

QUESTIONI APERTE

Misure cautelari

La decisione

Misure cautelari - Ordinanza g.i.p. - Modifica della misura - Giudicato cautelare - Interesse a impugnare (Cost., art. 111 Cost., C.p.p. artt. 274, 275, 299, 648, 649)

L'ordinanza modificativa della modalità di esecuzione della misura cautelare non dà luogo a un nuovo e autonomo titolo cautelare non potendo, dunque, passare in giudicato, anche in caso di mancanza di impugnazione. Esiste, perciò, anche dopo l'emissione della predetta ordinanza modificativa, l'interesse dell'accusa a impugnare non tanto quest'ultima, ma il titolo esecutivo, ossia l'ordinanza genetica della misura.

CASSAZIONE, SEZIONE SESTA, 30 novembre 2021, CRISUOLO, *Presidente* - EPIDENDIO, P.G. - D.R., *Ricorrente*.

Il momento del giudicato cautelare

La Corte di cassazione ha affrontato il tema del giudicato cautelare, sostenendo che l'ordinanza modificativa del luogo di esecuzione della misura cautelare già applicata non possa passare in giudicato e che, quindi, permanga in capo all'accusa l'interesse a impugnare qualunque delle ordinanze successive a quella considerata titolo cautelare.

The moment of preliminary ruling

The Corte di cassazione has dealt with the issue of precautionary judgement, stating that the ordinance which modifies the place of execution of the precautionary measure already applied cannot become definitive and that, therefore, the prosecution still has an interest in challenging any of the ordinances subsequent to the one considered as a precautionary measure.

SOMMARIO: 1. Il momento del giudicato - 2. La sentenza - 3. Gli interrogativi della difesa e la decisione della Corte di Cassazione - 4. Il dubbio di sistema: su quali provvedimenti si forma il giudicato. - 5. Il caso di specie - 6. Conclusioni

1. *Il momento del giudicato.* Il giudicato, così come individuato nell'art. 648 c.p.p., si potrebbe identificare nell'irrevocabilità¹ dei provvedimenti pronunciati in giudizio contro cui non è ammessa impugnazione o il termine per proporla è inutilmente decorso. Leggendo l'art. 649 c.p.p. si comprende che la certezza, in senso oggettivo, derivante dalla stabilità della sentenza si riflette sulla certezza, questa volta in senso soggettivo, del *ne bis in idem*: nella possibilità, dunque, di sottrarre l'individuo alla eventuale illimitata persecuzione, a seguito della continua attività dell'organo accusatorio.

¹ Tra gli altri, sull'irrevocabilità e sul rapporto con l'esecutività SANTORIELLO, *Formulario del processo penale*, Torino, 2006, 3136 ss.

La cosa giudicata può essere intesa in senso formale o sostanziale. La prima concerne l'irrevocabilità della sentenza, l'intangibilità della pronuncia tanto dal giudice quanto dalle parti che non possono più impugnare, così da creare una serie di preclusioni processuali nei diversi gradi di giudizio. La cosa giudicata in senso formale, perciò, recide i legami tra il caso concreto e la giustizia, esclude che si possa ritornare sulla decisione, salvi casi peculiari². La formazione della cosa giudicata formale passa attraverso la non impugnabilità della pronuncia, sia essa derivante dalla scadenza dei termini sia dipendente dall'assenza di ulteriori mezzi impugnatori rispetto a quelli utilizzati e, dunque, tramite una serie di preclusioni che denotano l'avanzamento del processo penale, anche alla luce della lettura dell'art. 111 co. 2 della Costituzione³. In questo senso l'effetto del giudicato è un effetto meramente preclusivo: ha carattere prettamente processuale e prescinde dal contenuto dell'accertamento penale⁴.

La certezza del comando giuridico deriva, però, oltre che dalla cosa giudicata formale che ne è un presupposto, anche dalla formazione di una cosa giudicata sostanziale⁵. Quest'ultima può essere intesa in senso positivo come vincolo dato alle autorità, o meglio ai giudici che possono utilizzarla come regola del decidere, e ai privati in relazione al caso concreto analizzato e in senso negativo come dovere del giudice di non discostarsi da quanto già pronunciato e di non procedere al giudizio quando si tratti di stesso fatto e di stessa persona⁶.

La stabilità (intesa sia in senso oggettivo sia in senso soggettivo) si collega alle funzioni del giudicato penale, tra cui quella di evitare che ci sia un conflitto di giudicati, sia esso teorico o pratico e, quindi, relativo o all'emissione di due o più sentenze irrevocabili tra loro inconciliabili o all'emissione di due sentenze che concernano lo stesso fatto e la stessa persona, ma che diano due soluzioni contrastanti⁷.

Il concetto di giudicato e, dunque, della sua irrevocabilità ha cambiato consi-

² LUPACCHINI, *Profili sistematici delle impugnazioni penali*, in *Le Impugnazioni Penali*, Gaito (diretto da), Torino, 1998, vol. I, 116-117.

³ LUPACCHINI, *Profili sistematici delle impugnazioni penali*, 120-121.

⁴ CALLARI, *Firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009, 19.

⁵ DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata*, Milano, 1963, 153.

⁶ GIOVENE, *Il giudicato*, cit. 426; CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, cit., 6 e 19 e in relazione al *ne bis in idem* 131-146; SIRACUSANO, TRANCHINA, ZAPPALÀ, *Elementi di diritto processuale penale*, Milano, 2003, 296.

⁷ LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2007, VII ed., 757-759; TONINI, *Manuale di procedura penale*, Torino, 2020, XX ed., 487982-984; GIOVENE, *Il giudicato*, in *Dig. dis. pen.*, Torino, 1990, V ed., 428-430.

stenza nel corso degli anni⁸. Inizialmente, nel codice vigente nel periodo fascista, il giudicato, la sua inviolabilità e intangibilità erano utilizzati per sostenere l'infallibilità dello Stato e delle relative decisioni, per postulare, quindi, la correttezza delle sentenze emanate dai giudici che, quali organi dello stato, erano esenti da possibili errori. Con l'ingresso della Costituzione nel nostro Paese, invece, più che lo Stato quale elemento centrale della procedura, si sono introdotti i diritti fondamentali e inviolabili della persona, tutelati attraverso una serie di istituti sostanziali e processuali che permettessero un loro perdurante esercizio non solo durante il procedimento penale, ma anche successivamente all'emanazione della sentenza passata in giudicato⁹.

Il giudicato ha, indubbiamente, una funzione costituzionale che coinvolge la stabilità delle decisioni giudiziarie, richiamando prima di tutti il principio della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 della Costituzione. Non si può, quindi, prescindere dalla formazione di un accertamento definitivo, in grado di concludere una vicenda processuale, anche tenendo in considerazione la tensione verso la verità fattuale (mai raggiungibile dall'accertamento giudiziale) che da sempre è propria del processo penale¹⁰. La certezza e la stabilità sono assolutamente necessarie per evitare che la società possa subire la presenza di liti definibili come "focolaio cronico" perché mai concluse e sempre foriere di nuove tensioni¹¹. È necessario che la vicenda processuale arrivi a una conclusione e che, quindi, anche eventuali vizi (*in procedendo* o *in iudicando*) vengano assorbiti dalla decisione finale, definitiva. Il giudicato, come istituto processuale, appare necessario, quindi, sia per rendere l'ordinamento stabile e in grado di porre un limite alle controversie tra i consociati sia per evitare che uno stesso soggetto possa essere perseguito più volte per lo stesso fatto¹². La tutela è dettata, cioè, tanto nei confronti della società quanto nei confronti dei singoli che la formano.

In questo senso i termini il giudicato penale può essere inteso sia come la prevedibilità dell'azione dello Stato nei confronti del cittadino e, dunque, la

⁸ Sul tema, CALLARI, *Firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, cit. 10 ss. Inizialmente il giudicato penale si considerava esistente al momento dell'emissione della sentenza, solo successivamente si è ammesso il giudizio di appello e, quindi, solo allora si è potuto considerare il giudicato penale come successivo. In tema di evoluzione storica del principio di intangibilità del giudicato penale, CALLARI, *Firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, cit. 59 ss.

⁹ TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁰ GROSSIO, *La ridefinizione dei rapporti tra giudicato penale e giudizio civile alla luce del diritto dell'Unione europea*, in *Riv.eurojus.it*, 2020, 4, 231-232.

¹¹ CALLARI, *Firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, cit., 175.

¹² TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 3-4.

capacità di quest'ultimo di valutare quali azioni commettere e quali evitare e come lo Stato sarà in grado di rispondere sia come intangibilità delle situazioni giuridiche acquisite¹³. Di conseguenza la certezza, dettata dal giudicato penale e, quindi, l'irrevocabilità della pronuncia è requisito essenziale per la successiva esecuzione (di cui all'art. 650 c.p.p.) in ragione della necessità di conformarsi a quanto stabilito dal giudice e non più modificabile, salvi casi particolari¹⁴.

Pur tenendo ferme le considerazioni circa la necessità di certezza delle statuizioni giudiziali¹⁵, sarebbe impossibile impedire una modificazione delle pronunce che si ritengono ingiuste o illegittime; infatti, diversi dibattiti sono sorti circa la postulabilità di un principio così incisivo. Proprio in ragione del sopra citato art. 24 della Costituzione, nel comma 4, si deve rilevare la necessità di costruire un apparato idoneo a correggere gli errori giudiziari. Si ammette, dunque, la fallibilità delle decisioni giudiziarie, ma non si permette che le stesse possano pregiudicare diritti inviolabili dell'individuo. Infatti, alla luce della lettura dell'art. 27 della Costituzione, si comprende che il giudicato non può essere un ostacolo alla rimodulazione della condanna definitiva emanata a seguito della sentenza "conclusiva"¹⁶.

La stabilità o la fissità non possono essere considerate, in questo senso, un vantaggio. In funzione della mutabilità delle circostanze del caso concreto non possono non essere messe in discussione, soprattutto in un sistema, come il nostro, che può definirsi un «sistema accertativo ispirato ai diritti fondamentali della persona»¹⁷. Non è un caso che lo stesso istituto processuale anche nell'ambito civilistico è stato introdotto e trova spiegazione da un lato dalla necessità di garantire certezza e, dall'altro, di garantire i diritti fondamentali della persona e un equilibrio di sistema¹⁸.

La soluzione trovata dalla dottrina è quella di pensare a un giudicato "flessibile". Un giudicato, quindi, sottoponibile a nuovi mezzi di impugnazione, seppur straordinari, attraverso i quali si rimette in discussione quanto deciso "definitivamente". Sul tema si sono pronunciate sia la Corte di Giustizia sia la

¹³ CALLARI, *Firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, cit., 175.

¹⁴ SIRACUSANO, TRANCHINA, ZAPPALÀ, *Elementi di diritto processuale penale*, cit., 298.

¹⁵ GROSSIO, *La ridefinizione dei rapporti tra giudicato penale e giudizio civile alla luce del diritto dell'Unione europea*, cit., 233, l'autore sottolinea come il giudicato sia un principio generale anche dell'unione europea in ragione della sua idoneità a garantire la certezza del diritto.

¹⁶ TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 3-4.

¹⁷ DALIA, FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 757.

¹⁸ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2000, V ed., 1129.

Corte EDU. La prima con giurisprudenza costante¹⁹ ha sostenuto la centralità che il giudicato riveste nei diversi ordinamenti interni, oltre che nel diritto dell'Unione Europea, tale che il diritto europeo non può imporre la disapplicazione delle norme processuali interne volte ad attribuire l'autorità di cosa giudicata, anche quando la disapplicazione potrebbe essere l'unica soluzione per una corretta attuazione del diritto europeo. L'intangibilità del giudicato non permette, quindi, di porre un rimedio alla violazione del diritto europeo nel processo conclusosi con sentenza definitiva. Per poter bilanciare l'istituto del giudicato con la garanzia dell'effettività del diritto dell'UE ed evitare che si possa arrecare un pregiudizio eccessivo all'applicazione del diritto sovranazionale, il limite che viene posto al giudicato è relativo agli effetti civili che esso è in grado di creare. Infatti, se alcuna azione è esperibile per eliminare il giudicato penale nel procedimento ormai definitivo, può limitarsi, però, l'effetto che il giudicato emesso in violazione delle norme dell'Unione possa prodursi in un diverso procedimento civile²⁰.

La seconda, la Corte di Strasburgo, si è espressa più volte prendendo una posizione decisamente distante da quella della Corte di Giustizia, chiedendo agli stati di prevedere una normativa interna in grado di assicurare anche l'esecuzione delle sentenze emesse dalla Corte di Strasburgo e, quindi, di rescindere l'effetto del giudicato quando emesso in violazione dei principi fondamentali della CEDU. La Corte, quindi, si è pronunciata²¹ chiedendo agli Stati membri di rispettare gli impegni sovranazionali, evitando che la procedura interna potesse violare diritti fondamentali degli individui e invitando i singoli Stati a ripensare le suddette procedure per eliminare i contrasti tra ordinamento interno e sovranazionale. Questa esigenza ha spinto ancora di più il giudicato ad allontanarsi dalla funzione inizialmente attribuitagli (l'infallibilità delle decisioni statali) e ad assurgere a strumento tutelante i diritti inviolabili dei componenti dell'ordinamento.

Sono un esempio di questi strumenti la restituzione in termini del contumace per proporre impugnazione (art. 175 co. 2 c.p.p.), il potere del giudice dell'esecuzione di intervenire per modificare la pena irrogata, il ricorso straordinario per Cassazione (art. 625 *bis* c.p.p.), la rescissione del giudicato

¹⁹ Corte Giust. UE, 30 settembre 2003, causa C-224/01, Kobler; Id., 18 luglio 2007, causa C-119/05, Lucchini; Id., 3 settembre 2009, causa C-2/08, Fallimento Olimpiclub; Id., 2 aprile 2020, cause riunite C-370/17 e C-37/18, CRPNPAC.

²⁰ GROSSIO, *La ridefinizione dei rapporti tra giudicato penale e giudizio civile alla luce del diritto dell'Unione europea*, cit., 235-242.

²¹ In alcune sentenze più che conosciute, Corte EDU, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia; Id., 8 gennaio 2008, Ercolano c. Italia.

(art. 625 *ter* c.p.p.), la revisione (art. 630 c.p.p.), la revisione europea (introdotta dopo la pronuncia della Corte Costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva la riapertura del processo in attuazione di una sentenza resa dalla Corte EDU, l'incidente di esecuzione (art. 670 c.p.p.).

Oggi, quindi, il giudicato deve essere interpretato calibrando la necessità di decisioni certe e stabili con la garanzia concreta dei diritti fondamentali. Dunque, la preclusione (quale meccanismo formale che conduce alla costruzione del giudicato) non può validamente operare qualora violi diritti fondamentali della persona e deve essere, per questo, interpretato in senso europeista. In sostanza, la tutela dei diritti inviolabili, riconosciuti sia dall'ordinamento interno sia dall'ordinamento sovranazionale è in grado di piegare il "dogma" del giudicato²².

Dunque, il giudicato odierno è indebolito rispetto alla concezione originaria, ma solo ed esclusivamente a vantaggio e, mai, a discapito del condannato e dei suoi diritti inviolabili²³.

Occorre ora capire, però, quali siano le conseguenze di questa interpretazione "flessibile" del giudicato sul procedimento cautelare, intriso di incertezza e variabilità, e nel caso concreto.

2. *La sentenza.* La sentenza in commento²⁴ affronta le questioni del giudicato cautelare e dell'interesse a impugnare l'ordinanza applicativa della misura cautelare. Nel caso di specie, infatti, il g.i.p. aveva emesso una prima ordinanza (il 30.12.2019) nella quale disponeva l'applicazione della misura cautelare in carcere, una seconda (il 24.06.2020), che modificando *in melius* la prima, prevedeva l'esecuzione della misura degli arresti domiciliari presso una comunità terapeutica. Infine, il g.i.p., sempre su sollecitazione della difesa, sostituiva la misura meno afflittiva con quella degli arresti domiciliari presso l'abitazione del ricorrente (il 2.12.2020). Prima dell'ultima modifica il P.M. proponeva appello avverso la seconda ordinanza emessa dal g.i.p., concer-

²² TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, cit. 16-19. Sul tema degli effetti del giudicato a seguito della declaratoria di incostituzionalità di norme penali e processuali, TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, cit. 23-28; GROSSIO, *La ridefinizione dei rapporti tra giudicato penale e giudizio civile alla luce del diritto dell'Unione europea*, cit., 233 l'autore sottolinea che il rapporto tra giudicato interno e ordinamento dell'Unione Europea ha creato questioni analoghe a quelle dibattute nel rapporto tra giudicato interno e esecuzione delle sentenze della Corte EDU.

²³ VIGANÒ, *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

²⁴ Cass., Sez. VI, 30 novembre 2021, D.R., in questa *Rivista*.

nente l'applicazione degli arresti domiciliari in comunità, senza però che il giudizio di secondo grado fosse concluso prima dell'emissione della terza ordinanza.

3. *Gli interrogativi della difesa e la decisione della Corte di cassazione.* Gli interrogativi principali, posti dalla difesa e correlati tra loro, cui la Corte di cassazione ha espresso parere negativo, rigettando il ricorso, sono due: se esiste un giudicato cautelare sull'ordinanza emessa dal g.i.p.; se il P.M., nel caso di specie, continuava ad avere un interesse a impugnare, non avendo contestato la ordinanza successiva presupponente la conferma della prima.

La difesa sosteneva che la mancata impugnazione (del P.M.) dell'ordinanza che sostituiva la misura degli arresti domiciliari in comunità con quella degli arresti domiciliari presso l'abitazione dell'imputato, avesse prodotto il passaggio in giudicato della stessa ordinanza. La definitività e immodificabilità di quella seconda ordinanza, dunque, avrebbe privato di interesse lo stesso P.M. alla prosecuzione del giudizio di appello al vaglio del quale si poneva l'ordinanza avente a oggetto i domiciliari presso la struttura terapeutica.

In sostanza la difesa aveva cercato di sottolineare la possibilità di un ampliamento degli effetti del giudicato cautelare. Ha tentato, quindi, di superare l'idea del giudicato nel solo caso di mancata impugnazione della decisione del riesame o dell'appello, decisione presa nel contraddittorio tra le parti, e ampliare lo stesso alla mancata impugnazione delle specifiche modifiche, successive all'emissione dell'ordinanza genetica, costituente titolo di esecuzione della misura.

Quale conseguenza diretta dell'estensione degli effetti del giudicato ci sarebbe la mancanza di interesse a impugnare. In realtà due potrebbero essere i versanti sui quali si esplicherebbe questa sopravvenuta mancanza di interesse. Il primo concerne, appunto, la formazione del giudicato. Il P.M., non impugnando l'ultima ordinanza modificativa della misura, l'avrebbe fatta passare in giudicato e, quindi, l'appello per mezzo del quale si voleva contraddire sulla misura precedentemente adottata (e non più sull'ultima, in ordine cronologico) perderebbe di senso. Il secondo riguarda, più che una logica conseguenza del giudicato, una regola di valutazione: se nelle more della decisione in appello circa l'ordinanza più afflittiva viene emanata una diversa ordinanza di applicazione di misura meno afflittiva, pur avendo il P.M. la possibilità di proseguire nel giudizio, sussiste davvero un interesse ad aggravare una misura, già sostituita con una meno grave?

La Suprema Corte criticando i motivi di ricorso presentati ha sottolineato

l'errata convinzione della difesa nell'individuazione dei confini della definitività della decisione. La scelta di variare il luogo di esecuzione degli arresti domiciliari, pur presupponendo un giudizio di adeguatezza dell'intervento, non è in grado di assurgere a nuovo titolo cautelare. Si tratta di una mera modifica delle modalità applicative e non dell'emanazione di un nuovo titolo, appunto, idoneo a sostituire il primo, disciplinante la custodia cautelare in carcere. La Corte sostiene, dunque, che non trattandosi di un nuovo titolo sul quale fondare l'applicazione della misura cautelare, non vi sia alcun contrasto tra la modifica effettuata dal g.i.p. e l'appello proposto dal P.M. Argomentando, la Corte sottolinea l'importanza di bilanciare gli effetti del giudicato (che sarebbero propri del giudizio ordinario) con il momento procedimentale in cui ci si trova: la fase cautelare è da sé una fase *in divenire* e pensare che possa determinarsi una intangibilità della pronuncia a seguito di ogni istanza di modifica, sarebbe contrario al significato intrinseco del sistema cautelare.

4. *Il dubbio di sistema: su quali provvedimenti si forma il giudicato.* Il principio del giudicato, mutuato dal giudizio ordinario e astrattamente applicabile, sembra potersi adeguare, con le dovute attenzioni, all'accertamento provvisorio e costantemente modificabile delle situazioni giuridiche, intrinseco nel procedimento cautelare²⁵. Originariamente, infatti, parte della dottrina riteneva che i provvedimenti cautelari, rispetto a quanto dedotto o deducibile, costituissero delle decisioni irrevocabili, salvi ulteriori mutamenti dei fatti²⁶. Successivamente si è sostenuto che il giudicato cautelare fosse relativo alle sole questioni dedotte, non solo esplicitamente, ma anche implicitamente e che il deducibile non potesse formare giudicato²⁷. La questione principale attiene,

²⁵ ALBANO, *L'estensione delle impugnazioni in materia cautelare tra modelli tradizionali e nuove prospettive di sviluppo*, in *Cass. pen.*, 2018, 1, 444.

²⁶ DELVECCHIO, *La nebulosa fisionomia del giudicato cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 11, 1399. L'autrice richiamando la giurisprudenza Cass., Sez. un., 21 luglio 1993, Dell'omo, in *Mass. Uff.* 184312, sostiene che i fatti nuovi devono essere considerati in senso cronologico: fatti sopravvenuti all'emissione del provvedimento. BONAFINE, *I confini del giudicato cautelare e l'inammissibilità della domanda rigettata nel merito e riproposta*, in *Judicium*, 12 settembre 2019, 1, l'autore commenta che ne procedimento civile il giudicato si formi sia su quanto dedotto sia su quanto deducibile in giudizio.

²⁷ ALBANO, *L'estensione delle impugnazioni in materia cautelare tra modelli tradizionali e nuove prospettive di sviluppo*, cit., 444; CORBETTA, FILIPPI, SPANGHER, *Commento all'art. 299 c.p.p., Revoca e sostituzione delle misure*, in *Atti difensivi penali*, Assago, 2019, IV, 608; SPANGHER, *Le impugnazioni delle misure cautelari*, in *Le impugnazioni penali*, Padova, 2019, 542.

Sul tema, in giurisprudenza, Cass., Sez. IV, 29 aprile 2003, Maska, in *Mass. Uff.* 226197; Id., Sez. un., 24 maggio 2004, Romagnoli, in *Mass. Uff.* 228117; Id., Sez. IV, 28 novembre 2008, Schembri, in *Mass. Uff.* 242502; Id., Sez. IV, 4 giugno 2009, Mariani, in *Mass. Uff.* 244976; Id., Sez. VI, 27 ottobre 2010, Riviezi, in *Mass. Uff.* 248804.

infatti, proprio alle caratteristiche essenziali del procedimento cautelare, come già sottolineato, in continuo mutamento. Ciò è ben visibile nel sistema di cui all'art. 299 c.p.p. che disciplina l'immediata adozione di provvedimenti di revoca e sostituzione *in melius* o *in peius* nei casi in cui vengano meno i gravi indizi o le esigenze cautelari o, al contrario, si aggravino le predette esigenze. Dunque, il concetto di giudicato deve essere interpretato, in questo procedimento dotato di "intrinseca provvisorietà"²⁸, diversamente. Non ci si può riferire pedissequamente agli artt. 648 e 649 c.p.p., che presuppongono una situazione di esaurimento del procedimento e di stabilità della situazione giuridica e non una mera valenza endoprocessuale, ma il giudicato e i suoi effetti devono bilanciarsi con le peculiarità dei procedimenti *de libertate*, manchevoli della definitività e, anzi, fondati su "premesse variabili"²⁹. Il giudicato deve essere inteso, quindi, come uno "sbarramento", una preclusione di mera natura processuale, subordinata alla stabilità dei presupposti a fondamento della decisione³⁰. Non si tratta, dunque, del giudicato sostanziale, ma di una preclusione endoprocessuale che esplica i propri effetti solo qualora rimangano invariati i presupposti su cui il provvedimento cautelare si fonda³¹.

Il fine del giudicato cautelare è quello di ostacolare la reiterazione di istanze che trovano la loro ragione nelle medesime situazioni di fatto o di diritto e limitare le richieste, sotto forma di revoca, di impugnazione del provvedimento genetico, anche in caso di decadenza dai termini per l'utilizzo del mezzo di cui agli artt. 309 o 310 c.p.p.³² Si tratta, in sostanza, di un equilibrio tra giustizia, celerità e certezza del procedimento³³.

Sul tema la giurisprudenza si è scissa in tre diversi orientamenti. Il primo, più

²⁸ LUCARELLI, *L'istituto del giudicato*, Torino, 2006, 210 e 226.

²⁹ BASSI, *Questioni problematiche in tema di cautela personale*, nel corso della Scuola Superiore di Magistratura *Tirocinio mirato giudicanti penale*, 22 ottobre 2018; DELVECCHIO, *La nebulosa fisionomia del giudicato cautelare*, cit., 1399-1400; FADATI, REBECCA, *Appunti sul giudicato cautelare*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 1, 9.

³⁰ ALBANO, *L'estensione delle impugnazioni in materia cautelare tra modelli tradizionali e nuove prospettive di sviluppo*, cit., 445. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit. 487, si tratterebbe, quindi, di un giudicato "allo stato degli atti".

³¹ BASSI, *Questioni problematiche in tema di cautela personale*, cit.; DELVECCHIO, *La nebulosa fisionomia del giudicato cautelare*, cit., 1400. ALBANO, *L'estensione delle impugnazioni in materia cautelare tra modelli tradizionali e nuove prospettive di sviluppo*, cit., specifica che la funzione del giudicato è proprio quella di evitare che vengano riformulate medesime proposte sulla base di condizioni di fatto o argomenti già analizzati per l'emissione di precedenti decisioni.

³² CORBETTA, FILIPPI, SPANGHER, *Commento all'art. 299 c.p.p., Revoca e sostituzione delle misure*, cit., 602.

³³ DELL'ANNO, *Impugnazioni (nei procedimenti cautelari)*, in *Dig. Pen.*, 2008, IV agg. 493 ss.; CORBETTA, FILIPPI, SPANGHER, *Commento all'art. 299 c.p.p., Revoca e sostituzione delle misure*, cit., 601.

rigoroso, congiuntamente alla dottrina maggioritaria, ha sottolineato che la preclusione del giudicato si forma al momento della scadenza del termine individuato per l'impugnazione dell'originario provvedimento o al momento dell'esaurimento dei gradi di impugnazione. Dunque, nuove valutazioni circa l'adeguatezza e la proporzionalità della misura possono essere effettuate solo in presenza di nuovi elementi, non valutabili (perché non esistenti) al momento dell'emissione del provvedimento³⁴.

Il secondo orientamento ha sostenuto che la preclusione del giudicato cautelare possa formarsi solo qualora il titolo cautelare (originario o genetico) sia stato impugnato o qualora siano state impugunate con l'appello le ordinanze di cui all'art. 299 c.p.p.³⁵

Secondo l'ultimo orientamento, intermedio, il giudicato cautelare non si formerebbe qualora l'ordinanza genetica non sia stata impugnata, ma si realizzerebbe nel caso in cui non sia stata impugnata una successiva ordinanza emanata ex art. 299 c.p.p. La giurisprudenza per individuare questa soluzione ha sottolineato la distinzione, già presente nell'ordinamento, tra i provvedimenti genetici e quelli modificativi del regime. In ragione di ciò ha escluso che la preclusione possa operare nei casi di mancata impugnazione del provvedimento originario e che, al contrario, abbia efficacia sulle questioni per cui è applicabile l'art. 299 c.p.p. Diversamente dai provvedimenti originari (genetici), le ordinanze modificative qualora non vengano impugunate, in ragione della stretta correlazione tra gli eventi fattuali e la scelta di modificazione della misura, sono idonee a passare in giudicato per il mancato utilizzo degli strumenti di reazione che il sistema processuale ha fornito³⁶.

Come la giurisprudenza recente, anche la dottrina sostiene, però, che a passare in giudicato possano essere solo le ordinanze genetiche, quelle produttive, quindi, del titolo idoneo all'applicazione della misura cautelare, qualora non impugunate nei termini o qualora si siano esauriti i mezzi di impugnazione e che non siano suscettibili di passare in giudicato le ordinanze solo modificative di un regime già deciso³⁷.

³⁴ Cass., Sez. un., 27 gennaio 1994, Galluccio, in *Mass. Uff.* 195806; Id., Sez. III, 13 dicembre 1999, Pinto, in *Mass. Uff.* 214901; Id., Sez. V, 12 aprile 2002, n. 16902, in *Mass. Uff.* 221359. Conformemente all'orientamento maggioritario, recente, Cass., Sez. VI, 29 aprile 2021, n. 16480.

³⁵ Cass., Sez. un. 8 novembre 1993, Durante, in *Mass. Uff.* 195354; Id., Sez. un., 28 luglio 1994, Buffa, in *Mass. Uff.* 198213; Id., Sez. un., 8 luglio 1994, nn. 12 e 13, Palumbo e Pirro.

³⁶ Cass., Sez. VI, 4 maggio 1999, Romeo, in *Mass. Uff.* 214052; Id., Sez. IV, 27 febbraio 1997, Giantin, in *Mass. Uff.* 206565; Id., Sez. IV, 20 settembre 1996, Caccamo, in *Mass. Uff.* 205573.

³⁷ ALBANO, *L'estensione delle impugnazioni in materia cautelare tra modelli tradizionali e nuove prospettive di sviluppo*, cit., 444; LUCARELLI, *L'istituto del giudicato*, cit., 219.

4. *Il caso di specie*. Nel caso qui analizzato la Corte di cassazione ha seguito l'orientamento maggioritario. Non solo era stata impugnata l'ordinanza genetica (dalla difesa), ma il giudice aveva (sempre su sollecitazione della difesa) emesso altre ordinanze modificative della prima. In più il P.M. aveva impugnato per mezzo dell'appello proprio l'ordinanza che sostituiva la misura della custodia cautelare in carcere con quella che prevedeva gli arresti domiciliari presso una struttura terapeutica. L'ordinanza, dunque, non variava semplicemente il luogo di attuazione della misura, ma il tipo di restrizione; diversamente quella che la difesa sosteneva passata in giudicato aveva come unico scopo quello di sostituire il luogo della detenzione domiciliare. La Corte di cassazione ha, infatti, sostenuto che non fosse passibile di giudicato l'ordinanza meramente modificativa di una precedente, genetica della misura, tanto che era sufficiente l'appello del P.M. a quella cronologicamente precedente.

Dunque, sorge spontanea una domanda: se la preclusione determina la stabilità della decisione non impugnata (salvi i cambiamenti delle condizioni specifiche) analogamente a come opera il giudicato, occorre verificare se sia o meno corretto postulare che solo per alcuni dei provvedimenti emessi nell'ambito del procedimento cautelare potrebbe prodursi l'effetto in discorso.

Ancora, il giudicato cautelare ha la funzione di evitare che le medesime richieste vengano più volte passate al vaglio del giudice, in assenza di *novus*, e quindi, perché, in linea con questa *ratio*, non dovrebbe formarsi il giudicato sulle ordinanze di cui all'art. 299 c.p.p. quando anche solo modificative.

Il giudicato, invero, esplica i propri effetti su qualunque decisione emessa e non impugnata o sulla decisione ormai vagliata in tutti i gradi di giudizio, senza una differenza tra i tipi di provvedimenti emessi. Così, non essendo scandita a livello di enunciati legislativi espliciti, nel procedimento cautelare, una norma che disponga diversamente da quanto agli artt. 648 e 649 c.p.p., non si vede il motivo per cui occorra distinguere (tra genetici e non) i provvedimenti idonei al passaggio in giudicato³⁸.

D'altronde, come nel caso di specie, l'ordinanza modificativa sottendeva una

³⁸ Sul tema e, dunque, sulla possibilità di impugnazione di tutte le ordinanze emesse nel procedimento cautelare, anche quelle inerenti all'attenuazione o inasprimento del grado di afflittività, relative al luogo di custodia e alle modalità di esecuzione degli arresti domiciliari, CONFALONIERI, *I controlli sulle misure cautelari*, in *Le impugnazioni penali*, Gaito (diretto da), Torino, 1998, vol. II, 896; PALLA, *Sull'appellabilità dei provvedimenti che regolano le modalità di esecuzione degli arresti domiciliari*, in *Cass. pen.* 1997, 793; Cass. Sez. un., 21 gennaio 1997, Lombardi, in *Mass. Uff.* 206465.

valutazione specifica, legata a un'esigenza concreta e contestuale; al contrario, l'ordinanza impugnata cambiava certamente in maniera significativa il regime di restrizione, ma non si fondava sugli stessi presupposti e sulle stesse valutazioni. Dunque, anche l'oggetto del giudizio di appello sarebbe stato diverso da quanto poi stabilito dal giudice nell'ordinanza successiva.

Si dovrebbe concludere, quindi, come aveva invano propugnato la difesa, che qualora non vengano impuginate (usando i mezzi a disposizione), anche le ordinanze modificative passano in giudicato.

La stabilità, anche se diversa rispetto a quella del giudicato "ordinario" sta proprio nell'impossibilità di modificare quanto deciso senza avere alcunché di nuovo da sottoporre al vaglio del giudice e non è chiaro perché ciò non possa valere anche per le modifiche più semplici tra quelle di cui all'art. 299 c.p.p.

Si potrebbe, però, obiettare che oggi il giudicato ha una sua "flessibilità", come sopra richiamata e che, quindi, focalizzarsi sulla stabilità e immutabilità della pronuncia non impugnata sia scorretto o, comunque, non rispettoso dei nuovi dettami europei. In realtà, ciò che non può essere diverso rispetto al giudicato ordinario è proprio la sua "flessibilità" solo a favore del condannato, in questo caso ancora indagato. Infatti, se il giudicato ha perso nel tempo la sua fissità quando è necessario tutelare concretamente i diritti fondamentali dell'individuo e, quindi, solo quando la "fluidità" sia *pro reo*, nel caso di specie, minare la validità del giudicato non appare affatto favorevole all'indagato. Al contrario, invece, escludere che possa formarsi il giudicato su una pronuncia non autonomamente impugnata dal P.M., idonea a variare la situazione giuridica del soggetto in maniera favorevole all'imputato, non sembra in linea con i principi su cui si fonda né il procedimento cautelare né la funzione del giudicato.

Il P.M. aveva, dunque, l'obbligo di impugnare autonomamente l'ultima ordinanza per contraddire su quanto deciso nella stessa, non potendo estendere l'effetto dell'impugnazione dell'ordinanza precedente alla seguente, potendo vagliarne anche il contenuto e limitando gli effetti del giudicato³⁹. Ancora, l'accusa ha proposto appello avverso la seconda ordinanza emessa dal g.i.p. In primo luogo, occorre considerare che l'appello è previsto come mezzo di impugnazione esperibile avverso ogni ordinanza in tema di misure cautelari personali, dunque, non è chiaro perché, in questo caso, non sarebbe dovuta l'impugnazione⁴⁰. In secondo luogo, visto che si tratta di un mezzo di impu-

³⁹ Ciò è stato valutato anche dal Procuratore Generale che ha discusso presso la Corte di Cassazione chiedendo l'annullamento senza rinvio della pronuncia impugnata.

⁴⁰ CONFALONIERI, *I controlli sulle misure cautelari*, cit., 895.

gnazione in senso stretto in cui a essere sottoposte al vaglio sono solo le questioni criticate nell'atto di ricorso, non vi sarebbe stata una valutazione nel merito di tutta la vicenda cautelare, ma esclusivamente di quanto relativo alla seconda ordinanza emessa e, comunque, sarebbe mancato nel giudizio di appello promosso dal P.M. la critica avverso il nuovo mutamento del luogo della misura, elemento che ben poteva avere interesse a impugnare l'accusa, vista la scelta di appellare l'ordinanza precedente che sostituiva la custodia cautelare in carcere con quella in struttura. L'interesse a impugnare del P.M., anche dopo l'emissione della terza ordinanza, qualora fosse stato ancora sussistente per il P.M., avrebbe dovuto spingerlo a impugnare anche l'ordinanza successiva, che statuendo sul luogo di esecuzione, variava la situazione dell'indagato e arrecava un pregiudizio ben più rilevante alla posizione dell'accusa⁴¹. In caso di mancata impugnazione e, quindi, implicitamente non si vede perché non debba avere una "definitività", quella permessa dal momento processuale in cui ci si trova.

Ciò sempre senza considerare la valutazione effettuata dal giudice rispetto alla vicenda cautelare: il giudice, infatti, dopo una prima ordinanza di custodia cautelare in carcere ha valutato diversamente gli elementi addotti dalle parti, tornando sulla propria decisione e rendendo meno gravosa la misura, prima revocando la custodia cautelare in carcere, per sostituirla con gli arresti domiciliari in struttura, e poi variando il luogo di esecuzione della misura con l'abitazione dell'indagato. Queste valutazioni fanno trasparire la logica utilizzata dal giudice nella scelta progressiva delle misure da applicare. Anche rispetto a siffatte valutazioni il P.M. avrebbe potuto e dovuto operare una scelta differente su quanto rimettere in discussione, impugnando, comunque, l'ultima ordinanza, così da poter discorrere circa la diversa interpretazione dei fatti data dal decidente.

6. *Conclusioni.* In definitiva, la Corte Suprema ha cercato di operare un distinguo tra il giudicato conseguente dall'emanazione di sentenza definitiva e quello operante nel procedimento cautelare. Pur dovendo distinguere le due tipologie di giudicato per evitare di cadere in errore per i motivi sopra individuati, è necessario tenere a mente la funzione unitaria del giudicato e la tutela dei diritti che esso garantisce. Si è già rilevata la funzione della certezza, della stabilità e dell'irrevocabilità della pronuncia nel giudizio ordinario e la stessa Corte ha sottolineato quanto la particolarità del procedimento cautelare inci-

⁴¹ Sull'interesse a impugnare, CONFALONIERI, *I controlli sulle misure cautelari*, cit., 904 ss.

da su questa caratteristica. Ciò non esclude, però, che anche nel procedimento in oggetto quella immodificabilità sia necessaria. D'altronde, se è vero che ci si trova in un momento del procedimento penale *in divenire* che da sé non assicura una fissità e che, quindi, è più complesso da "gestire", è anche vero che sussiste il diritto dell'indagato a non essere oggetto di continue nuove contestazioni e modificazioni della misura inflitta non giustificate. Le ordinanze pur non essendo definitive in senso assoluto, potendo essere revocate e sostituite in ragione di nuovi elementi non precedentemente discussi, devono avere una stabilità fino al sopraggiungimento di eventuali novità in fatto o in diritto. Nella vicenda concreta, appunto, il P.M. ha tralasciato di impugnare un'ordinanza che statuiva qualcosa di diverso da quanto precedentemente deciso dal giudice. Per evitare che la stessa potesse "fare stato", anche se per un periodo limitato, avrebbe dovuto impugnarla criticandone, con specifici motivi, i punti di debolezza. Visto che, al contrario, l'accusa non ha impugnato la pronuncia, ma ha appellato solo quella precedente, dovrebbe permanere intatto il diritto dell'indagato a ritenere certa e non modificabile la propria posizione, così come definita nell'ordinanza, salva la sopravvenienza di nuovi fatti. Se così non fosse, a prescindere dalla corretta impugnazione da parte dell'accusa, l'indagato si troverebbe in un limbo non giustificato.

La Suprema Corte, dunque, ha utilizzato due parametri: uno per il giudicato "ordinario" e uno per quello cautelare, non facendo valere per entrambi le stesse regole o, quantomeno, il principio generale, non scalfito da alcuna specifica eccezione: ciò che non viene impugnato, passa in giudicato.

GIULIA FIORUCCI