di prime cure, costituiscono parimenti oggetto del procedimento cautelare in BASSI, EPIDENDIO, *Guida alle impugnazioni dinanzi al Tribunale del riesame*, Milano, 2008, 907.

dicando in sede di rinvio, procedere a rivalutare la consistenza degli indizi prendendo atto del dato storico dell'intervenuta sentenza di condanna non definitiva dell'imputato"⁽¹⁾.

I Giudici delle leggi, con l'ormai risalente sentenza n. 71 del 1996, hanno formulato il principio generale in virtù del quale *"il punto di equilibrio deve risolversi nel rispetto del principio di assorbimento, nel senso che soltanto ove intervenga una decisione che in ogni caso contenga in sé una valutazione del merito di tale incisività da assorbire l'apprezzamento dei gravi indizi di colpevolezza, potrà dirsi ragionevolmente precluso il riesame di tale punto da parte del giudice chiamato a pronunciarsi in sede di impugnative proposte avverso i provvedimenti de libertate"*.⁽²⁾

In virtù della giurisprudenza più recente, atta a ridimensionare il principio dell'autonomia del procedimento incidentale *de libertate*, la valutazione sulla persistenza dei gravi indizi di colpevolezza non è più proponibile dopo la sentenza di condanna anche non revocabile⁽³⁾, in quanto la ricostruzione operata dalla pronuncia di merito preclude una qualsiasi differente apprezzamento sui fatti e sulla responsabilità dell'imputato⁽⁴⁾; in tale ipotesi verrebbe meno lo stesso interesse dell'imputato alla procedura di riesame⁽⁵⁾.

In dottrina, si è ritenuto, facendo leva sul dettato degli artt. 303, co. 1 lett. d) e 307, co. 2 lett. b) c.p.p., che l'accertamento richiesto dall'art. 273 c.p.p. trova nella sentenza di condanna la massima completezza possibile⁽⁶⁾.

3. L'ulteriore quesito di cui è stata investita la Corte, riguarda l'avvenuta acquisizione da parte del giudice del riesame del dispositivo della sentenza di

⁽¹⁾ Cass., Sez. I, 12 ottobre 2011, Canzonieri, in *archiviopenale.it*.

⁽²⁾ Corte cost., Sent. n. 71 del 1996, in *Giur. Cost.*, 1996, 665; con riferimento alla preclusione della valutazione dei gravi indizi di colpevolezza ex art. 273 c.p.p. in caso di precedente rinvio a giudizio opposta soluzione era stata indicata dalla Corte di cassazione in Cass., Sez. Un., 26 ottobre 1995, Liotta, in *Cass. pen.*, 1996, 776. Tale sentenza ha ritenuto che la valenza vincolante non possa essere attribuita al decreto che dispone il giudizio ma il riferimento è sicuramente alla sentenza di condanna ancorché non definitiva, in quanto decisione assorbente rispetto alla colpevolezza dell'imputato. Per un'analisi maggiormente attuale del valore del decreto che dispone il giudizio, anche dopo la riforma della Legge n. 479 del 1999, si veda CURTOTTI NAPPI, *art. 273 commentato*, op. cit., 1342.

⁽³⁾ Cass., sez. I, 11 novembre 2008, De Rosa, in *Cass. pen.*, 2009, 3928; il giudice è altresì esonerato dalla valutazione sull'esistenza di cause estintive del reato, in Cass., sez. V, 7 maggio 2008, Pipitone, in *Cass. pen.*, 2009, 3930.

⁽⁴⁾ Cass., sez. II, 19 dicembre 2008, Di Martino, in *Cass. pen.*, 2010, 1073.

⁽⁵⁾ Cass., sez. VI, 19 giugno 2008, Scozia, in *Cass. pen.*, 2009, 3928.

⁽⁶⁾ NEGRI, *Fumus commissi delicti*, in *La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, 289.

condanna pronunciata nel giudizio principale senza che fosse stata introdotta nel giudizio *de libertate* dalle parti.

La Corte ha ritenuto che tale obbligo di deposito della sentenza di condanna non sussista, ancor più in ragione dell'acquisizione della stessa, da parte del giudice del riesame, in pieno contraddittorio tra le parti; la sentenza acquisita nel pieno rispetto degli artt. 291 e 309, co. 5 c.p.p. è infatti un atto ben conosciuto dal condannato, sulla quale ha avuto modo di contraddire in sede dibattimentale ⁽¹⁰⁾. Proprio l'elemento della piena conoscenza dell'atto da parte dell'imputato esonera il p.m. da qualsiasi trasmissione ai sensi dell'art. 309, co. 5, c.p.p., potendo questo essere prodotto dall'imputato al momento della richiesta di riesame o, eventualmente, in udienza ⁽¹¹⁾.

Coerentemente, dunque, si sono espressi i giudici di legittimità, non ritenendo sussistente un vincolo in capo al giudice del riesame per l'acquisizione di atti, che, essendo a pieno titolo conosciuti dall'imputato potevano dallo stesso essere presentati al momento della richiesta di riesame.

4. Se, a parere di chi scrive, non vi sono ombre per quanto attiene la seconda delle questioni trattata in sede di legittimità, altrettanto non può dirsi con riferimento alla prima soluzione prospettata. Occorre a tal fine partire da quelle che sono le norme, nazionali e sovranazionali, che stabiliscono le ipotesi in cui la libertà personale può essere limitata.

La libertà personale dell'individuo trova massima tutela nei principi contenuti nell'art. 5 della C.e.d.u., che riprende l'art. 9 del Patto int. dir. civ. pol. dove al diritto del soggetto alla propria libertà e alla sicurezza si affianco le ipotesi eccezionali in cui tale diritto può essere compresso ⁽¹²⁾.

La lettera c) fa esplicito riferimento all'ipotesi della detenzione scaturente da misure cautelari. Quelli che nell'ordinamento italiano vengono denominati "gravi indizi di colpevolezza" vengono valutati in ambito di tutela dei diritti umani "*serious departure from the rules of respect for individual liberty and of the presumption of innocence*" ⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ Il ricorrente non ha mai ritenuto violato il proprio diritto di difesa, limitandosi a riportare decisioni della Consulta, senza nulla argomentare sul punto.

⁽¹¹⁾ Cass., Sez. VI, 5 dicembre 2003, Carni, in *Cass. pen.*, 2005, 2010. Differente è l'ipotesi di atto favorevole all'imputato, ossia "*quegli elementi idonei a contrastare concretamente, cioè a vanificare o ad attenuare gli indizi di colpevolezza*" in Cass., sez. III, 22 marzo 2001, Piga, in *Cass. pen.*, 2002, 2438.

⁽¹²⁾ Tale riserva di legge si riferisce anche alle modalità di svolgimento del procedimento richiamando i principi del "giusto processo" in CARINI, *Il procedimento applicativo*, in *Le misure cautelari personali, Aggiornato al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11*, a cura di Spangher, Santoriello, Torino, 2009, 115.

⁽¹³⁾ Sent. G.B. contro Francia, RIDU, 1998, n. 1, 114.

Sul punto la giurisprudenza della Corte di Strasburgo è chiara: i gravi indizi di colpevolezza devono essere presunti nella fase iniziale ma costituiscono *conditio sine qua non* per il mantenimento *in vinculis*, dovendo il giudice del controllo analizzarli e valutarli concretamente ⁽¹⁴⁾. La presenza di serie e plausibili ragioni idonee a sostenere la responsabilità del soggetto *in vinculis* e l'effettiva predisposizione di strumenti giurisdizionali idonei ad attuare un controllo effettivo e concreto, così come richiesto dal Prot. n. 14 alla Cedu del 13 maggio 2004, fanno venir meno l'apparente contrasto dell'art. 5 C.e.d.u. con quanto sancito in ambito di giusto processo dall'art. 6 §2 C.e.d.u. ⁽¹⁵⁾.

Per quanto riguarda l'ordinamento interno il riferimento è al combinato disposto dell'art. 13, co. 2 con l'art. 111, co. 6 e 7 Cost. ¹⁶ Sul punto, affinché la motivazione sia piena ed esaustiva occorre che in essa trovi riscontro ciascuno degli aspetti sui quali potrà avere cognizione il giudice del controllo ⁽¹⁷⁾.

Il quadro che emerge dall'insieme di tali norme è quello di un sistema rivolto ad una tutela massima del nucleo essenziale di garanzie delle quali il soggetto ristretto non può essere privato, dove trovano piena attuazione i principi del sacrificio minimo e del *in dubio pro libertate* ⁽¹⁸⁾.

Nel caso in analisi, il giudice *de libertate*, nel motivare la propria decisione, si è limitato a riportare il *decisum* della sentenza del giudizio principale.

La presenza della sentenza del dibattimento ha fatto sorgere nel giudizio incidentale cautelare un vincolo avente portata tale da svuotare di contenuto il giudizio di riesame, dove non viene espletato alcun contraddittorio ne tanto meno è stata compiuta la benché minima analisi sulla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza ¹⁹. Oltre a tale violazione delle garanzie, si deve anche

⁽¹⁴⁾ Si veda a titolo esemplificativo Sent. 10 novembre 1969, Stögmüller c. Austria, § 4.

⁽¹⁵⁾ BOCCHINI, *La prova in materia di libertà e cautelare reale*, in *La prova penale*, vol. II, a cura di Gaito, Milano, 2008, 801.

⁽¹⁶⁾ Per un raffronto dell'art. 13 Cost. con l'art. 272 c.p.p. si veda VIRGILIO, *Il riesame delle Misure Personali*, Napoli, 2005, 11.

⁽¹⁷⁾ DI BITONTO, *Gravi indizi di colpevolezza ex art. 273, comma 1 c.p.p. e decreto che dispone il giudizio: torna in auge la giurisprudenza meno garantista*, in *Cass. pen.*, 2001, 3492; la stessa Corte di cassazione ha più volte ribadito che l'accertamento dei gravi indizi di colpevolezza debba essere motivato ed idoneo ad un possibile controllo da parte della Corte Suprema, richiedendosi che trovi riscontro ciascuno degli aspetti sui quali potrà avere cognizione il giudice del controllo; si veda a titolo esemplificativo Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, Vottari, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1014.

⁽¹⁸⁾ CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, in *Le garanzie fondamentali*, vol. II, Milano, 1984, 321.

⁽¹⁹⁾ Per un'analisi approfondita del giudizio di riesame si veda LA ROCCA, *Il riesame delle misure cautelari personali*, Milano, 2012.

valutare la diretta conseguenza della stessa, ossia il venir meno di qualsiasi tutela per l'imputato in caso di modifica della sentenza di condanna in appello o in cassazione; ci si troverebbe, infatti, ad avere un titolo idoneo alla detenzione in carcere, basato però su una sentenza riformata.

Il carattere incidentale del giudizio cautelare comporta, dunque, che, nei casi simili ci si trovi ad avere a disposizione un giudizio di controllo praticamente inutilizzabile per quanto attiene ai gravi indizi di colpevolezza, in piena violazione rispetto a quanto dettato dal § 4 dell'art. 5 C.e.d.u. È bene precisare che la stessa Corte di Strasburgo ha espressamente ritenuto che una misura cautelare, affinché venga considerata legittima, non debba essere conforme solamente alla normativa nazionale ma debba essere compatibile con lo scopo dell'art. 5, § 1 C.e.d.u. ⁽²⁰⁾, con conseguente violazione dello stesso in tutti i quei casi in cui la privazione della libertà personale derivi da un provvedimento che non esplica le motivazioni che lo sorreggono ⁽²¹⁾.

A voler dir di più verrebbe violato anche il principio del doppio grado di giudizio. Se si ritiene necessario espletare un secondo giudizio di merito, gli strumenti previsti del legislatore vengono privati di qualsiasi concreto valore; se si ritiene che il doppio grado di giudizio venga correttamente attuato attraverso la previsione del necessario ricorso per cassazione, nel caso di specie tale controllo verrebbe attuato su un provvedimento la cui motivazione è limitata ad una trasposizione *per relationem*, priva di qualsiasi valutazione logica. A seguito delle riforma della legge c.d. "Pecorella" (Legge n. 46 del 2006), vi è chi sostiene, infatti, che nel vizio del travisamento della prova di cui all'art. 606, co. 1, lett. e) c.p.p. possa essere ricondotto il vizio di motivazione derivante da altri atti del processo ⁽²²⁾.

La scelta della Cassazione di tutelare il principio dell'assorbimento nuoce ai diritti riconosciuti all'imputato in maniera preponderante. Il vincolo al *decisum* della sentenza dibattimentale dovrebbe essere attenuato al fine di permettere al giudice *de libertate* di valutare quanto sancito dalla sentenza di condanna ai fini del giudizio cautelare; non si vuole in tal modo permettere allo stesso di compiere un'attività tipica del giudizio di cognizione ma quantomeno consentirgli di argomentare da un punto di vista logico-giuridico sulla decisione che è chiamato a prendere. La stessa Corte costituzionale ha ribadito

⁽²⁰⁾ Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 23 giugno 2002, Butkevicius c. Lituania.

⁽²¹⁾ Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 febbraio 2001, Cicek c. Turchia.

⁽²²⁾ Cass., Sez. VI, 15 marzo 2006, Casula, in *Dir. e Giust.*, 2006, 16, 38; Id., Sez. II, 25 novembre 2010, in *art. 309 commentato*, in *Codice di procedura penale annotato con la giurisprudenza più recente*, op. cit., 332.

to che “*la natura di atto suscettibile di incidere sulla libertà personale impone che il giudizio effettuato dal giudice non possa limitarsi ad un mero controllo formale, bensì, come la giurisprudenza ordinaria ha precisato, debba essere svolto in modo pieno*”⁽²³⁾. Non può sicuramente ritenersi “pieno” il semplice riportarsi a quanto sancito nella sentenza di condanna.

Sul punto non può non attribuirsi rilevanza a quanto sancito dalla Sezioni Unite in riferimento alla motivazione *per relationem*, le quali hanno ritenuto che si debba riferire in ogni caso del ragionamento giustificativo e delle ragioni che hanno indotto il giudice a condividere quanto sancito dalla sentenza di condanna, violandosi altrimenti gli art. 13, co. 2, Cost., e dell’art. 111, co. 6, Cost., avendosi un controllo meramente formale⁽²⁴⁾.

In estrema sintesi, la possibilità, in sede di giudizio cautelare, di fondare la decisione su una sentenza non definitiva è ormai assodata, ma il giudice *de libertate* dovrebbe in ogni caso inserire nella motivazione della propria decisione le valutazioni compiute sulla suindicata sentenza che lo hanno condotto alla decisione.

⁽²³⁾ Corte cost., 20 ottobre 2002, n. 512, in *Giur. it.*, 2004, 590.

⁽²⁴⁾ Cass., Sez. Un., 27 ottobre 2004, Labia, in *Cass. pen.*, 2005, 381.