

## Osservatorio sulla Corte di cassazione

---

### **Misure cautelari**

**Misure cautelari - Declaratoria di incompetenza - Motivazione “*per relationem*” - Limiti** (C.p.p. artt. 27, 292, 309).

*In tema di misure cautelari emesse ex art. 27 c.p.p., il giudice competente, ben può motivare “per relationem” all’ordinanza emessa da quello dichiarato incompetente o può riprenderne pedissequamente il contenuto, purché la motivazione di quest’ultima risulti congrua rispetto alle esigenze giustificative del nuovo provvedimento, trattandosi di ordinanze che si trovano in rapporto “paritario” tra di loro.*

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SECONDA, 18 marzo 2016 (ud. 2 febbraio 2016) - FIANDANESE, *Presidente* - CERVADORO, *Relatore* - ANIELLO, *P.G.* (conf.) - D.P.A. ed altri, *ricorrente*.

### **Ancora in tema di autonoma valutazione degli indizi e delle esigenze di cautela: qualche disorientamento giurisprudenziale**

1. Il G.i.p. presso il Tribunale di Napoli Nord disponeva la misura cautelare della custodia in carcere nei confronti degli indagati per i reati di associazione per delinquere e rapina, dichiarandosi contestualmente incompetente e trasmettendo gli atti al G.i.p. del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere. Quest’ultimo, nei termini previsti dall’art. 27 c.p.p., emanava nuovo provvedimento. Il Tribunale di Napoli, Sezione riesame, annullava la seconda ordinanza, rilevando che in essa mancava «l’indicazione delle ragioni, sia pure sintetiche, dell’adesione alla motivazione espressa nel precedente provvedimento cautelare», così come era reputata del tutto carente qualsiasi autonoma valutazione degli indizi, delle esigenze di cautela e degli elementi forniti dalla difesa.

Avverso tale decisione ha proposto ricorso per cassazione il p.m., sostenendo che l’ordinanza era motivata *per relationem* al provvedimento del giudice incompetente e che il G.i.p. aveva dimostrato di aver preso cognizione dell’atto richiamato.

La Suprema Corte ha ritenuto che il riferimento all’autonoma valutazione introdotto dalla L. 18 aprile 2015, n. 47, negli artt. 292 e 309 c.p.p. non aggravi un nuovo requisito dell’ordinanza cautelare rispetto a quelli precedentemente previsti, ma costituisce il mero recepimento normativo dell’interpretazione giurisprudenziale secondo cui «il provvedimento di custodia deve avere il necessario contenuto “informativo” che dimostri l’effettiva valutazione da parte del giudicante e, quindi, il reale esercizio della giurisdizione». La legge, infatti, intende imporre «quel giusto rigore» nella motivazio-

ne del provvedimento cautelare già emerso in giurisprudenza e non introduce «sterili formalismi».

In caso di provvedimenti motivati *per relationem*, tuttavia, bisogna distinguere il rapporto che intercorre tra la richiesta del p.m. e l'ordinanza del G.i.p., definito "verticale", da quello di tipo "paritario", che è ravvisabile quando l'atto richiamato è un'altra ordinanza cautelare divenuta inefficace per vizio di forma. In questo secondo caso, cui è assimilata la fattispecie oggetto del giudizio nella quale la misura cautelare è stata emessa da un giudice incompetente, l'obbligo di motivazione è soddisfatto anche mediante il semplice richiamo della precedente ordinanza coercitiva. Quest'ultimo atto, infatti, è rimasto valido nei suoi contenuti sostanziali e la valutazione in esso contenuta può essere consapevolmente fatta propria dal giudice che procede, risultando idonea a rendere edotto l'interessato dell'*iter* logico seguito per pervenire alla decisione.

L'ordinanza adottata dal giudice competente *ex art. 27 c.p.p.*, pertanto, secondo la decisione in esame, può consistere nel mero rinvio alle valutazioni già espresse dal giudicante dichiaratosi incompetente, che è «pur sempre giudice terzo rispetto alla richiesta del pubblico ministero», e ciò anche in ragione dei tempi brevissimi prescritti per l'emissione del provvedimento. Il giudice competente, in particolare, «ben può riprendere, anche pedissequamente, il contenuto dell'ordinanza emessa dal giudice incompetente, qualora la motivazione risulti congrua rispetto all'esigenza di giustificazione propria del provvedimento di destinazione».

La Corte, pertanto, ha annullato la decisione del Tribunale del riesame, non potendo dubitarsi che il G.i.p. presso il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere avesse preso cognizione del contenuto sostanziale del provvedimento richiamato e che lo avesse meditato e ritenuto coerente con la sua decisione «proprio perché il testo del provvedimento è stato sostanzialmente ripreso e riportato nell'ordinanza impugnata». Tale provvedimento, del resto, era noto alle parti ed il G.i.p. aveva anche preso in considerazione l'eventuale sussistenza di elementi nuovi, «evidenziando che non erano ancora pervenuti gli interrogatori di garanzia degli indagati e che in ordine a quelli pervenuti mancavano i verbali relativi alla fonoregistrazione».

**2.** La prima riflessione suscitata dalla decisione in esame riguarda la portata della modifica dell'art. 292, co. 1, lett. *c)* e *c-bis)*, c.p.p. La legge n. 47 del 2015, come è noto, riformando la disciplina del procedimento cautelare, ha modificato queste disposizioni prevedendo, a pena di nullità, che l'ordinanza cautelare debba contenere l'autonoma valutazione degli elementi indiziari e

delle specifiche esigenze cautelari nonché dei motivi per i quali non sono stati ritenuti rilevanti gli elementi forniti dalla difesa e delle concrete e specifiche ragioni per le quali, nel caso di applicazione della custodia in carcere, le esigenze di cautela non possono essere soddisfatte con misura diversa.

La sanzione di nullità è stata resa effettiva dalla stessa novella per mezzo della modifica dell'art. 309, co. 9, c.p.p.: nel caso in cui la motivazione non contenga l'autonoma valutazione degli elementi dapprima indicati, il tribunale del riesame deve annullare il provvedimento impugnato<sup>1</sup>.

L'indirizzo giurisprudenziale al quale si allinea la sentenza in commento ha negato a questa parte della riforma una valenza innovativa del tessuto normativo previgente<sup>2</sup>. È stato ben presto osservato che l'autonoma valutazione non costituisce un nuovo requisito di legittimità dell'ordinanza cautelare, in quanto le nuove disposizioni si sono limitate a recepire l'orientamento più rigoroso sul profilo della motivazione del provvedimento del giudice della cautela che era emerso nelle sentenze della Suprema Corte<sup>3</sup>. Si allude, in particolare, all'indirizzo secondo cui il vizio di nullità provvedimento cautelare sussiste in tutti quei casi in cui l'ordinanza consiste in «una sterile rassegna di fonti di prova, a proposito delle quali manca totalmente qualsiasi riferimento contenutistico e di enucleazione degli elementi reputati indizianti»<sup>4</sup>, perché la man-

<sup>1</sup> Le invalidità previste dall'art. 292 c.p.p., invero, presentano profili peculiari che non ne permettono un agevole inquadramento in una delle categorie di cui agli artt. 178 e ss. c.p.p. In dottrina, si sostiene che esse integrerebbero «un *quartum genus* che sta al di là delle nullità relative senza salire al grado delle nullità assolute di cui all'art. 179 e che non ha neppure il carattere delle nullità a regime intermedio» (così, CRISTIANI, *Misure cautelari e diritto di difesa (legge 8 agosto 1995, n. 332)*, Torino, 1995, 45). Si è sostenuto che, sebbene rilevabili anche d'ufficio, il regime normativo che le contraddistingue dovrebbe essere quello delle nullità relative, perché esse esulano dal numero chiuso delle nullità di ordine generale, cui soltanto si applicano le regole degli artt. 179 e 180 c.p.p. (così MANZIONE, *Sub art. 292*, in *Comm. C.p.p.* Chiavario, Torino, 1998, III agg, 243; cfr. anche SPANGHER, *Sub art. 292*, in *Comm. C.p.p.* Giarda, Spangher, Milano, 2010, 3087; RIVIEZZO, *Custodia cautelare e diritto di difesa*, Milano, 1995, 93).

<sup>2</sup> Cfr., tra le altre, Cass., Sez. I, 1° marzo 2016, Cosentino, in *Mass. Uff.*, n. 265951; Id., Sez. I, 11 febbraio 2016, Calandrino, *ivi*, n. 265983; Id., Sez. III, 28 luglio 2016, Barra ed altri, inedita. Anche in dottrina LA ROCCA, *Le nuove disposizioni in materia di misure cautelari personali (Ddl 1232b)*, in *questa Rivista* online, seppur in un'altra prospettiva, è stato da subito evidenziato che «il concetto di “autonoma valutazione” è già insito nell'obbligo di motivare; rappresenta un portato della funzione giurisdizionale, oltre che naturale compito del giudice - qualsiasi giudice che debba emettere un provvedimento - compiere una propria autonoma analisi rispetto a quanto prospettato dalle parti».

<sup>3</sup> Le valutazioni dei primi commentatori della novella erano già in questo senso, cfr. BRICCHETTI, PISTORELLI, *Valutazione autonoma del quadro indiziaro da parte del giudice*, in *Guida dir.*, 2015, 20, 46; FIDELBO, PAZIENZA, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari, Relazione dell'Ufficio del Massimario del 6 maggio 2015*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>4</sup> Così Cass., Sez. VI, 2 luglio 2012, Piscopo ed altro, in *Mass. Uff.*, n. 254161, in una fattispecie in cui l'ordinanza applicativa di misura coercitiva personale era costituita dalla copia di parti di motivazioni di ordinanze emesse nell'ambito di differenti vicende giudiziarie e dell'integrale contenuto della richiesta

canza di valutazione critica degli elementi probatori elencati nel provvedimento esclude il reale esercizio della giurisdizione. In questi casi, essendo privo di una motivazione, l'atto deve essere annullato<sup>5</sup>.

Questa interpretazione delle norme riformulate è condivisibile. Essa, invero, piuttosto che svilire il peso della riforma degli artt. 292 e 309 c.p.p., finisce col riconoscerle notevole rilievo giuridico.

L'impostazione giurisprudenziale che è stata accolta dalla legge di riforma e che, quindi, è divenuta cogente, infatti, appariva minoritaria. La tesi prevalente nelle decisioni di legittimità circoscriveva notevolmente l'area operativa dell'annullamento dell'ordinanza da parte del tribunale, limitandolo a casi del tutto marginali. In ragione dell'effetto interamente devolutivo che caratterizza l'istituto del riesame delle ordinanze applicative di misure cautelari, in particolare, il tribunale della libertà, cui è conferito il potere di annullare, riformare o confermare il provvedimento impugnato anche per ragioni diverse da quelle in esso indicate<sup>6</sup>, doveva sanare il vizio di motivazione di detto provvedimento, anche quando le carenze argomentative fossero state tali da dar luogo alle nullità, rilevabili d'ufficio, previste dall'art. 292, co. 2, lett. c) e c-bis), c.p.p.<sup>7</sup> Il limite al potere di rimediare alle carenze motivazionali del G.i.p. era

---

del pubblico ministero, senza che si fosse neppure provveduto alle modifiche formali rese necessarie dal mutamento del tipo di atto e dell'autorità precedente; in termini analoghi, Cass., Sez. II, 4 dicembre 2014, Susassi, in *Mass. Uff.*, n. 259554; Id., Sez. VI, 13 marzo 2014, Sanjust, *ivi*, n. 259462.

<sup>5</sup> Si sostiene, in particolare, che l'art. 309, co. 9, c.p.p. consente al Tribunale di emendare la motivazione dell'ordinanza viziata con il provvedimento di conferma per ragioni diverse da quelle indicate dal G.i.p. Questa norma presuppone che l'ordinanza presenti una propria motivazione e non si risolva nella mera ricezione di atti formati *aliunde*. Quando manca il supporto motivazionale, il provvedimento deve essere annullato per la carenza di uno degli elementi costitutivi. L'indirizzo della giurisprudenza di legittimità illustrato è conforme all'orientamento della Corte eur. dir. uomo secondo cui viola l'art. 5, co. 3, C.e.d.u., l'imposizione di restrizioni della libertà personale in forza di provvedimenti fondati su motivazioni ripetitive e stereotipate (Corte eur. dir. uomo, 23 maggio 2006, Ceylan C. Turchia, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 915); Id., 27 febbraio 2001, Cicek C. Turchia, in *Legisl. pen.*, 2001, 1095; Id., 5 aprile 2001, H.B. C. Svizzera).

<sup>6</sup> La conferma «per ragioni diverse da quelle indicate in motivazione», così come il provvedimento speculare dell'annullamento o della riforma *in melius* «per motivi diversi da quelli enunciati» rappresenta il provvedimento decisorio che meglio rivela la natura del giudizio di riesame. Si tratta di «una forma *sui generis* di impugnazione», riservata alla difesa, con cui si verifica la devoluzione integrale della questione *de libertate* al tribunale collegiale; «un mezzo di impugnazione atipico», che «determina un giudizio *ex novo*», completamente autonomo, in cui il tribunale valuta gli stessi elementi che hanno indotto il primo giudice all'applicazione del provvedimento cautelare ovvero quelli offerti dalle parti nel corso del giudizio. In questi termini SPANGHER, *Misure cautelari personali*, in *Dig. disc. pen.*, VIII Agg., Torino, 2014, 390.

<sup>7</sup> Cfr., tra le altre, Cass., Sez. VI, 10 marzo 2006, Pupuleku, in *Mass. Uff.*, n. 233499. Più precisamente, si sostiene che «l'ordinanza applicativa della misura e quella che decide sulla richiesta di riesame sono tra loro strettamente collegate e complementari, con la conseguenza che la motivazione del tribunale del riesame integra e completa l'eventuale carenza di motivazione del primo giudice», Cass., Sez. V, 30

fissato in casi “di scuola” (assoluta mancanza del segno grafico della motivazione del provvedimento; motivazione consistente nella sola indicazione delle norme di legge violate<sup>8</sup>) ovvero nell’ipotesi in cui il supporto motivazionale potesse essere definito meramente apparente, perché costituito da mere clausole di stile prive di un reale substrato storico - fattuale<sup>9</sup> o basato su affermazioni apodittiche<sup>10</sup>. La stessa giurisprudenza, però, si affrettava a precisare che una simile valutazione negativa non poteva fondarsi su illazioni, ma doveva essere basata su dati concreti desumibili dallo stesso provvedimento<sup>11</sup>. L’annullamento del provvedimento cautelare nullo perché privo del supporto giustificativo, in altri termini, rappresentava solo l’*extrema ratio*<sup>12</sup>, mentre la regola era costituita dall’integrazione dell’ordinanza viziata<sup>13</sup>. Anzi, non appare

---

gennaio 2007, Sarli ed altro, in *Mass. Uff.*, n. 236036. Ne consegue che, dinanzi ad un difetto di motivazione del provvedimento applicativo della misura coercitiva, il tribunale deve sopperire con le necessarie integrazioni e non annullare il provvedimento (cfr. *ex plurimis*, Id., Sez. III, 15 aprile 2011, Pm in proc. D’Agostino, *ivi*, n. 250306). Il potere di pronunciare l’annullamento per difetto di motivazione, invece, è riservato solo al giudice di legittimità (cfr., tra le altre, Id., Sez. II, 29 febbraio 2012, Pm in proc. Romano, *ivi*, n. 252222). Anche in dottrina si escludeva che l’annullamento da parte del tribunale del riesame potesse seguire al vizio di motivazione dell’ordinanza cautelare, determinando la regressione al giudice *a quo*. Cfr. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, 544. Sul tema è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dal Tribunale di Brescia, ravvisando nell’esclusione del potere di annullamento da parte del Tribunale del riesame nel caso di difetto di motivazione dell’ordinanza la violazione degli art. 13, 24 e 11 Cost. La questione è stata dichiarata inammissibile da Corte cost., n. 270 del 2014, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 351.

<sup>8</sup> Cass., Sez. III, 19 dicembre 2008, Gargiulo, in *Mass. Uff.*, n. 242268.

<sup>9</sup> Cfr. Cass., Sez. I, 31 gennaio 2013, inedita; in precedenza, Id., Sez. II, 8 ottobre 2008, D’Amore, in *Mass. Uff.*, n. 241868; Id., Sez. II, 18 dicembre 2007, Di Vincenzo, *ivi*, n. 239267; Id., Sez. I, 6 dicembre 2007, Gabriele, *ivi*, n. 238774; Id., Sez. IV, 8 luglio 2004, Chisari, *ivi*, n. 230415.

<sup>10</sup> Cass., Sez. III, 17 settembre 2010, Lteri Lulzm, in *Mass. Uff.*, n. 249148, in relazione ad un provvedimento che «...si componeva diciassette pagine nelle quali vengono trascritte le intercettazioni telefoniche ed ambientali e l’esito di una perquisizione (che non concerne l’attuale ricorrente). Nessuna valutazione è stata effettuata del compendio probatorio al fine di verificare la esistenza di indizi, connotati con il requisito della gravità, nei confronti del L.L.; sul tema, il Giudice ha concluso con una clausola di stile, non preceduta da alcun elemento o argomento che la renda plausibile, sicché l’ordinanza genetica non presenta il contenuto motivazionale minimo richiesto dalla legge».

<sup>11</sup> Cass., Sez. I, 28 marzo 2012, Rescigno, inedita.

<sup>12</sup> Così, Cass., Sez. II, 21 ottobre 2008, D’Amore, cit.; Id., Sez. IV, 26 novembre 2004, Chisari, cit.; Id., Sez. VI, 25 gennaio 2000, Iadadi, in *Mass. Uff.*, n. 215433.

<sup>13</sup> La richiesta di riesame è alternativa rispetto al ricorso diretto per cassazione. L’art. 311, co. 2, c.p.p., infatti, prevede che la proposizione del ricorso rende inammissibile la richiesta di riesame. Con entrambi i mezzi di impugnazione si può denunciare il vizio di motivazione. La scelta di omettere il grado intermedio, però, doveva essere determinata dalla diversa valenza che il vizio può assumere nel giudizio dinanzi al tribunale ed in quello verso la Suprema Corte. Nel primo caso, infatti, il tribunale, ravvisando il difetto, può integrare il provvedimento; nel secondo, invece, la Corte deve annullare il provvedimento viziato. La difesa, pertanto, doveva ricorrere immediatamente in Cassazione nel caso di mancanza o illogicità di motivazione, non correndo in questo modo il rischio di una conferma integrativa del provvedimento (cfr. GIANNONE, *Riesame*, in *Dig. disc. pen.*, XII, Torino, 1997).

eccessivo sostenere che la sanzione dell'annullamento per il vizio della motivazione era applicata solo a fronte di situazioni clamorose<sup>14</sup>, nelle quali la via della "supplenza" da parte del tribunale alle deficienze del G.i.p. era preclusa perché il provvedimento cautelare conteneva elementi fattuali palesemente non congruenti con la richiesta del p.m. e del tutto diversi da quelli oggetto del giudizio, tanto da tradire una limitata conoscenza degli atti da parte del giudice<sup>15</sup>.

La nuova norma, dunque, fa proprio l'orientamento minoritario, che ha elevato a regola, stabilendo che non è integrabile dal tribunale una motivazione del giudice "non autonoma", perché priva del necessario vaglio critico del compendio probatorio da parte dell'organo giudicante. Per questa ragione è stato efficacemente evidenziato che «è sul piano sanzionatorio che la novella detta la regola più importante»<sup>16</sup>.

La riforma, di conseguenza, assume una funzione "pedagogica", richiamando

---

<sup>14</sup> Cfr., per una valutazione che sembra analoga, GIULIANI, *Motivazione "autonoma" dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare coercitiva e poteri del tribunale della libertà (alle soglie di una "storica" riforma?)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 367, secondo cui il diritto vivente era ormai cristallizzato nel riconoscimento di poteri di integrazione della motivazione al tribunale del riesame, «salvo che nelle ipotesi eclatanti di mancanza o apparenza della stessa».

<sup>15</sup> Si allude a Cass., Sez. VI, 24 maggio 2012, Di Sarno, in *Arch. nuova proc. pen.* 2012, 655, con nota di NUZZO, *Appunti sul potere di integrare la motivazione dell'ordinanza cautelare in sede di riesame* ed in *Giur. it.*, 2013, 169, con nota LA ROCCA, *In tema di requisiti minimi per la motivazione delle decisioni cautelari*. In questa decisione si legge: «il Giudice per le indagini preliminari, che aveva disposto l'applicazione della misura cautelare della custodia in carcere, dopo una generica premessa sulla utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche, si fosse impegnato a sostenere l'esistenza dei gravi indizi di colpevolezza a carico degli indagati in ordine al delitto di associazione per delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti, evidentemente "ricopiando", in maniera disattenta quanto maldestra, il passo motivazionale di altro provvedimento emesso in un diverso procedimento penale - come si evince dal riferimento, tra l'altro, alla "presenza di numerosi spacciatori identificati nel corso delle indagini", alla "invariabilità del *focus commissi delicti*", al "capillare controllo del territorio nel quale si svolge l'attività illecita con continue perlustrazioni delle strade circostanti a piedi e/o a bordo di moto" per prevenire interventi delle forze dell'ordine", nonché alla "commercializzazione di sostanze stupefacenti di diverso tipo" - benché l'associazione per delinquere oggetto del procedimento *de quo* fosse stata contestata in relazione ad un ipotizzato sodalizio attivo nel traffico internazionale di grossi quantitativi di un unico tipo di droga, la cocaina, importata dalla Spagna e ceduta in diverse località campane, dunque con una palese variabilità dei loci commissi delicti, senza interessarsi di alcuna "capillare" distribuzione dello stupefacente attraverso piccoli spacciatori, dei quali giammai era stata effettuata la identificazione».

<sup>16</sup> Così CAPRIOLI, *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame*, in *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di Giuliani, Torino, 2015, 183, il quale precisa che, per effetto della riforma degli artt. 292 e 309 c.p.p., «il difetto di autonomia viene ... equiparato ... al vizio di mancanza di motivazione, anch'esso destinato oggi a provocare l'annullamento dell'ordinanza nel giudizio di seconda istanza cautelare». Appare pienamente riscontrata, pertanto, la considerazione dottrinale espressa immediatamente dopo l'entrata in vigore della novella, secondo cui «con questa riforma, significativamente il ruolo del riesame ... si rafforza, acquistando un "nuovo" ruolo e valenza», SPANGHER, *Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l. n. 47 del 2015*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

il giudicante ai suoi compiti. Il provvedimento non può ridursi alla sola esposizione degli elementi a carico dell'indagato e delle esigenze di cautela, ma deve consistere nella rielaborazione critica di detti elementi, di cui va spiegata la pregnanza.

Nello stesso tempo, dalle nuove norme si ricava che l'organo dell'impugnazione è tenuto a supplire ai vizi motivazionali in cui è incorso il G.i.p., quando il necessario apprezzamento degli elementi trasmessi dal p.m., ancorché minimo, sia riscontrabile. Il Tribunale, quindi, deve emendare il provvedimento cautelare nei casi in cui, pur in presenza di un'autonoma valutazione degli elementi adottati dalla pubblica accusa, ravvisi una motivazione insufficiente o un vizio di carattere logico, fattuale o giuridico nel ragionamento del giudice<sup>17</sup>.

L'ordinanza, infine, deve essere completata qualora la carenza motivazionale concerna solo l'esposizione degli elementi previsti a pena di nullità dell'art. 292 c.p.p. L'annullamento, infatti, consegue alla mancanza dell'«autonoma valutazione degli elementi strutturali del provvedimento cautelare», mentre la norma che disciplina il contenuto essenziale del provvedimento cautelare impone anche di esporre gli elementi di fatto che integrano i gravi indizi di colpevolezza o che dimostrano la sussistenza di esigenze di cautela<sup>18</sup>.

**3.** Un'altra prospettiva di riflessione suggerita dalla decisione in esame riguarda la forma dell'ordinanza cautelare. Nella sentenza è precisato che, a seguito della riforma delle disposizioni dapprima indicate, è richiesta «la conformità dell'ordinanza genetica ad un modello minimo che consenta alla stessa di esplicitare in pieno la sua funzione». La questione dell'autonoma valutazione, che investe il tema del rispetto del diritto fondamentale dell'individuo alla libertà personale comprimibile solo da un provvedimento motivato di un giudice terzo ed imparziale, quindi, si rivela immediatamente connessa all'aspetto pratico che riguarda la tecnica di redazione del provvedimento.

Più in particolare, se la nullità ricorre nei soli casi in cui l'ordinanza consista in una mera adesione acritica alle scelte dell'accusa, è allora necessario che dall'atto traspaia chiaramente il vaglio effettuato dal giudicante. Il contenuto

---

<sup>17</sup> La proposizione del riesame mira a garantire la realizzazione del diritto di difesa inteso come contraddittorio. Dinanzi ad un organo terzo si realizza la dialettica tra accusa - difesa intorno agli elementi evidenziati dal giudice per le indagini preliminari e da questi identificati come rappresentativi di indizi di colpevolezza "gravi" e di esigenze cautelari da soddisfare. Nei casi indicati, seppur con motivazioni deficitarie, sussiste l'autonoma valutazione degli elementi indiziari o di quelli che manifestano i gravi indizi e, dunque, è ravvisabile un "terreno di gioco" su cui si può sviluppare il contraddittorio tra le parti.

<sup>18</sup> Cfr., tra le altre, Cass., Sez. I, 1 marzo 2016, Cosentino, in *Mass. Uff.*, n. 265951.

delle nuove disposizioni, in altri termini, «va interpretato ... in chiave di sottolineatura dell'obbligo (già sussistente) per il soggetto giudicante di «manifestare all'esterno» in modo percepibile il «proprio» convincimento, in rapporto ad una ritenuta degenerazione prasseologica tesa – in taluni casi – a realizzare graficamente il titolo genetico attraverso una mera ed integrale riproduzione dei contenuti della richiesta inoltrata dal rappresentante della pubblica accusa, sì da determinare una 'apparenza' di recepimento acritico»<sup>19</sup>.

Anche seguendo questa direzione si finisce con attribuire un rilevante significato alla novella. Le nuove norme impongono nell'ordinanza cautelare la manifestazione dell'eventuale condivisione degli argomenti fattuali e giuridici espressi dal p.m. che ha avanzato la richiesta per mezzo di modalità espressive che non si limitino all'importazione dei dati cognitivi, ma che rendano percepibile «la rielaborazione della pregnanza dei dati cognitivi medesimi in rapporto alle finalità giustificative proprie del provvedimento giurisdizionale»<sup>20</sup>.

È stato sottolineato, pertanto, che «il nodo interpretativo “reale” si sposta nella individuazione in concreto degli «indicatori» di tale autonoma ponderazione»<sup>21</sup>.

Al riguardo, la via “maestra” è rappresentata dall'integrale rielaborazione ad opera del giudice del materiale contenuto nella richiesta o dall'originale esposizione dello stesso. La riforma dell'art. 292 c.p.p., però, non ha obbligato il G.i.p. a procedere ad un totale rifacimento o una riscrittura originale del compendio probatorio<sup>22</sup>. Non è stato introdotto un onere di autonomia stilistica, quasi che si trattasse di un'attività letteraria, né sono richiesti sterili formalismi o l'inutile ripetizione degli stessi concetti con altre parole. La motivazione *per relationem* e quella “per incorporazione”, inoltre, possono tuttora rappresentare uno strumento che il G.i.p. può adottare<sup>23</sup>.

Si chiede, tuttavia, che il giudice adoperi una forma espositiva che renda palese al lettore l'avvenuta ponderazione dei presupposti previsti dalla legge per l'applicazione di una misura cautelare.

Un indicatore logico dell'autonoma valutazione, come indicato già in precedenza dalla giurisprudenza, consiste nella parziale differenziazione tra la ri-

<sup>19</sup> Così Cass., Sez. I, 11 febbraio 2016, Calandrino in *Mass. Uff.*, n. 265983.

<sup>20</sup> In questi termini ancora Cass., Sez. I, 11 febbraio 2016, Calandrino, cit.

<sup>21</sup> Così Cass., Sez. I, 11 febbraio 2016, Calandrino, cit.

<sup>22</sup> Cass., Sez. V, 21 marzo 2016, Belsito, *Mass. Uff.*, n. 266428; Id., Sez. I, 1° marzo 2016, Cosentino, cit.; Id., Sez. III, 11 dicembre 2015, D.R., in *Mass. Uff.*, n. 265611.

<sup>23</sup> Cfr. tra le altre, Cass., Sez. III, 12 luglio 2016, Sabounjian, in *Mass. Uff.*, n. 267350; Id., Sez. V, 21 marzo 2016, Belsito, cit.

chiesta e l'ordinanza di taluni aspetti valutativi, di qualche argomentazione di diritto, di alcuni esiti relativi a certi indagati<sup>24</sup>. Non può pretendersi, però, che il giudice debba sempre distinguere, almeno in parte, le proprie conclusioni da quelle del p.m., quasi ritenendo che il G.i.p. che condivide la prospettazione dell'accusa, per ciò solo, non abbia compiuto il suo doveroso vaglio giurisdizionale<sup>25</sup>. Si deve esigere, invece, che nella redazione del provvedimento il giudice della cautela manifesti i “segni concreti” dell'apprezzamento compiuto.

Ed allora, per evitare di ingenerare confusione, gli atti “copiati” con mezzo informatico vanno indicati esplicitamente, se non evidenziati con diverso carattere (“Si riportano le pag. X e ss. della richiesta del pubblico ministero... oppure dell'informativa della polizia giudiziaria n. Y”)<sup>26</sup>; essi devono essere intervallati da commenti del giudice che, da un lato, sono necessari per manifestare il giudizio su tali elementi e, dall'altro, costituiscono un indice del fatto che sono stati adeguatamente ponderati dal giudicante. In alternativa, il giudice deve redigere punti di sintesi relativi ai gravi indizi di colpevolezza ed alle esigenze di cautela, i quali, però, vanno riempiti di riferimenti fattuali e, dunque, vanno corredati con gli opportuni rinvii alle pagine relative all'esposizione dei dati forniti dal p.m., allo scopo di rivelare l'approfondimento compiuto.

Il richiamo agli atti delle indagini, inoltre, non può essere vago o ampio (del tipo, ad esempio, “cfr. l'informativa n. ...”), ma deve presentarsi puntuale e specifico (“si veda pagina X dell'informativa n. Y”). Per non rischiare che il provvedimento si riduca ad un mero affastellamento di carte (o che tale sembri al lettore), è indispensabile, soprattutto nei frequenti casi di misure che riguardano numerosi indagati e si compongono di centinaia di pagine, una rigorosa progettazione della struttura e la compilazione di un apposito indice. Quest'ultimo, se per un verso potrebbe abilitare le parti a una consultazione selettiva, per altro verso è un chiaro indice del rigore logico e dell'approfondimento con il quale il giudice ha vagliato il materiale offerto dalla pubblica accusa<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Cass., Sez. I, 11 febbraio 2016, Calandrino, cit.

<sup>25</sup> Cfr. Cass., Sez. III, 28 luglio 2016, Barra ed altri, inedita, nella quale si precisa che «valutazione autonoma non vuol dire valutazione diversa o difforme».

<sup>26</sup> Afferma l'esigenza che il rinvio sia eseguito esplicitamente in modo da essere riconoscibile dal lettore della motivazione, APRILE, *La motivazione delle ordinanze cautelari e l'impiego della tecnica informatica del “copia e incolla”*, in *Proc. pen. e giust.* 2012, VI, 208.

<sup>27</sup> Su questo profilo sia consentito il rinvio a GIORDANO, *Sull'annullamento dell'ordinanza cautelare priva dell'autonomia valutazione degli indizi e delle esigenze di cautela*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).

4. La decisione in esame è interessante anche sotto un altro aspetto.

Essa, infatti, affronta la fattispecie della “conferma” dell’ordinanza cautelare da parte del giudice competente nel termine di venti giorni dalla dichiarazione di incompetenza. In questo caso, l’impiego della motivazione *per relationem* è molto frequente nella pratica a causa del ristretto margine temporale assicurato dall’art. 27 c.p.p. per l’intervento del giudice competente, che suggerisce l’impiego di un modello espositivo consistente nel rinvio all’atto adottato dal primo giudice.

Delle difficoltà operative, invero, prima della legge n. 47 del 2015, sembrava rendersi conto anche la Corte di cassazione. Secondo un orientamento giurisprudenziale, infatti, non era affetto da nullità il provvedimento che riproducesse pedissequamente, pure con la tecnica del “taglia incolla”, l’ordinanza emessa dal giudice territorialmente incompetente, qualora la motivazione di quest’ultima risultasse congrua rispetto all’*iter* logico seguito per pervenire alla decisione adottata<sup>28</sup>. Si riteneva, pertanto, che la misura potesse consistere nella mera valorizzazione dei gravi indizi di colpevolezza analiticamente indicati nel precedente provvedimento del giudice che si era dichiarato incompetente, anche perché il rinvio ad un atto noto alle parti permettesse il controllo del percorso logico - giuridico posto alla base del titolo restrittivo<sup>29</sup>.

Dopo la riforma del 2015, era prevedibile attendersi la rimeditazione di questo indirizzo con la valorizzazione dell’autonomia della valutazione del giudice competente. Nella decisione in esame, invece, la Suprema Corte ha mantenuto fermo l’orientamento illustrato. Per sostenere questa scelta, la sentenza ha fatto ricorso ad un approccio al tema differenziato in base alla relazione esistente tra il provvedimento genetico e quello successivo. Quando un provvedimento rinvia *per relationem* ad altro che si trova in una posizione “paritaria” non sarebbe necessario l’apprezzamento autonomo degli elementi posti a sostegno della misura cautelare ed il secondo giudice potrebbe limitarsi anche alla sola pedissequa riproduzione dell’ordinanza emessa da quello dichiarato incompetente; invece, occorre la rielaborazione critica nei casi di relazione “verticale”, dunque nell’ipotesi il provvedimento rinvii alla richiesta del P.M.

Quest’impostazione, invero, genera perplessità.

Non sembra, infatti, che gli artt. 27 e 292 c.p.p. autorizzino a compiere tale distinzione, non contenendo clausole di riserva che valgano a sottrarre il caso in esame dall’autonomia di valutazione. A tale risultato non può condurre

---

<sup>28</sup> Cass., Sez. II, 13 febbraio 2015, Evangelista, in *Mass. Uff.*, n. 262576

<sup>29</sup> Cass., Sez. VI, 9 febbraio 2012, Aghasagbon Kinglety, inedita.

l'impiego nella prassi del termine "conferma" per riferirsi all'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 27 c.p.p. che non legittima lo svolgimento di un vaglio giurisdizionale meno pregnante. La disposizione indicata, infatti, prevede che il giudice debba provvedere ai sensi dell'art. 292 c.p.p., adottando una nuova ordinanza se ne riscontra i presupposti, e non allude ad alcuna mera "conferma" dell'ordinanza già emessa. Non avrebbe alcun senso, del resto, sanzionare con l'inefficacia la misura adottata dal giudice incompetente se quello competente, senza compiere alcun approfondimento valutativo, potesse limitarsi a riproporla.

La tesi accolta dalla sentenza appare eccessivamente influenzata dalla considerazione delle difficoltà operative per il giudice competente. Il margine temporale a disposizione, invero, è limitato, ma non tanto da rendere impossibile il controllo della precedente ordinanza e la ponderazione degli elementi posti a sostegno della stessa.

Una considerazione, tuttavia, appare dirimente. Tra l'ordinanza genetica e quella successivamente adottata dal giudice competente *ex art. 27 c.p.p.* sovrappiunge un elemento nuovo, rappresentato dall'interrogatorio reso ai sensi dell'art. 294 c.p.p. Di quest'ultimo atto, così come del materiale eventualmente prodotto dalle parti dopo l'adozione della misura, il giudice competente deve dare atto, verificandone il rilievo rispetto agli elementi vagliati nel primo provvedimento. Almeno sotto questo profilo, la seconda ordinanza deve avere un contenuto "nuovo", dovendo spiegare perché il tenore dell'interrogatorio non sia idoneo a determinare una diversa valutazione del materiale probatorio apprezzato nel primo provvedimento.

Quale sia il valore che il legislatore assegna all'atto previsto dall'art. 294 c.p.p., da non ridurre a un mero adempimento burocratico, del resto, è chiaramente desumibile pure dal co. 6 di questa disposizione secondo cui l'interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare da parte del P.M. ministero non possa precedere quello del giudice.

**5.** Le considerazioni da ultimo espresse fanno emergere un'ulteriore affermazione opinabile contenuta nella sentenza in esame. La Suprema Corte si limita a prendere atto che il giudice competente ha dato atto che non erano sopravvenuti elementi nuovi, non essendo pervenuti i suddetti interrogatori "di garanzia"<sup>30</sup>. Al riguardo, la difficoltà di trasmissione degli atti tra gli uffici, cer-

---

<sup>30</sup> Nella sentenza si legge: «Il G.i.p. ha altresì preso in considerazione anche l'eventuale sussistenza di elementi nuovi, evidenziando che non erano ancora pervenuti gli interrogatori di garanzia degli indagati e che in ordine a quelli pervenuti mancavano i verbali relativi alla fonoregistrazione».

tamente sussistente, sembra enfatizzata; appare opportuno non legittimare un simile modo di operare. Almeno il verbale riassuntivo dell'interrogatorio, infatti, può essere agevolmente trasmesso al giudice competente (per esempio a mezzo *fax* o e-mail); semmai, la trascrizione che le parti possono richiedere a norma dell'art. 141-*bis* c.p.p., perché ha bisogno di un certo lasso temporale per la sua esecuzione, potrebbe sopravvenire all'ordinanza emessa ex art. 27 c.p.p. Il giudice competente, dunque, deve sempre valutare il tenore delle dichiarazioni dell'indagato.

Il rilievo dell'autonoma valutazione, in particolare con riferimento alla considerazione dell'interrogatorio, è percepito chiaramente dalla stessa giurisprudenza di legittimità come dimostra un'altra decisione della Suprema Corte. È stato affermato, infatti, che la prescrizione della necessaria autonoma valutazione delle esigenze cautelari e dei gravi indizi di colpevolezza, contenuta nell'art. 292, co. 1, lett. *c*), c.p.p. vada osservata anche nell'ipotesi di ordinanza che applichi nuovamente la custodia cautelare che abbia perduto efficacia per omesso interrogatorio di garanzia, essendo prescritta una nuova valutazione che «attualizzi» la sussistenza delle predette condizioni anche in base alle risultanze dell'interrogatorio<sup>31</sup>. Anche quando la nuova ordinanza è emessa dallo stesso giudice che aveva applicato la prima misura cautelare, dunque, secondo questo indirizzo giurisprudenziale, è necessario che egli proceda a valutare il peso che l'interrogatorio assume rispetto agli elementi probatori vagliati nell'ordinanza genetica. Altrimenti non si comprenderebbe il senso della sua prescrizione da parte dell'art. 302 c.p.p. prima delle nuove determinazioni del giudice<sup>32</sup>.

6. L'ultimo spunto di riflessione offerto dalla sentenza in esame riguarda l'assimilazione dell'ordinanza emessa dal giudice incompetente, la quale può

---

<sup>31</sup> Cass., Sez. III, 4 maggio 2016, Ferreira Baptista, in *Mass. Uff.*, n. 266938. Già in precedenza, la giurisprudenza aveva sottolineato che l'ordinanza con la quale viene nuovamente applicata la custodia cautelare che abbia perduto efficacia a norma dell'art. 302 c.p.p. è del tutto autonoma rispetto alla precedente, essendo prescritta una nuova valutazione delle condizioni indicate dagli artt. 273, 274 e 275 stesso codice, (anche) in base alle risultanze dell'interrogatorio, sicché le vicende procedurali, concluse o non, dell'antecedente provvedimento cautelare rimangono, di fronte ad essa, assolutamente indifferenti cfr. Id., Sez. I, 13 aprile 1996, Biondolillo, in *Mass. Uff.*, n. 204394.

<sup>32</sup> Secondo l'orientamento della giurisprudenza (tra le tante, Cass., Sez. V, 4 dicembre 2014, in *Mass. Uff.*, n. 263214; Id., Sez. V, 31 marzo 2010, Tresa, *ivi*, n. 246898) alla dichiarazione di inefficacia della custodia cautelare deve seguire l'immediata liberazione e l'assunzione di interrogatorio, al quale l'indagato deve necessariamente partecipare in stato di effettiva libertà. L'interrogatorio di garanzia previsto dall'art. 294 c.p.p., infatti, realizza una forma posticipata di contraddittorio sul provvedimento cautelare, attraverso il quale si consente al giudice di verificare la permanenza delle condizioni di applicabilità del provvedimento e all'indagato di attivare in tempi brevi la propria difesa.

divenire inefficace se non è seguita da un nuovo provvedimento del G.i.p. competente nei termini di cui all'art. 27 c.p.p., a quella divenuta inefficace per vizio di forma e non per motivi di merito.

In entrambi casi, effettivamente, si verifica la perdita dell'efficacia del provvedimento genetico che, tuttavia, è rimasto valido nei suoi contenuti sostanziali; inoltre, in tutte e due le ipotesi l'ordinanza è emessa da un giudice terzo ed imparziale rispetto al p.m., tale potendo definirsi anche il G.i.p. incompetente.

Le similitudini, però, sembrano fermarsi a queste.

Appare diversa, infatti, l'ipotesi che ricorre quando il provvedimento, divenuto inefficace per ragioni formali, è adottato di nuovo, sussistendone i presupposti, dal medesimo giudicante che lo aveva emesso, da quella che sussiste quando la seconda misura cautelare è applicata dal giudice competente, necessariamente diverso da quello che aveva applicato la prima.

Nel primo caso, ragioni anche di buon senso suggeriscono che non possa esigersi una nuova valutazione "autonoma" da parte del medesimo giudice, se non nei limiti che concernano gli elementi sopravvenuti al primo provvedimento (in modo specifico l'interrogatorio di garanzia e gli atti eventualmente prodotti dalle parti)<sup>33</sup>. Ne deriva, pertanto, laddove il compendio indiziario sia rimasto inalterato, non può essere ritenuta viziata una motivazione che consista nella mera riproduzione del precedente provvedimento e che mostri chiari segni del vaglio dell'interrogatorio (a meno che non voglia pretendersi che lo stesso giudice-persona fisica sia tenuto a cambiare le parole con cui ha espresso il precedente giudizio).

Nel secondo caso, invece, bisogna considerare che le norme sulla competenza attuano il principio del giudice naturale, da quale, ai sensi dell'art. 25 Cost. «nessuno può essere distolto»<sup>34</sup>. Il destinatario di un vincolo alla propria libertà personale ha diritto di conoscere le valutazioni critiche del giudice naturale sugli elementi adottati dal p.m. Ne consegue che appare imprescindibile l'autonomo vaglio critico del materiale prodotto dall'accusa da parte del nuovo giudice, diverso da quello incompetente che ha emesso la prima ordinanza, seppur in modo sintetico, *per relationem* o "per incorporazione", così da far conoscere all'indagato quale sia stato il ragionamento del giudice che lo ha privato della libertà personale.

**LUIGI GIORDANO**

---

<sup>33</sup> Cass., Sez. II, 10 febbraio 2016, Pellegrino, in *Mass. Uff.*, n. 266336.

<sup>34</sup> Sul tema, si veda TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2015, 88.

