

Riesame di misure reali

Abnormità del provvedimento dilatorio del “riesame reale” tra sistema interno e assetto sovranazionale

Maria Concetta Marzo

La decisione

Riesame di misure cautelari reali - Termini per la trasmissione degli atti al tribunale del riesame - Rinvio determinato da trasmissione incompleta degli atti - Abnormità (C.p.p. artt. 309, 324).

Poiché al procedimento di riesame di una misura cautelare reale si applica il termine perentorio di cinque giorni per l'invio degli atti da parte del pubblico ministero procedente al tribunale del riesame, in virtù del richiamo operato dall'art. 324, co. 7, all'art. 309, co. 10, e di un'interpretazione sistematica e “sincronica” del codice di rito, è abnorme l'ordinanza del tribunale che “sana” il mancato tempestivo invio degli atti, disponendo il rinvio del procedimento sine die e la fissazione dell'udienza di trattazione all'esito della trasmissione di tutti gli atti mancanti.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE III, 16 giugno 2011 (ud. 3 maggio 2011) - SQUASSONI, *Presidente* - ANDRONIO, *Relatore* - SALZANO, *P.M.* (conf).- Wang Zuojiang, ricorrente.

Il commento

1. La Suprema Corte, con la pronuncia in commento, prendendo le distanze dall'orientamento consolidato sul punto, ha precisato il carattere perentorio del termine di cinque giorni per la trasmissione degli atti al tribunale del riesame anche nell'ipotesi di “riesame reale”, con conseguente perdita di efficacia dell'ordinanza che ha disposto la misura nell'ipotesi di mancato rispetto dello stesso.

L'interpretazione fornita risulta pienamente in linea con la lettera della legge, con l'assetto codicistico voluto e realizzato dal legislatore del 1988 e con le finalità dallo stesso perseguite con le misure cautelari; inoltre, è pienamente rispettosa del sistema delle libertà, positive e negative¹, riconosciute e garantite sia a livello costituzionale che a livello sovranazionale.

In particolare, è indubbio che il legislatore, nella originaria formulazione dell'attuale codice di procedura penale, «abbia modellato il regime delle impugnazioni dei provvedimenti cautelari reali sullo stampo di quelle predisposte per i provvedimenti cautelari personali»², così come risulta per il riesame

¹ Per un approfondimento su tale distinzione v., tra tanti, MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2005, 576, in cui precisa che il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato sociale si realizza anche attraverso il riconoscimento di diritti c.d. «sociali», espressione di libertà positive, *nello* Stato, accanto alle tradizionali libertà negative, *dallo* Stato.

² Così ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, I, Milano, 2011, 499.

dal chiarissimo rinvio operato dall'art. 324, comma 7, c.p.p. all'art. 309, commi 9 e 10, c.p.p. assimilando, sul piano afflittivo, il sacrificio delle libertà connesse al godimento dei beni a quello riguardante le libertà personali, per quanto non diversamente stabilito.

È altresì indubbio che il legislatore, oramai lontano da influenze di regime e superando i retaggi culturali del precedente sistema inquisitorio, abbia attribuito ad entrambi i generi di misure cautelari, personali e reali³, finalità esclusivamente cautelari⁴, le uniche costituzionalmente compatibili, soprattutto alla luce della presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, comma 2, Cost.⁵, garantendo così il delicato bilanciamento tra la necessità di realizzare esigenze del processo e quella di assicurare la piena espressione della libertà personale e di quella patrimoniale o economica⁶, l'una negativa e l'altra positiva⁷, riconosciute dalla Carta costituzionale.

Appare chiaro, pertanto, che l'equiparazione tra le impugnazioni delle misure cautelari personali e di quelle reali⁸ non scaturisce soltanto dal testo normati-

³ Sull'argomento v.: GIANNONE, *Riesame in materia di misure cautelari personali*, in *Dig.disc.pen.*, XII, 1997, 255 ss.; CASTELLANO-MONTAGNA, *Misure cautelari reali*, in *Dig.disc.pen.*, 1994, 98 ss.; SANTORIello, *Le misure cautelari reali nel processo penale. Considerazioni generali*, in *Le misure cautelari reali*, a cura di Spangher e Santoriello, Torino, 2009.

⁴ A ben vedere, dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana che ha sancito la presunzione di non colpevolezza sino alla condanna definitiva, l'unica finalità costituzionalmente compatibile che poteva attribuirsi alle misure cautelari era proprio quella "cautelare", processuale, esulando ogni possibilità di riconoscergli finalità preventive, anticipatorie della condanna. Tale convinzione era già diffusa presso la Corte Costituzionale prima della riforma codicistica del 1988, come può dedursi p.e. dalle pronunce n. 64/1970, 96/1970, 146/1975, relativamente alle misure cautelari personali; non sono mancate, tuttavia, pronunce della stessa Corte che hanno evidenziato ulteriori finalità della carcerazione preventiva, oltre a quella processuale, indicandola come «rafforzato presidio di difesa sociale» (Corte cost. n. 17/1974), parlando espressamente di «"esigenze di prevenzione" ... non consente di ritenere che alla custodia preventiva sia costituzionalmente assegnabile la funzione esclusiva di tutela processuale in senso stretto», Corte cost. n. 1/1980, in www.cortecostituzionale.it. Per un approfondimento v. DI CHIARA, in *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, 303 ss.

⁵ GIUNCHEDI, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Padova, 2007, 61 ss.; ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979.

⁶ Sull'argomento v. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte speciale*, Padova, 1992, 457 ss.

⁷ Molto sinteticamente, le prime sono libertà dallo Stato, le seconde sono libertà nello Stato

⁸ Sul sistema delle impugnazioni delle misure cautelari reali, v. APRILE, *Le misure cautelari nel procedimento penale*, Milano, 2004; CONFALONIERI, *I controlli sulle misure cautelari*, in AA.VV., *Le impugnazioni penali*, diretto da GAITO, Torino, 1998, 987; BEVERE, *Coercizione reale. Limiti e garanzie*, Milano, 1999; SPANGHER, *Le Sezioni unite sui rapporti tra riesame e richiesta di revoca dei provvedimenti cautelari*, in *Dir. pen. e proc.*, 1995, 73; CERESA GASTALDO, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, 1993; BALDUCCI, *Il sequestro preventivo nel processo penale*, Milano, 1991.

vo, ma anche, e soprattutto, dai principi che informano e dirigono la rispettiva disciplina, sia a livello sovranazionale che interno; da ciò discende che le problematiche che investono le prime riguardano necessariamente le seconde, e ad entrambe devono essere riconosciute medesime garanzie poiché le libertà sottese hanno uguale copertura costituzionale⁹.

La sentenza in commento, proprio alla luce di quanto precisato, superando l'orientamento consolidato, segna un importante passo in avanti verso il pieno rispetto dei principi sottesi alla disciplina cautelare in sede codicistica, interpretati alla luce delle disposizioni costituzionali.

Il rispetto di tali principi, diritti e regole, imponeva inevitabilmente il superamento di quell'orientamento che, con motivazioni sostanzialmente analoghe, consentiva di allungare i tempi per la decisione nel riesame reale, violando la stessa disposizione normativa di cui all'art. 324, comma 7, c.p.p.

Tale orientamento, infatti, ignorando il quadro dei principi di riferimento e forzando la *littera legis*, sostanzialmente sostiene che «in tema di riesame di misure cautelari reali, la sanzione della perdita di efficacia dell'ordinanza che dispone la misura coercitiva consegue solo alla mancata decisione nel termine di dieci giorni, come accade in materia di misure cautelari personali, in quanto, per un difetto di coordinamento, dopo la novella introdotta con la l. n. 332 del 1995, il richiamo, contenuto nel comma 7 dell'art. 324 c.p.p. ai commi 9 e 10 dell'art. 309 stesso codice, deve intendersi fatto al testo previgente di detti due commi»¹⁰, e il precedente art. 309 c.p.p. non contemplava la caducazione della misura nel caso di mancato rispetto del primo termine che era meramente ordinatorio.

Risulta evidente che, al di là del contrasto con l'interpretazione strettamente letterale della norma che imporrebbe di applicare nella sua interezza la disciplina prevista dal comma 5 dell'art. 309 c.p.p.¹¹, tale interpretazione contrasta con il sistema dei principi che informano gli istituti coinvolti.

⁹ La libertà personale è contemplata dall'art. 13 Cost., dall'art. 5 C.e.d.u. e dall'art. 9 P.i.d.c.p., mentre quella patrimoniale, o economica, dagli artt. 41 e 42 Cost.

¹⁰ Così Cass., sez. I, 4 marzo 1999, Rocca, in *Cass. Pen.*, 2000, 1740; negli stessi termini numerose pronunce tra le quali: Cass., sez. II, 16 febbraio 2006, Pietropaoli, in *C.E.D. Cass.*, n. 233163, Cass., sez. V, 11 novembre 1997, Paolillo, in *Cass. Pen.*, 1999, 1866, Cass., sez. I, 11 dicembre 1996, Marrocco, in *C.E.D. Cass.*, n. 207086 che si spinge oltre precisando che «quantunque nel comma 7 di tale articolo sia statuito che si applicano le disposizioni dell'art. 309 commi 9 e 10 c.p.p., la sanzione dell'*inefficacia* prevista dal comma 10 deve ritenersi limitata all'inosservanza del termine di cui al comma 9, in quanto, nel procedimento di riesame disciplinato dall'art. 324 stesso codice, non trova applicazione il comma 5 dell'art. 309, non richiamato dallo stesso art.324».

¹¹ FURGIUELE, *Il riesame*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, 2, *Prove e misure cautelari*, a cura di Scalfati, 532.

È da ritenere, tuttavia, che la soluzione fornita dalla pronuncia in esame - che si auspica possa definitivamente segnare il pensionamento del precedente orientamento¹² - sia imposta, senza scomodare principi di rango superiore, dalla corretta applicazione della legge, anche in virtù di quanto precisato dall'art. 12 delle preleggi al codice civile: «nell'applicare la legge non si può a essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse». Le norme, inoltre, vivono di vita propria, anche al di là delle intenzioni del legislatore, e nell'interpretarle, oltre a quanto appena precisato, occorre dar conto ai principi, soprattutto di rango superiore, e non all'intenzione del legislatore.

Nel caso di specie, tuttavia, il rinvio operato dall'art. 324, comma 7, c.p.p. all'art. 309, comma 10, c.p.p., che a sua volta rinvia al comma 5 della stessa norma, attribuendo carattere perentorio anche al termine di cinque giorni per la trasmissione degli atti da parte dell'autorità procedente al tribunale, è talmente chiaro da non lasciare spazio a problemi interpretativi. *In claris non fit interpretatio*. Se il legislatore del 1995, al contrario, avesse voluto far decadere l'identità di disciplina voluta dal legislatore originario avrebbe dovuto indicarlo espressamente, cioè eliminare il rinvio al comma 10 dell'art. 309 c.p.p. o, almeno, precisare la non operatività del rinvio contenuto in quest'ultimo al comma 5 della stessa disposizione. *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

L'interpretazione letterale coincidente con la soluzione prospettata dalla pronuncia in commento, inoltre, coincide con quella logica, alla luce dei principi, fugando così qualsiasi dubbio di correttezza della stessa.

Ma vi è di più. La soluzione fornita dalla suprema Corte è pienamente rispettosa dell'importante sentenza con cui la Corte costituzionale, seppur relativamente al "riesame personale", ha precisato la necessità di assicurare un termine breve e certo per la verifica giudiziale, in contraddittorio, dei presupposti della misura cautelare, come strumento di garanzia della libertà personale protetta dalla Costituzione, affermando che «la ratio del nuovo termine perentorio stabilito dal legislatore del 1995 per la trasmissione degli atti è quella di impedire che il termine per la decisione decorra da un dies a quo lasciato alla determinazione degli organi giudiziari...in tal modo l'indagato sa che, al

¹² Attualmente la questione è stata rimessa alle sezioni Unite della suprema Corte.

massimo entro 15 giorni (cinque per la trasmissione degli atti, e altri dieci per la decisione) interverrà la risposta alla sua richiesta di riesame»¹³.

Le ragioni che rendono applicabili alle impugnazioni delle misure reali le stesse problematiche e le stesse garanzie di quelle personali sono state in precedenza specificate e sono, inoltre, le medesime che impongono di tenere in considerazione l'orientamento della Corte e.d.u. relativamente alla "tempistica" dei controlli *de libertate*, volto a ridurre la durata e che non tollera termini dilatori, fonte di "tempi morti"¹⁴.

La Corte europea¹⁵, invero, ne ha esaltato la tempestività a prescindere da quanti ne siano previsti; ogni singolo controllo deve essere comunque tempestivo¹⁶, altrimenti si tradisce la sua essenza. Pertanto, secondo la giurisprudenza della Corte europea, la garanzia del controllo giurisdizionale in tempi brevi, come previsto dall'art. 5, comma 4, c.e.d.u., non vige soltanto per il primo controllo, ma anche per quelli di grado ulteriore offerti dal diritto interno mediante appello e/o ricorso. La previsione, dunque, di più di un controllo, se non è accompagnata dalla speditezza egli stessi, si pone comunque in contrasto con i valori di fondo della Convenzione, atteggiandosi in maniera inquisitoria¹⁷.

L'esigenza di speditezza del procedimento di riesame e quella di certezza della sua conclusione, perseguita dal legislatore del 1995, inoltre, come si legge nella sentenza in esame, ha rilevanza costituzionale perché «attiene, ancor prima che alla natura del bene-interesse tutelato (diritti della persona o diritti reali), alla ragionevolezza intrinseca del sistema. Infatti, appare quanto meno anomalo che il legislatore abbia fissato un termine perentorio a favore di una parte del processo facendone dipendere la decorrenza dall'osservanza, non

¹³ Corte cost. 1 giugno 1998, n. 232, in www.cortecostituzionale.it. Per un commento alla stessa v. CASTALDO, *Una inedita interpretazione della Corte costituzionale circa la decorrenza del termine ex art. 309 comma 5 c.p.p. nel procedimento di riesame de libertate*, in *Cass. Pen.*, 1998, 2850.

¹⁴ Sul fattore «tempo» nei procedimenti incidentali in generale, e cautelari in particolare, GAITO, *Incidenti di esecuzione e procedimenti incidentali*, in *Riv.dir.proc.*, 1989, 27.

¹⁵ V. Corte eur. 12 dicembre 1991, *Toth c. Austria*; Corte eur., *Rapacciolo c. Italia*; Corte eur. 4 marzo 2008, *Marturana c. Italia*. Per un approfondimento di tale giurisprudenza della Corte europea v. RAFARACI, *Le garanzie del procedimento de libertate; il diritto ad ottenere in un termine congruo le decisioni sulla libertà personale*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo e Kostoris, Torino, 2008, 271 ss.

¹⁶ Sull'importanza della rapidità del procedimento di riesame v. *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *G.U.*, 24 ottobre 1988, n. 250, *Serie generale, Supplemento ordinario* n. 2, 77.

¹⁷ RAFARACI, *Le garanzie del procedimento de libertate; il diritto ad ottenere in un termine congruo le decisioni sulla libertà personale*, cit., 289.

sanzionata processualmente, e, quindi, dalla discrezionalità - se non dall'arbitrio - della controparte».

Per tutto quanto sopra precisato, come correttamente indicato nella pronuncia in commento, l'ordinanza di rinvio del Tribunale della libertà che pone rimedio alla negligenza dell'autorità procedente e "sana" la stasi del procedimento cautelare è affetta dal vizio dell'abnormità¹⁸, avendo prorogato un termine perentorio che, per sua natura e per sua funzione, non consente dilazioni.

Una tale ordinanza, invero, si pone al di là dei casi consentiti, oltre che al di là di ogni ragionevole compatibilità con il sistema codicistico e «con l'esigenza di un'interpretazione sistematica e "sincronica" del codice di rito»¹⁹; in sostanza, è incompatibile con la funzione delle misure cautelari reali e con il sistema dei controlli²⁰ previsti.

In conclusione, la decisione della suprema Corte sollecita alcune riflessioni in ordine sia all'intervento legislativo inerente al riesame delle misure cautelari, sia all'intervento realizzato dal giudice di legittimità con la pronuncia *de qua*.

Da un lato, infatti, emergono taluni profili di incoerenza del regime delle scansioni temporali del giudizio di riesame; l'autonomo rilievo decadenziale attribuito al termine di cinque giorni per la trasmissione degli atti, invero, «appare disarmonico in riferimento all'effetto di garanzia di *habeas corpus* che, nel ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco, il legislatore ha inteso attribuire alla rigida disciplina in questione»²¹.

Tale primo termine risulta strumentale rispetto al secondo di dieci giorni per la decisione e alla funzione di garanzia chiarita dalla sentenza del giudice delle leggi n. 232 del 1998, già citata, per cui l'indagato deve avere una risposta alla sua richiesta di riesame al massimo entro quindici giorni dal momento in cui

¹⁸ Relativamente al contenuto dell'abnormità v. Cass., Sez. Un., 20 dicembre 2007, Battistella, in *Cass. Pen.*, 2009, suppl. vol. 7/8, 83. In tale sentenza le Sezioni Unite, oltre ad aver ribadito la consolidata giurisprudenza in ordine ai criteri identificativi dell'abnormità, cioè la distinzione tra l'abnormità "strutturale", intesa come singolarità e stranezza del provvedimento da farlo risultare avulso dall'intero ordinamento processuale, e quella "funzionale" che si realizza quando il provvedimento, pur essendo in astratto manifestazione di legittimo potere, si esplicita al di fuori delle ipotesi consentite e al di là di ogni ragionevole limite, determinando la stasi del processo e l'impossibilità di proseguirlo. Con riguardo a tale secondo tipo di abnormità, ha altresì precisato che «ogni fattispecie di indebita regressione costituisce un serio *vulnus* all'*ordo processus*, inteso come sequenza logico-cronologica coordinata di atti ». In dottrina v. DEAN, *Gli atti*, in *Procedura penale*, Torino, 2010, 227.

¹⁹ Così, testualmente, nella sentenza in commento.

²⁰ Sul sistema delle impugnazioni in generale GAITO, *Le impugnazioni in generale*, in *Procedura penale*, cit., 733.

²¹ Così Cass., sez. I, 12 aprile 1999, Greco, in *Cass., pen.*, 2000, 1005.

la stessa perviene alla cancelleria del Tribunale del riesame. Pertanto, senza alterare il rispetto dei principi sottesi ai controlli delle misure cautelari, e nell'ottica di piena realizzazione ed efficienza dei controlli stessi, si potrebbe prevedere un unico termine perentorio di quindici giorni a decorrere dal momento in cui la richiesta di riesame perviene alla cancelleria del tribunale della libertà²².

Dall'altro lato, con riferimento specifico all'intervento del giudice monofilattico con la sentenza *de qua*, va rilevato che se quest'ultima chiarisce ciò che il Tribunale del riesame può e deve fare nell'ipotesi di non trasmissione degli atti, lascia scoperta l'ipotesi di trasmissione parziale²³ degli stessi da parte dell'autorità procedente. Occorre chiedersi se, in tal caso, come già statuito dalla Corte monofilattica,²⁴ si deve consentire al Tribunale di "integrare" il suo materiale decisorio e, quindi, di rinviare l'udienza consentendo una trasmissione frazionata²⁵, oppure debbano valere soluzioni alternative quali la caducazione della misura o il preliminare tentativo di decidere comunque sulla base dei soli atti già trasmessi (anche quest'ultima soluzione già sostenuta dalla suprema Corte²⁶).

È da ritenere che, tra le soluzioni prospettate, l'unica compatibile con il principio sancito con la sentenza in commento e con tutte le regole e i principi alla stessa sottesi, è quella che comporta l'obbligo di dichiarare la caducazione della misura cautelare²⁷.

²² Soluzione prospettata anche dalla sentenza in commento, p. 6.

²³ E' da notare che nell'ottica del legislatore del 1988 la trasmissione degli atti era totale, come si evince dal silenzio dei lavori preparatori in ordine alla eventualità di un loro invio frazionato.

²⁴ Sez. Un., 18 giugno 1993, n. 14, Dell'Olmo e altro, in *Cass. Pen.*, 1994, 2637 con nota di DE STEFANO, *Sezioni unite, «tempi» del riesame e termine ex art. 294 c.p.p.*. Inoltre, Cass., sez. I, 28 gennaio 1994, Baglio, in *Cass. Pen.*, 1995, 3429, con nota di ADORNO, *Termine per la decisione del tribunale del riesame, trasmissione «frazionata» degli atti, richieste di riesame proposte separatamente da più indagati o imputati nel medesimo procedimento.*

²⁵ Relativamente ai vari orientamenti sussistenti sul punto prima della modifica operata all'art.309 c.p.p. dal legislatore del 1995, v. ATZEL, *Trasmissione frazionata degli atti e decorso del termine per il riesame di provvedimenti sulla libertà personale*, in *Giur.it.*, 1994, II, 552.

²⁶ Cass., sez., III, 10 luglio 2007, ;Cass., sez. VI, 19 novembre 1997, Bologna, in *Cass. Pen.*, 1999, 1550, in linea con Cass., sez. un, 20 novembre 1996, Glicora, in *Cass. Pen.*, 1997, 2037.

²⁷ Occorre precisare che sul punto, a prescindere dalla pronuncia in commento, sussiste già un contrasto giurisprudenziale. In tali casi, invero, la suprema Corte ha statuito che il tribunale deve necessariamente deliberare entro dieci giorni con un provvedimento definitivo e non interlocutorio (v. Cass., sez. III, 21 novembre 2007, Mastrodicasa, in *CED Cass.*); in altri, invece, ha precisato che, nell'ipotesi di trasmissione incompleta che non rende possibile la decisione, il tribunale può chiedere un'integrazione con nuova decorrenza del termine di dieci giorni dalla ricezione degli atti (Cass., sez. III, 11 ottobre 2007, Sbardella, in *CED Cass.*). Per un approfondimento di tali pronunce FIORENTIN, *Il riesame*, in *Le misure cautelari reali*, a cura di Spangher e Santoriello, cit, 333.

ARCHIVIO PENALE 2011, n. 3

Si auspica, in conclusione, che l'interpretazione da ultimo fornita dalla suprema Corte sia confermata dalle Sezioni unite investite della questione, congedando l'orientamento consolidato, forse più attento a rispondere a difficoltà organizzative degli uffici giudiziari che ad un totale rispetto della *littera legis* e dei principi di riferimento.