

STEFANO RUGGERI

*Professore di giustizia penale italiana, europea e comparata – Università degli Studi di Messina*

## Misure cautelari reali, preclusioni processuali e tutela dei diritti fondamentali \*

### *Seizures of assets, procedural bars and fundamental rights protection*

Le Sezioni Unite tornano a trattare il tema delle preclusioni in materia di cautele reali, con una sentenza che fornisce una preziosa occasione per una riflessione su una costruzione giurisprudenziale sempre più poliedrica, quale quella del *ne bis in idem* cautelare. L'analisi condotta su categorie essenziali della teoria generale del processo e soprattutto l'esame delle ben differenti ipotesi con riferimento alle quali tale costruzione è adoperata sembrano rafforzare i dubbi circa l'opportunità d'invocare l'esistenza di un giudicato cautelare, fonte di insidie applicative non meno pericolose dei problemi teorici che essa ingenera. In fondo, se il riconoscimento del *ne bis in idem* cautelare deve la sua ragion d'essere all'esigenza pratica di dare un senso al sistema delle impugnazioni cautelari, non si può mai dimenticare che la fondamentale rilevanza dei diritti in gioco in questa delicatissima materia tende a ripudiare ogni forma di preclusione, almeno lì dove il nuovo controllo giurisdizionale sia attivato in una direzione volta a riespandere, *in toto* o in parte, gli spazi di libertà. Le sollecitazioni argomentative fornite da questa decisione sembrano peraltro portare a due ulteriori importanti conclusioni. La prima è che, nelle ipotesi in cui sia invece in gioco un successivo intervento volto a nuovamente incidere su libertà fondamentali mediante un provvedimento avente ad oggetto una misura revocata o annullata in sede di gravame cautelare, ipotizzare l'esistenza di un vincolo solo sul piano motivazionale costituisce probabilmente una garanzia troppo blanda a tutelare chi ha già sofferto limitazioni così gravi, e sembra quindi necessario esigere nuovi dati probatori. Ma tale esigenza, contrariamente a quanto riconosciuto dalla giurisprudenza, non deriva da presunte preclusioni decisorie bensì dalla legge processuale. La seconda è che una prospettiva orientata alla massimizzazione della tutela di diritti fondamentali, riconosciuti sia dalla Costituzione che dalla Convenzione europea, dovrebbe indurre il legislatore con urgenza a riformare la materia cautelare, introducendo – forse più ancora che una molteplicità di controlli generici – meccanismi di monitoraggio periodico e d'ufficio da parte dell'autorità giurisdizionale, che ad oggi nessuno strumento processuale è in grado di assicurare.

*In the judgment under examination, the Joint Sections of the Supreme Court were called upon to deal with the problem of procedural bars in the field of seizures of assets. This ruling provides an interesting opportunity for analysing a doctrine with multiple features, namely that of ne bis in idem in the field of pre-trial measures. This examination of essential categories of general theory of procedural law, as well as of the different situations to which case-law usually applies this doctrine, raises serious doubts as to appropriateness of invoking a theoretical construction, which is not less dangerous for its practical implications than from a dogmatic viewpoint. Doubtless, the acknowledgment of such ne bis in idem is due to the need to justify the system of legal remedies in the field of pre-trial measures, while avoiding the reiteration of judicial checks on the same issues and the same materials. Nevertheless, one should never forget that the utmost importance of the fundamental rights at stake in this very delicate context tends to reject any form of procedural bars to the re-examination of the lawfulness of pre-trial measures, particularly in those situations in which the new judicial oversight is activated to strengthen the protection of individual freedoms. At any rate, the arguments brought about by this decision may seem to two further important conclusions. The first one is that, where the new judicial examination aims at affecting fundamental rights by renewing a measure revoked or repealed by the competent court for appeal in the field of pre-trial measures, the sole limit of compliance with the reasoning of the appeal decision is a too weak safeguard to pro-*

\* La redazione di questo scritto, nel riportarmi a esaminare il delicato tema del giudicato cautelare dall'angolo visuale delle cautele reali, ha richiesto un'analisi trasversale di complesse questioni relative al sistema delle impugnazioni penali, alla teoria generale del processo e all'argomentazione giuridica. Al fine di affrontare adeguatamente le problematiche sollevate dalla decisione in esame, ho ritenuto quindi indispensabile, come in altri lavori, confrontarmi con amici e colleghi. Un grazie di cuore a Marco Gradi (Università di Messina) per l'utilissimo dialogo e i suggerimenti fornitimi sulle implicazioni teorico-generalì del giudicato in sede civile, nonché a Paola Maggio (Università di Palermo) per le preziose indicazioni in tema di preclusioni processuali nel settore delle cautele personali, e ad Alessio Lo Giudice (Università di Messina) per aiutarmi a districarmi nelle spinose questioni concernenti la struttura del giudizio *inaudito reo* e la motivazione delle decisioni cautelari penali. Di ogni errore o imprecisione che il lettore dovesse rinvenire in questo studio porto ovviamente, come sempre, l'esclusiva responsabilità.

tect a person who already suffered from such grave restrictions, and there is thus a need for further materials justifying a further interference with his freedoms. Yet this requirement does not seem to be the result of procedural bars but derives from the law, which requires a current risk for the proceedings to justify the adoption of pre-trial measures affecting personal freedom as well as property and the free availability of assets. The second conclusion is that a perspective oriented towards the enhancement of human rights protection, as promoted by both constitutional and ECHR law, should lead the Italian lawmakers to carry out in-depth reform of pre-trial measures, in order to ensure, perhaps more than several tools of control of their initial lawfulness, a constant monitoring by an independent authority.

## PREMESSA

Con la sentenza in esame le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto giurisprudenziale sorto intorno alla questione se la mancata proposizione del riesame avverso una misura cautelare reale determini l'inammissibilità del successivo appello volto a vagliare la legalità genetica di tale misura. Così posta, la questione poteva certo apparire in palese contrasto col carattere residuale dell'appello relativo alle cautele reali, strumento costruito, analogamente al corrispondente appello in tema di cautele personali, col dichiarato scopo di porre rimedio a "casi" diversi rispetto a quelli coperti dal riesame<sup>1</sup>, quale mezzo di controllo della legalità genetica dell'intervento cautelare. Sennonché l'interrogativo posto dalla III Sezione non riguardava il rapporto tra riesame e qualsivoglia appello cautelare ma più specificamente tra il riesame mai richiesto e l'appello proposto avverso il provvedimento con cui il giudice precedente aveva rigettato l'istanza di revoca di una misura cautelare reale sulla base di dati non sopravvenuti. In quest'ottica la questione si trasferiva sul piano del rapporto tra riesame e revoca, spianando così la strada a una risposta di ben diverso segno, in quanto supportata da un dato legislativo non meno significativo: che cioè anche il sequestro, al pari di quanto avviene per le misure personali, debba essere "immediatamente revocato [...] quando risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni di applicabilità" per esso stabilite<sup>2</sup>.

Una risposta quindi prevedibile e che in buona misura si può condividere nella sostanza, quella delle Sezioni Unite. Se non esiste alcuna preclusione legislativa alla richiesta di revoca fondata su circostanze originarie, né tale preclusione discende – per il modo in cui è oggi diffusamente inteso il *ne bis in idem* cautelare – dalla loro mancata deduzione per la via del riesame, e se la decisione del giudice investito di tale richiesta, quale che ne sia il segno, è appellabile, ne consegue che anche l'appello non può che essere in linea di principio ammissibile, a meno che non ricorrano cause d'inammissibilità definite dalla legge. Assai più interessante appare l'argomentazione adottata dalla sentenza, che offre una proficua occasione per tornare a riflettere su categorie fondamentali – quali quelle di giudicato, gravame e impugnazione – e più ancora sul significato che riveste la tutela cautelare reale in materia penale nell'attuale assetto costituzionale e internazionale.

## LA DICOTOMIA TRA CONTROLLO GENETICO E VAGLIO SUCCESSIVO DELLA LEGALITÀ DELLE CAUTELE PENALI. L'INSOSTENIBILITÀ DI UN GRAVAME NECESSARIAMENTE ORIGINARIO

La pronuncia in esame sembra a primo acchito fornire una puntuale ricognizione della giurisprudenza in tema di *ne bis in idem* cautelare, senza apportare significativi elementi di novità rispetto alle soluzioni elaborate in tema di cautele personali dalla sent. Buffa<sup>3</sup>, di qui trapiantate nell'ambito delle cautele reali dalla sent. Romagnoli<sup>4</sup>. Allontanandosi dall'impostazione adottata dalle stesse Sezioni Unite nella sent. Galluccio<sup>5</sup>, tali pronunce già contestarono la configurazione di giudicato cautelare, diffusasi nei primi anni successivi all'emanazione del nuovo codice, circoscrivendo l'applicazione analogica del *ne bis in idem* alle sole ipotesi di esaurimento delle impugnazioni incidentali e respingendo così l'idea

<sup>1</sup> Art. 322-bis, comma 1 c.p.p.

<sup>2</sup> Art. 321, comma 3 c.p.p.

<sup>3</sup> Cass., sez. un., 8 luglio 1994, Buffa, in *CED Cass.* n. 189213.

<sup>4</sup> Cass., sez. un., 24 maggio 2004, Romagnoli, in *CED Cass.* n. 228117.

<sup>5</sup> Cass., sez. un., 12 novembre 1993, Galluccio, in *CED Cass.* n. 195806.

che una preclusione potesse derivare dal mancato ricorso alle impugnazioni cautelari. Onde la conclusione espressa nel noto brocardo curialesco secondo cui solo il dedotto, non già anche il deducibile, sarebbe coperto dall'area di tale preclusione. È probabile che tale soluzione, ben più ragionevole rispetto ai primi approdi giurisprudenziali in tema di giudicato cautelare, fosse in linea con un antico precedente nella tradizione storica del sistema italiano di giustizia penale<sup>6</sup>. È peraltro interessante notare che, trasferito tale brocardo in materia penale e nello specifico ambito delle misure cautelari, il dedotto e il deducibile non si riferiscono al giudizio volto all'emanazione del provvedimento cautelare bensì al giudizio di controllo in sede impugnatoria. Il che evidenzia un primo elemento differenziale rispetto al giudicato penale e al suo effetto tipico di *ne bis in idem*, che può scaturire tanto dalla decisione sulla responsabilità penale quanto dalla decisione del giudice dell'impugnazione.

Torneremo sulla questione nel prosieguo di questo scritto. Qui importa riflettere sulla distinzione, che la sentenza in esame mostra di condividere, tra rimedi impugnatori e provvedimento di revoca, e in definitiva tra controllo del giudice dell'impugnazione e vaglio dell'organo competente per la questione cautelare, sia esso lo stesso giudice che ha emanato il provvedimento o il giudice competente per una successiva fase o grado del procedimento. Tale distinzione, apparentemente imperniata attorno alla differenza tra controllo della legalità genetica e controllo sull'evoluzione della vicenda cautelare, non può tuttavia condurre a una simmetrica contrapposizione, dato il carattere polivalente del potere di revoca che, come si è visto, può essere utilizzato sia per adeguare la vicenda cautelare a circostanze sopravvenute che evidenzino il venir meno della necessità di mantenere la restrizione del diritto fondamentale compreso sia per far valere una carenza di legalità originaria della misura. In materia di cautele personali, tale conclusione sembrava avere ricevuto ulteriore fondamento normativo dalla riforma del 1995, che con l'inserimento nel corpo dell'art. 299 c.p.p. di un comma 3-ter introdusse un inciso di grande portata sistematica, nella misura in cui non solo poneva un'ulteriore deroga alla configurazione del procedimento cautelare, fondato su una decisione *inaudito reo*, ma inoltre agganciava la necessità di un interrogatorio dell'imputato all'eventualità che la l'istanza di revoca fosse basata su "elementi nuovi o diversi rispetto a quelli già valutati". Tale precisazione confermava a un tempo la possibilità di fondare l'istanza di revoca anche su elementi acquisiti al momento dell'emanazione dell'ordinanza cautelare e già vagliati dal medesimo organo procedente come pure (parrebbe lecito supporre, stante l'ampiezza dell'espressione adoperata) dal giudice dell'impugnazione<sup>7</sup>. Senonché neppure tale intervento novellistico avrebbe impedito il mantenimento della convinzione che una preclusione dovesse comunque perimetrare i poteri di revoca e sostituzione del giudice procedente. Già nelle prime applicazioni giurisprudenziali i riferimenti normativi alla possibilità di un successivo controllo genetico da parte del giudice procedente furono pertanto letti alla luce della teorica del giudicato cautelare così come risultante dalla versione inaugurata dalla sent. Buffa: sicché il giudice competente per la revoca avrebbe potuto prendere in esame fatti o elementi già valutati solo a condizione che l'ordinanza cautelare non fosse stata impugnata e non fosse intervenuta la decisione del giudice dell'impugnazione<sup>8</sup>.

Ora proprio quest'impostazione ha costituito il punto di riferimento della pronuncia in commento: la quale, nell'allinearsi all'impostazione della sent. Romagnoli, mira a comporre il contrasto giurisprudenziale iscrivendo nell'alveo di quest'ultima le pronunce delle Sezioni semplici, favorevoli a una rigi-

<sup>6</sup>Sotto il codice del 1913, la dottrina processualistica si era interrogata circa la possibilità di scarcerazione durante il corso del dibattimento dell'imputato raggiunto da un provvedimento coercitivo per un reato che fin dall'inizio non avesse consentito la cattura: vicenda che poteva verificarsi o per inerzia dell'imputato, che non avesse chiesto la scarcerazione, ovvero per errore del giudice istruttore, che avesse respinto la domanda di scarcerazione. La questione era insomma se la mancata scarcerazione nella fase istruttoria determinasse una preclusione per il giudice dibattimentale, assimilabile a un giudicato interinale. La risposta variava nei due casi. Nel primo si osservava che "il non esercizio [...] da parte dell'imputato del suo diritto non può importare gli effetti di un giudicato, che non può formarsi se non in conseguenza dell'esercizio dell'attività processuale da parte degli organi giudicanti", col risultato che il giudice dibattimentale avrebbe avuto il dovere di rimettere in libertà il detenuto. Nel secondo caso, invece, si riconosceva che l'ordinanza dell'istruttore che avesse negato la scarcerazione, una volta passata in giudicato formale, avrebbe "fa[tto] stato anche nella fase del giudizio". Cfr. M. Cevolotto, *La scarcerazione, nel periodo del giudizio, dell'imputato condannato per reato che non consente mandato di cattura*, in *Giust. pen.*, 1920, p. 215 s.

<sup>7</sup>Cfr., tra gli altri, E. Marzaduri, sub art. 13 l. 8 agosto 1995, n. 332, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale*, Padova, Cedam, 1995, p. 185 s.; D. Manzione, sub art. 299, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, III, Torino, Utet, 1998, p. 307 s.; M. Bargis, *Procedimento de libertate e giudicato cautelare*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 184 s.

<sup>8</sup>Cass., sez. IV, 7 maggio 1996, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2170.

da preclusione. In effetti, secondo la Corte di cassazione, l'“approdo interpretativo” raggiunto da tali pronunce, “anteriore” alla sent. Romagnoli<sup>9</sup>, evidenziava “in realtà” i diversi caratteri dell'appello cautelare rispetto a quelli del riesame<sup>10</sup>. Il che lasciava tuttavia impregiudicata la questione concernente l'ammissibilità della revoca a fronte della mancata proposizione del gravame, e di qui la conseguente questione della legittimità dell'appello proposto avverso il rigetto dell'istanza di revoca fondata su circostanze non sopravvenute. Nonostante l'apprezzabile tentativo delle Sezioni Unite di dimostrare la natura apparente del contrasto giurisprudenziale, esso in realtà non solo non fu sopito ma si ripropose all'indomani della sent. Romagnoli, come attesta la pluralità di pronunce citate dalla decisione in esame, e che fino ad anni a noi recenti ripresentarono l'originaria idea di una preclusione anche sul deducibile<sup>11</sup> ovvero all'opposto confutarono l'esistenza di qualsivoglia preclusione discendente dalla mancata proposizione del gravame<sup>12</sup>. A ben vedere, l'argomentazione adoperata dalle Sezioni Unite finisce per depauperare la valenza delle conclusioni cui pervenne la giurisprudenza da esse contestata e a smussare la rigidità della distinzione tra appello e riesame: poiché è chiaro che la riconosciuta ammissibilità dell'appello avverso il provvedimento che rigettò l'istanza di revoca basata su circostanze non nuove prelude a una rivalutazione dell'intera questione cautelare, convertendo pertanto anche l'appello in un giudizio di controllo della legalità genetica dell'intervento cautelare, cosa che del resto già avviene in tema di misure interdittive.

Tale conclusione, se per un verso sospinge verso una riflessione sulla adeguatezza dell'assetto normativo attuale e delle dinamiche conseguenti all'esistenza di una molteplicità di rimedi, anche e soprattutto sul piano del principio costituzionalmente e convenzionalmente riconosciuto della ragionevole durata del procedimento penale, per altro verso induce a riconsiderare la funzione tradizionalmente attribuita al riesame, e che le Sezioni Unite sembrano condividere, quale giudizio di controllo genetico sulla legalità formale e sostanziale del provvedimento cautelare<sup>13</sup>. In effetti, nonostante i ristretti termini di decadenza, il riesame in materia di misure coercitive impone all'organo competente di rivalutare l'intera questione cautelare anche sulla base degli elementi sopravvenuti a favore dell'indagato, elementi che l'autorità giudiziaria ha l'obbligo di trasmettere tutti e integralmente al giudice del riesame<sup>14</sup>. Tale precisazione, inserita dalla riforma del 1995 al fine di allineare il giudizio di riesame alle nuove regole introdotte per la decisione cautelare<sup>15</sup>, riveste ancor oggi una grande importanza sistematica nella misura in cui sembra confutare l'idea che possa esistere – e persino trovare giustificazione costituzionale – un rimedio rigidamente rivolto a sindacare la legalità originaria delle coercizioni processuali, insensibile perciò all'evoluzione intervenuta nel quadro investigativo o probatorio. La circostanza che il legislatore non abbia adottato una simile precisazione per il riesame avverso le cautele reali può apparire in linea con la mancata previsione di un sia pur limitato obbligo di *disclosure* in materia di sequestri in capo al pubblico ministero, che è anzi eccezionalmente legittimato a disporre il sequestro preventivo in ragione di situazioni d'urgenza legate alla pericolosità di cose pertinenti al reato<sup>16</sup>. A ben vedere, non sembra che né da tale assetto né dalla formulazione dell'art. 324, comma 3 c.p.p. discendano argomenti sicuri per escludere l'applicabilità anche nel giudizio di riesame in tema di cautele reali di una regola di giudizio che impone la valutazione di circostanze che esulano dal controllo puramente geneti-

<sup>9</sup> Considerato in diritto, § 3.

<sup>10</sup> Considerato in diritto, § 4.

<sup>11</sup> Considerato in diritto, § 3.

<sup>12</sup> Ritenuto in fatto, § 4.

<sup>13</sup> Considerato in diritto, § 5.

<sup>14</sup> Art. 309, comma 5 c.p.p.

<sup>15</sup> Art. 291, comma 1 c.p.p.

<sup>16</sup> Art. 321, comma 3-bis c.p.p. Che tale soluzione sia adeguata in considerazione della particolare invasività di misure che incidono su diritti dotati di copertura sia costituzionale che convenzionale e sovranazionale, quale il diritto di proprietà e la libera disponibilità dei beni, è più che lecito dubitare. Certo nella recente decisione *Brazzi c. Italia* (Corte EDU, sent. 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*, Appl. No. 57278/11) la Corte europea ha evidenziato una carenza sistematica dell'ordinamento italiano che sembrerebbe non riguardare la materia dei sequestri, nei quali è comunque assicurato, in via preventiva o successiva, un vaglio di legalità da parte dell'autorità giurisdizionale. Tuttavia tale controllo deve soddisfare l'esigenza di effettività delle garanzie di indipendenza e imparzialità, su cui tradizionalmente insiste la giurisprudenza di Strasburgo: cosicché è chiaro che il problema conoscitivo esaminato nel testo, relativo alla *disclosure* imposta al pubblico ministero, incide inevitabilmente sull'affidabilità del vaglio di legalità richiesto al giudice competente.

co della misura. Difatti, non solo è chiaro che l'esigenza di non porre anche il giudice deputato al controllo di una misura cautelare reale in una posizione conoscitiva deteriorata rispetto a quella dell'organo che emise il provvedimento controllato impone di fornire al giudice del riesame tutti gli elementi valutati ai fini della decisione cautelare, ma in ragione di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 324 c.p.p. non sembra inoltre che possa essergli negato accesso agli elementi sopravvenuti a favore del reo<sup>17</sup>.

#### MANCATA PROPOSIZIONE DEL GRAVAME E POTERI DI CONTROLLO DEL GIUDICE PROCEDENTE. L'INESISTENZA DI PRECLUSIONI PROCESSUALI SUL DEDUCIBILE E IL PERENNE FASCINO DEL GIUDICATO CAUTELARE

Una volta appurato che nessuno fra gli strumenti di controllo della legalità dei sequestri può rigidamente fotografare il quadro cautelare esistente al momento dell'emanazione del provvedimento cautelare, ignorando l'evoluzione dell'indagine in corso, si tratta ora di verificare se e in che misura sia sostenibile una pluralità di rimedi volti a realizzare un vaglio originario di misure invasive su diritti fondamentali a titolo cautelare o investigativo. Si è osservato che l'assestamento della nozione di *ne bis in idem* cautelare da parte delle Sezioni Unite a metà degli anni novanta portò la giurisprudenza a interpretare alla luce di questa costruzione i riferimenti normativi, già introdotti dal codice Vassalli e irrobustiti dalla riforma del 1995, alla possibilità di operare la revoca delle misure restrittive tanto della libertà personale quanto della libera disponibilità dei beni sulla base di fatti non sopravvenuti. Il risultato è stato un netto contenimento dei poteri di controllo originario, limitato a tutte le questioni diverse da quelle dedotte in sede impugnatoria e decise dal giudice dell'impugnazione cautelare.

Già questa sintetica conclusione evidenzia non pochi profili problematici, che concernono anzitutto la scarsa attinenza del riferimento processualcivilistico a quanto concretamente dedotto in sede di gravame, dato che il vincolo, se pur esiste, non proviene dall'iniziativa del ricorrente ma dalla decisione del giudice dell'impugnazione, i cui poteri decisori non coincidono con quelli risultanti dalla devoluzione di specifici punti o questioni. Nel caso del riesame, poi, la devoluzione copre l'intera questione cautelare, e all'intero spettro della situazione cautelare si estendono quindi i poteri decisori dell'organo competente, sicché riconoscere al giudice procedente un potere di controllo della legalità genetica della misura, che solo si arresta di fronte al giudicato cautelare così configurato, significa di fatto negare la premessa, visto che l'intera questione cautelare è 'dedotta' in sede di riesame e, quale che sia la decisione del tribunale della libertà, essa presuppone appunto il riesame di tutta la situazione cautelare. D'altra parte, se la formazione del giudicato cautelare presuppone la 'deduzione' di specifiche questioni, il riesame, quale mezzo di gravame, non sembra per definizione idoneo a produrre alcun vincolo nei confronti del giudice procedente. Onde un problema di rapporto tra riesame e revoca, inteso come vincolatività della decisione di riesame nei confronti del giudice procedente, non pare potersi porre in ogni caso: perché il vincolo o finisce per coprire l'intera questione cautelare, azzerando il potere di controllo originario anche senza elementi sopravvenuti che la legge espressamente riconosce al giudice procedente, o all'opposto finisce per annullarsi in partenza, visto che la difesa non è tenuta a 'dedurre' alcuna questione col ricorso e, quand'anche lo faccia, le questioni 'dedotte' non costituiscono l'oggetto del giudizio di riesame.

Il che pare condurre a ulteriori obiezioni nei confronti della tradizionale configurazione del giudicato cautelare. Dal momento che il riesame non costituisce un giudizio impugnatorio ma un secondo primo 'grado' nella decisione della materia cautelare, come si può riconoscere un vincolo alla decisione del giudice del riesame non impugnata? Per quale ragione non si dovrebbe attendere la contestazione di specifiche questioni davanti alla Corte di cassazione? Una conclusione diversa sembrerebbe a primo acchito valere per l'appello attivato dalla difesa per contestare la legalità genetica di una misura non coercitiva, poiché la cognizione del giudice d'appello è comunque veicolata dai punti oggetto della devoluzione dovuta all'iniziativa di parte. Sennonché, proprio per le caratteristiche dell'appello, il vincolo dovrebbe qui coprire non già le questioni dedotte bensì tutte quelle comprese nei punti oggetto della decisione.

Tali considerazioni mettono in luce quanto atecnica e imprecisa sia la maniera in cui la giurisprudenza ormai consolidata sul *ne bis in idem* cautelare, cui aderisce la sentenza in esame, adoperi nozioni essenziali del diritto processuale. In effetti, non si può fare a meno di osservare una notevole approssimazione nell'uso di categorie come deduzione, questioni e punti, senza considerare che differenze con-

<sup>17</sup> E. Turco, Sub art. 324, in G. Canzio-G. Tranchina (a cura di), *Codice di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 2900 s.

siderevoli sussistono quanto alla struttura dei mezzi d'impugnazione cautelare. Abbiamo osservato che il richiamo al concetto di giudicato o al suo effetto precipuo di *ne bis in idem* dovrebbe immediatamente condurre l'interprete a verificare la possibilità di estendere analogicamente alla materia cautelare un vincolo che dovrebbe comunque provenire da un provvedimento giurisdizionale, non dall'impugnazione di parte. Sennonché, anche riferendo il vincolo alle questioni decise anziché a quelle dedotte, non sembra si possa slabbrare il concetto di 'questione' al punto da finire per farlo coincidere con quello di 'punto', o addirittura con l'intera *res* oggetto del giudizio di riesame, perché coinciderebbe appunto con l'intera questione cautelare. Non meno problematica appare la confusione che sembra emergere dal diffuso assunto giurisprudenziale secondo cui il potere del giudice procedente di rivalutare la legalità originaria incontrerebbe il vincolo del giudicato salvo l'emergere di fatti nuovi, concetto che la giurisprudenza ha interpretato come riferito ad elementi apprezzabili nella loro obiettiva materialità, ovvero quali prove nuove. Da ciò discende che gli elementi idonei a superare la preclusione formatasi sulle questioni esplicitamente o implicitamente dedotte in sede di gravame incidentale non potrebbero consistere in un mutamento giurisprudenziale, quand'anche dovuto al sopravvenire di una decisione dello stesso organo di nomofilachia attestante un indirizzo diverso rispetto a quello seguito dall'ordinanza che ha deciso la questione controversa<sup>18</sup>. Ora proprio tale conclusione sembra rivelare una commistione fra concetti in realtà eterogenei, quali quelli di 'elemento' e 'fatto'. È probabile che tale confusione sia ingenerata dalla stessa lettera della legge, che specie in materia di cautele personali stabilisce, come si è visto, obblighi precisi per l'autorità procedente che intenda adeguare la situazione cautelare al sopravvenire di 'elementi' nuovi o diversi rispetto a quelli già valutati, nel contesto di un generale potere di revoca o sostituzione delle misure cautelari anche alla luce di 'fatti' sopravvenuti. Il che accomuna tre classi di situazioni ben differenti e che riflettono variabili tra loro indipendenti: le questioni, le circostanze fattuali e gli elementi di prova.

Ma è soprattutto il ricorso in via analogica all'istituto del *ne bis in idem* – così come disciplinato dall'art. 649 c.p.p. – che appare inadeguato alla materia cautelare, o quantomeno al più gran numero delle situazioni in cui la figura del giudicato cautelare è invocata<sup>19</sup>. E iniziamo col dire che il riferimento a questa specifica ipotesi *ne bis in idem*, per la flessibilità che caratterizza il modo in cui è stata costruita la preclusione del giudicato, dovrebbe coprire proprio ciò che la giurisprudenza costante – e con essa la sentenza che si annota – vorrebbe escludere dall'area del vincolo, anzi, per le considerazioni appena svolte, non tanto il deducibile quanto il decidibile, finendo così per coprire anche questioni ulteriori e relative a una diversa configurazione dell'addebito provvisorio sulla cui base l'intervento cautelare si è realizzato, fermo restando il nucleo storico dell'azione criminosa. D'altra parte non si può dimenticare come proprio il *ne bis in idem* da giudicato costituisca financo sotto il codice Rocco anzitutto una garanzia per l'imputato e ancor oggi fornisca un imprescindibile ombrello protettivo all'imputato tutelandolo dal rischio (esistente o potenziale) di ulteriori vessazioni processuali *de eadem re*. Il che, se non vado errato, mostra quanto poco attagliato sia il richiamo al *ne bis in idem* di cui all'art. 649 c.p.p. proprio all'ambito tematico nel quale la configurazione di un giudicato cautelare si è tradizionalmente sviluppata, ovvero quello del rapporto tra riesame e revoca. Difatti, per un verso, le considerazioni svolte portano ad escludere che la decisione del giudice del riesame, quand'anche non impugnata, possa produrre alcun vincolo su specifiche questioni per il fatto che una sola questione è affrontata e decisa in sede di riesame, ed è l'intera questione cautelare. Per altro verso, e soprattutto, la revoca non è minimamente assimilabile a una nuova iniziativa cautelare sulla *eadem res*, tant'è che significativamente essa non richiede sempre una richiesta di parte ma può essere disposta d'ufficio dal giudice, il cui intervento si muove in una direzione opposta a quella segnata dall'art. 649 c.p.p.

L'analogia col *ne bis in idem* disciplinato da tale disposizione sembrerebbe a un primo sguardo reggere in due differenti ipotesi. La prima riguarda il caso in cui la richiesta di sostituzione della misura in atto miri a un aggravamento dell'intervento cautelare; la seconda, esaminata dalle Sezioni Unite nel caso Donelli<sup>20</sup>, si verifica invece laddove, in assenza di un mutamento del quadro fattuale rispetto a quello valutato dal giudice d'appello, il pubblico ministero richieda un nuovo intervento cautelare per lo stesso fatto e nei confronti dello stesso soggetto. Non c'è dubbio che in entrambe le ipotesi possiamo

<sup>18</sup> Cass., sez. un., 19 dicembre 2006, Librato, in *CED Cass.*, n. 235908.

<sup>19</sup> Cfr. per tutte Cass., 7 maggio 1996, cit., nonché Cass., sez. un., 24 maggio 2004, Romagnoli, cit., e Cass., sez. un., 19 dicembre 2006, Librato, cit.

<sup>20</sup> Cass., sez. un., 31 agosto 2004, Donelli, in *CED*, rv. 227358.

scorgere i tratti di una ulteriore vessazione cautelare. Senonché anche qui l'analogia col giudicato è in realtà apparente e anzi tali ipotesi ulteriormente aggravano le carenze di questa costruzione teorica di matrice giurisprudenziale. Nella prima non è in considerazione un'ulteriore persecuzione cautelare in un diverso procedimento bensì un aggravamento della situazione cautelare tale da richiedere una modifica *in peius* della stessa misura. E del resto la fattispecie di cui all'art. 299, comma 4 c.p.p., nel disciplinare un aggravamento dei *pericula libertatis*, palesemente presuppone un'evoluzione del quadro cautelare in senso peggiorativo, il che giustifica la necessaria richiesta di sostituzione *in peius* da parte del pubblico ministero. Quanto alla seconda ipotesi, le Sezioni Unite certamente intesero dare ulteriore avallo alla tesi della formazione di un'efficacia di *ne bis in idem* allo stato degli atti, configurando così una preclusione in capo al giudice investito di una successiva domanda cautelare basata su nuovi elementi, consistente nel divieto di statuire sulla stessa finché non sia definito il giudizio d'appello instaurato su impulso sempre del pubblico ministero avverso l'ordinanza reiettiva della prima richiesta di un provvedimento cautelare. Nondimeno, proprio la mancata definizione del giudizio d'appello cautelare finisce per alterare il volto della nozione di giudicato cautelare che nella versione ormai consolidata, come si è visto, non si forma su un provvedimento cautelare ancora passibile d'impugnazione o su un giudizio impugnatorio ancora aperto bensì sul provvedimento del giudice dell'impugnazione cautelare non più impugnabile. Appunto in ragione della circostanza che la presunta preclusione a decidere sulla nuova istanza del pubblico ministero si produrrebbe in pendenza del giudizio d'appello cautelare, la fattispecie in esame sembra piuttosto mettere in luce un delicato caso di litispendenza incidentale. Tuttavia è lecito dubitare che tale situazione, per quanto fortemente problematica, possa trovare un'appagante soluzione attraverso il richiamo analogico all'art. 649 c.p.p., se è già più che discutibile che tale riferimento possa essere invocato in relazione a situazioni di litispendenza, istituto purtroppo ad oggi non regolamentato dalla legge processuale penale. E i dubbi di pertinenza del riferimento al *ne bis in idem* cautelare aumentano per le ragioni anzidette se consideriamo il tentativo delle Sezioni Unite di estendere i risultati della sentenza Donelli, e con essa la nozione di 'giudicando cautelare'<sup>21</sup>, a tutte le ipotesi d'impugnazione cautelare, ivi comprese quelle instaurate dalla difesa<sup>22</sup>.

Ancor più inadeguato appare poi il riferimento al giudicato cautelare nell'ipotesi di reiterazione di una misura divenuta inefficace per il mancato rispetto delle scadenze temporali di cui all'art. 309, comma 10 c.p.p.<sup>23</sup>, ovvero per la mancata trasmissione degli atti al giudice del riesame nei termini del comma 5 dello stesso articolo<sup>24</sup>. In effetti, qui la preclusione, che senza dubbio esiste, solo apparentemente discende dal provvedimento liberatorio per estinzione della misura dovuta a motivi di ordine esclusivamente formale, tant'è che un simile effetto si produce immediatamente e senza alcuna necessità di attendere la definitività di tale provvedimento. In realtà l'efficacia preclusiva discende direttamente dalla legge, rispetto alla quale la pronuncia liberatoria svolge una funzione puramente ricognitiva. È del resto significativo che già negli anni novanta sia la giurisprudenza che la dottrina processualistica annoverassero nella comune esigenza di un "apprezzabile mutamento del fatto"<sup>25</sup> due problemi del tutto eterogenei<sup>26</sup>, quale il potere di revoca di un'ordinanza confermata in sede di gravame e la possibilità di reiterazione del provvedimento annullato per motivi di merito dal giudice dell'impugnazione; laddove il ricorso in via analogica al *ne bis in idem* dell'art. 649 c.p.p., per le ragioni anzidette, era per definizione inadeguato alla prima problematica anzitutto da un punto di vista finalistico, in ragione della direzione nella quale si muove il potere di revoca, sia o meno sollecitato dall'iniziativa di parte. Nella prospettiva del presente studio sembra peraltro opportuno ricordare che in tema di cautele reali la giurisprudenza abbia invocato, a uno stadio più maturo dell'elaborazione di questo principio, il *ne bis in idem* solo in relazione al caso in cui la caducazione del precedente provvedimento sia dipesa dall'accertata insussistenza delle condizioni normative sostanziali richieste per l'adozione della misura, negando invece qualsiasi applicazione del giudicato cautelare nell'ipotesi in cui il nuovo provvedimento

<sup>21</sup> In proposito v. P. Maggio, *Con la "litispendenza cautelare" le Sezioni Unite intervengono sul catalogo delle preclusioni alle iniziative del pubblico ministero*, in *Proc. pen. giust.*, 2011, p. 83.

<sup>22</sup> Cass., sez. un., 1° marzo 2011, n. 7931, in *Proc. pen. giust.*, 2011.

<sup>23</sup> Cass., 24 ottobre 2002, in *CED Cass.*, n. 227209.

<sup>24</sup> Cass., 13 ottobre 1999, in *CED Cass.*, n. 216627.

<sup>25</sup> Cass., sez. un., 12 ottobre 1993, Durante, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1610, con nota di M. Ceresa-Gastaldo, *Sulla permanenza dell'interesse all'impugnazione dei provvedimenti cautelari revocati*, ivi, p. 1619 ss.

<sup>26</sup> M. Bargis, *op. cit.*, p. 175 ss.

to venga disposto sulla base di elementi non valutati dal giudice che abbia revocato o annullato il primo provvedimento per ragioni di merito diverse da quelle addotte a sostegno del provvedimento reiterato, oppure appunto per vizî meramente processuali<sup>27</sup>.

#### NOVUM PROBATORIO E VINCOLI MOTIVAZIONALI. UNA PROSPETTIVA COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA

Ciò posto, dopo avere esposto i dubbi che concernono l'esistenza di una preclusione legata alle questioni dedotte o decise in sede impugnatoria, resta da esaminare se i poteri decisorî in materia cautelare del giudice procedente e la conseguente possibilità di revoca della misura adottata subiscano un vincolo di diverso genere, legato alla necessità che intervenga un'evoluzione del quadro probatorio. Certo meritevole di tutela è l'esigenza di porre un freno a istanze vòlte a una riconsiderazione all'infinito senza elementi di novità delle medesime questioni già affrontate dall'autorità giurisdizionale, esigenza avvertita in diversi ordinamenti, seppur con soluzioni differenziate. Ad esempio, in Inghilterra e Galles, per rimediare alla soluzione codificata col *Bail Act* del 1976, che consentiva all'imputato in stato di *remand detention* di richiedere il *bail* anche sulla base degli stessi elementi ogniqualvolta comparisse davanti all'autorità giudiziaria (ovvero una volta alla settimana, di regola, fino all'instaurazione del *trial*), il *Criminal Justice Act* del 1988, recependo una prassi già consolidata, circoscrisse la possibilità di *bail applications* a due volte salvo un cambio sostanziale di circostanze<sup>28</sup>. Che tale mutamento sostanziale debba tradursi nell'allegazione di ulteriori elementi di prova non costituisce tuttavia una necessità logica, né è scontato che sia tale anche in Italia, in relazione a tutte le ipotesi cui è tradizionalmente ricondotto il fenomeno del giudicato cautelare. Così appare degno di nota il fatto che l'esigenza di un mutamento della situazione fattuale abbia trovato maggiore condivisione da parte della dottrina<sup>29</sup> e persino tra studiosi che hanno avanzato dubbî sulla necessità di far ricorso alla nozione di giudicato cautelare<sup>30</sup>, proprio con riguardo all'ipotesi di reiterazione di un'ordinanza annullata in via impugnatoria. È peraltro significativo che la letteratura processualistica non identifichi tale mutamento delle circostanze fattuali nella necessità di nuove prove, dovendo l'evoluzione del quadro fattuale [...] essere in concreto dimostrata con diretto riferimento alla motivazione<sup>31</sup>.

Tale riferimento mette sulla giusta strada per affrontare la problematica qui in esame, anche e soprattutto alla luce della rilevanza della materia nella prospettiva del diritto costituzionale. Certo una materia nella quale entrano in gioco fondamentali libertà di valore costituzionale, come quella delle cautele sia personali che reali, dovrebbe rigettare rigide logiche di preclusioni, potendo realizzare la decisione impugnatoria solo un vincolo di carattere argomentativo, apprezzabile sul piano della motivazione. Sennonché l'evidente eterogeneità delle situazioni annoverate nella complessa categoria del giudicato cautelare rende, a mio giudizio, opportuno distinguere le due principali ipotesi prima considerate. In effetti, che non sia "assolutamente indispensabile l'individuazione di elementi nuovi rispetto a quelli individuati nella prima occasione"<sup>32</sup> appare conclusione condivisibile laddove si tratti di interventi vòlti comunque ad ampliare gli spazi di libertà ristretti da misure invasive di diritti fondamentali. Significativamente in materia di cautele personali, come si è visto, la stessa legge processuale contempla la possibilità che il giudice sia investito di un'istanza relativa alla (o decida autonomamente di affrontare la questione della) revoca o sostituzione del provvedimento in atto anche senza elementi "nuovi o diversi da quelli valutati", affidando all'organo giudicante la valutazione discrezionale circa l'opportunità d'interrogare l'imputato al fine di fornirgli un'occasione per addurre argomenti atti a contestare la legalità e proporzionalità del regime cautelare in atto<sup>33</sup>. In direzione analoga si muove parte della giurisprudenza col postulare un'agevolazione dell'obbligo motivazionale, in relazione tanto al *fumus delicti* quanto ai pericoli cautelari, ogniqualvolta l'istanza di revoca non allegghi fatti nuovi rispetto a quelli valutati dal giudice del riesame<sup>34</sup>.

<sup>27</sup> Cass., sez. IV, 11 aprile 2003, n. 43647, in *CED Cass.*, n. 226403.

<sup>28</sup> S. 154. Cfr. R. Vogler, *England and Wales*, in S. Ruggeri (ed.), *Liberty and Security in Europe. A comparative analysis of pre-trial precautionary measures in criminal proceedings*, V&R Unipress (Universitätsverlag Osnabrück), Göttingen 2012, p. 98.

<sup>29</sup> M. Ceresa-Gastaldo, *Il riesame delle misure coercitive nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 220 ss.

<sup>30</sup> M. Bargis, *op. cit.*, p. 176.

<sup>31</sup> M. Ceresa-Gastaldo, *op. cit.*, p. 220 s.

<sup>32</sup> E. Marzaduri, *Misure cautelari personali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. pen.*, VIII, Torino, Utet, 1994, p. 96.

<sup>33</sup> Art. 299, comma 3-ter c.p.p.

<sup>34</sup> Cass., sez. VI, 15 aprile 2003, n. 35647, in *CED Cass.*, n. 226323.

In quest'ottica si può dunque riconsiderare la conclusione raggiunta dalle Sezioni Unite nella decisione in esame allorché escludono l'inammissibilità dell'appello proposto dalla difesa avverso il provvedimento con cui il giudice precedente ha rigettato l'istanza di revoca non supportata da nuove allegazioni. Conclusione che appare condivisibile nella sostanza, ma che non sembra trovare fondamento nella circostanza che il giudicato cautelare copra solo il dedotto e giammai il deducibile, bensì nel fatto che questo specifico appello, siccome promosso dalla difesa, mira appunto a riespandere gli spazi di libera disponibilità dei beni, ristretti dal provvedimento di sequestro. Per quanto si è rilevato, il vincolo, se di vincolo si vuol continuare a parlare, attiene dunque solo all'assetto argomentativo del provvedimento cautelare, mentre la fondamentale garanzia del *ne bis in idem* non dovrebbe qui per definizione trovare applicazione, non potendo essere utilizzata *in malam partem* per precludere iniziative difensive<sup>35</sup>.

Una simile conclusione non sembra invece attagliarsi all'ipotesi in cui la misura sia stata annullata o revocata in sede di riesame. Qui la circostanza che la decisione dell'organo competente per l'impugnazione si sovrapponga alla decisione cautelare non pare in sé legittimare un'iniziativa del pubblico ministero volta a ottenere un nuovo provvedimento cautelare avente ad oggetto la stessa misura e tuttavia non supportato da nuove risultanze investigative. In effetti, per quanto in ogni caso il giudice precedente debba "misurarsi con il responso del tribunale della libertà"<sup>36</sup>, appare estremamente pericoloso riconoscere in quest'ipotesi la legittimità di un nuovo intervento cautelare solo sulla base di una diversa motivazione<sup>37</sup>. Ciò tuttavia non sembra avvenire per l'esistenza di presunte preclusioni derivanti da costruzioni giurisprudenziali quale quella del giudicato cautelare, bensì per l'effetto di requisiti stabiliti ancora una volta dalla legge processuale per ogni intervento cautelare. Difatti, a fronte del provvedimento col quale una misura venga annullata o revocata in sede d'impugnazione, l'eventuale iniziativa successiva volta a ottenere un nuovo intervento restrittivo di diritti fondamentali dovrà giocoforza dimostrare la sussistenza di un pericolo concreto e attuale, allegando pertanto elementi che giustifichino la misura al momento in cui tale successivo intervento è richiesto. Ed è la stessa logica per la quale sempre per un vincolo derivante *ex lege* persino una misura custodiale può essere ripristinata nelle situazioni descritte dall'art. 307, comma 2 c.p.p. solo "ove risulti necessaria a norma dell'art. 275", il che richiede un accertamento della proporzionalità in concreto sulla base di dati aggiornati. Persino quando il ventaglio delle possibili ragioni giustificative si restringe considerevolmente come nel caso della lett. b), il codice ripudia ogni automatismo derivante dalla sopravvenienza di una condanna non definitiva e la rinnovazione di una misura così invasiva postula comunque la sussistenza attuale del pericolo di fuga<sup>38</sup>. Del resto sembra si possa dubitare che un nuovo provvedimento cautelare avente ad oggetto la stessa misura cautelare revocata o annullata, laddove sia fondato su una rivalutazione degli stessi elementi esaminati in sede impugnatoria, sia compatibile anche con la struttura motivazionale dei provvedimenti cautelari: la quale, richiedendo l'esposizione non solo delle specifiche esigenze cautelari e degli elementi che giustificano in concreto la misura disposta ma anche dei motivi per i quali non sono da ritenere rilevanti le eventuali allegazioni della difesa<sup>39</sup>, esige l'esplicitazione delle ragioni che supportano il nuovo intervento cautelare al tempo in cui esso è disposto. *De lege ferenda*, simili casi giustificerebbero probabilmente l'introduzione di un previo contraddittorio con la difesa, non meno di quanto sia già previsto per l'ipotesi di caducazione della misura per mancato interrogatorio nei termini previsti dall'art. 294 c.p.p.<sup>40</sup>.

Certo la disciplina delle misure reali non raggiunge livelli di complessità assimilabili a quella prevista per le misure personali e non contempla così previsioni che espressamente riconoscano garanzie analoghe, un risultato che sembra in buona misura da ascrivere alla preconcetta inferiore rilevanza assegnata al diritto di proprietà e alla libera disponibilità dei beni rispetto a quella di cui godono la libertà

<sup>35</sup> In proposito cfr. le efficaci osservazioni metodologiche di P. Maggio, *Le impugnazioni delle misure cautelari personali*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 509 s.

<sup>36</sup> Così E. Marzaduri, *Misure cautelari personali*, cit., p. 96, il quale peraltro adotta un'impostazione che anche per l'ipotesi qui considerata non sembra necessariamente richiedere sviluppi nel quadro probatorio.

<sup>37</sup> Desidero quindi parzialmente rettificare l'opinione da me espressa in *Giudicato cautelare*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, Giuffrè, 2010, p. 430.

<sup>38</sup> E. Marzaduri, *Accertamenti non definitivi sulla responsabilità penale dell'imputato e attenuazione della presunzione di non colpevolezza*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 220 s.

<sup>39</sup> Art. 292, comma 1, lett. c) e c-bis) c.p.p.

<sup>40</sup> Art. 302 c.p.p.

personale e il diritto alla libera circolazione. L'arretratezza del dettato legislativo non autorizza però a concludere che si possa provvedere a un nuovo intervento di sequestro, revocato o annullato in sede di riesame, sulla base di una diversa valutazione degli elementi esaminati in via impugnatoria. Come si potrebbe altrimenti postulare, ai fini dell'applicazione di un sequestro preventivo, l'attualità del pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le sue conseguenze, ovvero agevolare la commissione di altri reati? Anche qui, a ben guardare, l'esigenza di nuove risultanze *lato sensu* probatorie sembra imprescindibile; ma ciò nuovamente non per un presunto vincolo derivante da una costruzione giurisprudenziale bensì per le caratteristiche intrinseche e le finalità proprie del sequestro, quali definite dalla legge.

#### IL SINDACATO DELLA LEGALITÀ GENETICA E LA NECESSITÀ DI UN MONITORAGGIO COSTANTE DELLA SITUAZIONE CAUTELARE. LA NORMATIVA PROCESSUALE A CONFRONTO COL DIRITTO COSTITUZIONALE E IL SISTEMA CEDU

La complessità del sistema di controlli giurisdizionali della legalità cautelare, sia pur nei diversi termini previsti in materia di cautele reali e personali, conduce infine a domandarsi se ed entro che limiti la molteplicità degli strumenti di controllo della legalità cautelare, quali costruiti dalla normativa processuale, sia in linea col quadro costituzionale e col sistema CEDU. Quanto al sindacato della legalità genetica, e ferme restando le considerazioni problematicamente svolte in questo scritto, si potrebbe argomentare che la previsione di una duplicità di meccanismi di controllo, da parte del giudice del gravame e del giudice procedente, non costituisca una soluzione obbligata sul piano sia costituzionale sia convenzionale. Finanche quando sono in gioco misure invasive della libertà personale, la Convenzione europea non impone che vengano assicurati più sistemi di controllo originario della legalità dell'arresto o della detenzione. Né ciò sembra ricavarsi dalla previsione dell'obbligo d'immediata traduzione davanti all'autorità giurisdizionale, quale garanzia distinta rispetto al diritto all'*habeas corpus*<sup>41</sup>. In effetti, la giurisprudenza di Strasburgo ha delimitato il diritto all'*habeas corpus* in forza della c.d. '*doctrine of incorporation*'<sup>42</sup>, mediante la quale essa ha inteso escludere, fin dal noto '*Vagrancy case*' del 1970, il diritto a richiedere un controllo giurisdizionale nelle ipotesi di misure privative della libertà personale disposte da, o già sottoposte alla revisione di, una corte<sup>43</sup>. Mediante tale impostazione, il controllo sulla legalità genetica andrebbe quindi circoscritto ai casi di arresto o detenzione disposti da autorità amministrativa, rimanendo invece assorbito nel vaglio originario operato dall'autorità giudiziaria. E sebbene la Corte europea abbia progressivamente ammorbidito tale impostazione, in sé criticabile sotto più riguardi<sup>44</sup>, l'attenuazione del vincolo dell'assorbimento è avvenuta precipuamente al fine di assicurare un vaglio della legalità della detenzione, quand'anche ordinata dall'autorità giurisdizionale, alla luce dell'evoluzione del quadro fattuale e probatorio. Quanto all'obbligo di traduzione nel più breve tempo davanti all'autorità giurisdizionale nelle specifiche situazioni di arresto o detenzione fondati su un *fumus delicti*, esso per un verso mira a tutelare il diritto a essere messo a disposizione ed essere ascoltato da un'autorità indipendente e autonoma nei casi di detenzione non disposta dall'autorità giurisdizionale (in caso di arresto ciò è la regola). Per altro verso è significativo che la giurisprudenza europea abbia ridefinito in via interpretativa la sistematica dei controlli giurisdizionali riguardanti tali strumenti privativi della libertà personale, riconoscendo, com'è noto, il diritto a ottenere non tanto un pronto controllo giurisdizionale della giustificazione iniziale della detenzione quanto soprattutto una verifica costante della legalità e proporzionalità della misura adottata<sup>45</sup>.

L'insistenza della giurisprudenza di Strasburgo sulla necessità di un riesame della situazione detentiva a intervalli periodici rivela, sia pur con forme differenti, una chiara attenzione verso le dinamiche della vicenda cautelare, piuttosto che verso l'esigenza di assicurare un vaglio statico volto a controllare

<sup>41</sup> Art. 5, §§ 3-4 CEDU.

<sup>42</sup> S. Trechsel, *Human rights in Criminal Proceedings*, Oxford-New York, 2005, p. 468 ss.

<sup>43</sup> Corte EDU, sent. 18 novembre 1970, *De Wilde, Ooms and Versyp ('Vagrancy') c. Belgio*, Appl. No. 2832/66, 2835/66 e 28/66.

<sup>44</sup> S. Trechsel, *op. cit.*, p. 470 ss.

<sup>45</sup> Così tra le altre Corte EDU, sent. 27 agosto 1992, *Tomasi v. France*, Appl. No. 12850/87. Al riguardo cfr., in particolare, S. Trechsel, *op. cit.*, p. 523 ss., nonché P. Maggio, *Judicial reviews against deprivation of liberty*, in S. Ruggeri (ed.), *Liberty and Security in Europe*, cit., p. 37.

la legalità cautelare in base all'assetto fattuale originario. Il che mette palesemente in luce la lontananza metodologica dell'impostazione della Convenzione europea dall'approccio del sistema italiano di giustizia penale, che ancor oggi, nonostante le recenti riforme legislative che hanno interessato il settore cautelare e la fase delle indagini preliminari, non sembra minimamente coltivare l'esigenza di assicurare un vaglio costante, da parte di un organo indipendente, di misure invasive di diritti fondamentali per finalità cautelari o investigative. E non possiamo ancora una volta non rilevare che almeno per le cautele personali restrittive della libertà personale quest'impostazione è probabilmente da ascrivere a una logica che risale alla Costituzione: la quale, nell'esaltare la riserva di giurisdizione (peraltro genericamente riferita alla autorità giudiziaria) quale garanzia imprescindibile perché possa essere adottata qualsivoglia misura invasiva della libertà personale, non pare invece preoccuparsi della necessità di un controllo periodico della legalità e necessità dell'intervento coercitivo in atto, al punto da avere affidato la proporzionalità dinamica della carcerazione preventiva alla predeterminazione legale di termini massimi. Certo una simile impostazione non appare oggi adeguata a contenere specie le misure custodiali entro i limiti dettati da una logica autenticamente cautelare: e il riconoscimento da parte della Corte di cassazione dell'idoneità di meccanismi diversi nell'ambito della giustizia penale transnazionale, com'è avvenuto nel caso Ramoci<sup>46</sup>, dovrebbe indurre il legislatore a riflettere sull'esigenza di garantire un controllo giurisdizionale d'ufficio dell'evoluzione della situazione cautelare anche nei procedimenti nazionali. Ma se questa è la direzione verso la quale dovrebbe tendere una riforma legislativa convenzionalmente orientata, non sembra sia azzardato affermare che – per i complessi percorsi ermeneutici che devono sempre più mettere in relazione reciproca fonti internazionali, legislazione ordinaria e diritto costituzionale ai fini di un progressivo rafforzamento dei livelli di tutela individuale – la necessità di un monitoraggio costante della situazione cautelare, ben più che la moltiplicazione dei sistemi di controllo genetico delle misure restrittive, appartenga oggi anche al patrimonio delle garanzie di valenza costituzionale, e che come tale debba sistematicamente estendersi, pur coi dovuti *distinguo*, al settore delle misure invasive di diritti fondamentali come la proprietà e la libera disponibilità dei beni. Un settore che sembra anzi ancor più sguarnito di quello delle cautele personali sul fronte della tutela delle garanzie individuali, se è vero che l'immediata revoca del sequestro preventivo presuppone sempre la richiesta del pubblico ministero o dell'interessato, non potendo mai essere disposta d'ufficio<sup>47</sup>, come invece consentito dall'art. 299, comma 3 c.p.p.

## CONCLUSIONI

Quest'ennesimo intervento delle Sezioni Unite sul giudicato in materia di cautele reali fornisce una preziosa occasione per una riflessione su una costruzione giurisprudenziale sempre più poliedrica, quale quella del *ne bis in idem* cautelare. Considerazioni tecniche legate a categorie basilari della teoria generale del processo e un attento esame delle differenti ipotesi alle quali tale costruzione è usualmente adoperata sembrano rafforzare i dubbi circa l'opportunità di continuare a invocare l'esistenza di un giudicato cautelare, fonte di insidie applicative non meno pericolose dei problemi teorici che essa ingenera. In fondo, se il riconoscimento del *ne bis in idem* cautelare deve la sua ragion d'essere all'esigenza pratica di dare un senso al sistema delle impugnazioni cautelari, evitando che esso giri a vuoto come una vite spanata, non si può mai dimenticare che la fondamentale rilevanza dei diritti in gioco in questa delicatissima materia tende a ripudiare ogni forma di preclusione, almeno lì dove il nuovo controllo giurisdizionale sia attivato in una direzione volta a riespandere, *in toto* o in parte, gli spazi di libertà. In questa prospettiva la conclusione cui pervengono le Sezioni Unite, seppur condivisibile nel risultato, sembra confermare la validità della costruzione del giudicato cautelare, e con essa quell'"anelito ad una sorta d'immutabilità, sia pur *rebus sic stantibus*, della decisione cautelare"<sup>48</sup>, che ha fatto da *file rouge* a tutta la giurisprudenza maturata nell'arco di quasi un trentennio. Sennonché, quand'anche il gravame sia stato proposto e specifiche questioni siano state dedotte, nessun vincolo di giudicato può essere invocato per precludere iniziative difensive volte a rafforzare il godimento di libertà fondamentali, e l'unico obbligo per il giudice dell'impugnazione, così come per il giudice precedente investito del con-

<sup>46</sup> Cass., sez. un., 30 gennaio 2007, Ramoci, in *Cass. pen.*, 2007, p. 911.

<sup>47</sup> Art. 321, comma 3 c.p.p.

<sup>48</sup> M. Bargis, *op. cit.*, p. 175 ss.

trollo della legalità genetica, si traduce nel dovere di confrontarsi con la struttura argomentativa del provvedimento avente ad oggetto la misura in atto.

Le sollecitazioni argomentative fornite da questa decisione sembrano peraltro portare a due ulteriori importanti conclusioni. La prima è che, nelle ipotesi in cui sia invece in gioco un successivo intervento volto a nuovamente incidere su libertà fondamentali mediante un provvedimento avente ad oggetto una misura revocata o annullata in sede di gravame cautelare, il vincolo motivazionale costituisce probabilmente una garanzia troppo blanda a tutelare chi ha già sofferto limitazioni così gravi. In tali ipotesi la necessità di nuovi apporti probatori sembra imprescindibile ma, contrariamente a quanto riconosciuto dalla giurisprudenza, non per presunte preclusioni decisorie riconducibili alla figura del giudicato bensì per l'esistenza di requisiti legali concernenti la struttura e la finalità di ogni intervento cautelare. La seconda considerazione è che una prospettiva orientata alla massimizzazione della tutela di diritti fondamentali, riconosciuti sia dalla Costituzione che dalla Convenzione europea, dovrebbe indurre il legislatore con urgenza a riformare la materia cautelare, garantendo, forse più ancora che una molteplicità di controlli generici, meccanismi di monitoraggio periodico e d'ufficio da parte dell'autorità giurisdizionale. Che ad oggi nessuno strumento processuale sia in grado di assicurare tale risultato, e il legislatore italiano ignori tale fondamentale esigenza, non pare degno di un ordinamento che voglia avanzare, e sta in buona misura avanzando, nella tutela delle garanzie individuali in materia di giustizia penale.