

CAPITOLO SECONDO

L'appello cautelare personale

di *Pietro Indinnimeo*

SOMMARIO: 2.1. L'appellabilità oggettiva. – 2.2. L'appellabilità soggettiva. – 2.2.1. Il particolare caso dell'appello del P.M. e il principio devolutivo. – 2.3. Atti preliminari alla trattazione del ricorso. La preparazione del ricorso in appello del difensore e il deposito in cancelleria. – 2.4. La genesi della procedura; la trasmissione degli atti e il termine per la decisione dell'appello. – 2.5. La produzione di elementi nuovi. – 2.6. L'acquisizione degli atti di ufficio. – 2.7. La fissazione della udienza. – 2.8. La deliberazione sulla ammissibilità e la declaratoria di inammissibilità del ricorso. – 2.9. Gli avvisi della udienza alle parti. – 2.10. L'udienza camerale. – 2.11. I temi della udienza in rito. – 2.11.1. L'inefficacia sopravvenuta per omessa o tardiva rinnovazione della misura emessa da giudice incompetente. – 2.11.2. La necessità di una giurisdizionale pronuncia di incompetenza per attivare la procedura di cui all'art. 27 del codice di rito. – 2.11.3. Il problema della diversità del luogo dell'arresto e del fermo e di quello di commissione del reato. – 2.11.4. Il caso della incompetenza pronunciata da un giudice diverso da quello che ha emesso la misura. – 2.11.5. Il problema del *dies a quo* del termine di cui all'art. 27 del codice di rito. – 2.11.6. La violazione del principio della domanda cautelare. – 2.11.7 La deducibilità dei vizi dell'interrogatorio di garanzia. – 2.11.8. Interrogatorio di garanzia in caso di aggravamento della misura cautelare. – 2.11.9. Interrogatorio di garanzia e art. 27 c.p.p. – 2.11.10. Il problema del deposito degli atti nella cancelleria del giudice prima dell'interrogatorio di garanzia. – 2.11.11. Il problema del deposito degli atti prima dell'udienza di convalida. – 2.11.12. Il vizio di motivazione. – 2.11.13. Il problema del computo dei termini di custodia cautelare. – 2.11.14. La disciplina dell'ampliamento del termine massimo di custodia cautelare per la fase del giudizio. – 2.11.15. Il computo dei termini di custodia cautelare in caso di evasione o di regresso del procedimento. – 2.11.16. L'art. 297 c.p.p. e il fenomeno della contestazione a catena. – 2.12. I temi della udienza nel merito: i gravi indizi di colpevolezza. – 2.12.1. Le esigenze cautelari. – 2.12.1.1. Corollari dell'ampliamento valutativo sulla vita del titolo: il decorso del tempo. – 2.12.1.2. Regime carcerario e condizioni di salute. – 2.12.1.3. La sostituzione della misura o il cumulo con altra misura più grave in caso di trasgressione alle prescrizioni: il problema della effettività della trasgressione e del sindacato del giudice della cautela. – 2.12.1.4. L'appello relativo alla definizione di nuove modalità e prescrizioni relative alle misure cautelari non carcerarie.

2.1. *L'appellabilità oggettiva*

Legislazione c.p.p. 127, 128, 309, 310.

Bibliografia Conso Grevi 2009 – Bassi Epidendio 2009 – Tonini 2010 – Lozzi 2009.

La disposizione contenuta nell'art. 310 del codice di rito (fuori dai casi previsti dall'art. 309, 1° co. il pubblico ministero, l'imputato e il suo difensore possono proporre appello contro le ordinanze in materia di misure cautelari personali enunciandone contestualmente i motivi) delimita l'ambito di proponibilità dell'appello cautelare, assegnandogli uno spazio residuale rispetto a quello riconosciuto dal legislatore al riesame e riconoscendo l'appellabilità di tutte le ordinanze in materia di misure cautelari personali che non possono essere oggetto di riesame ai sensi dell'art. 309 del codice di rito.

Ciò in quanto mentre il giudizio di riesame, come è noto, è diretto al controllo dei presupposti formali e sostanziali della applicata misura cautelare, l'appello è diretto al controllo anche dei vizi incidenti sul mantenimento di efficacia e validità della misura cautelare: tutte le ordinanze che incidono sul dinamismo cautelare successivo alla ordinanza genetica della limitazione della libertà personale di un individuo, quindi, sono impugnabili con l'appello cautelare e, tra queste, certamente quelle emesse dal giudice che procede ai sensi dell'art. 299 del codice di rito, ma anche quelle che aggravano il regime cautelare ai sensi degli artt. 299, 4° co., 276, 307 c.p.p., nonché quelle emesse in punto di estinzione del titolo o di sua rinnovazione o di sospensione o di proroga dei termini perché, come è evidente, attengono anche esse alla vita del titolo cautelare successiva alla sua nascita.

Il legislatore ha voluto, in buona sostanza, controllare ogni forma di restrizione della libertà personale di un cittadino prevedendo il riesame per ogni questione, formale o sostanziale, che riguarda la nascita di questo titolo e lasciando poi all'appello il compito di esercitarne il controllo della sua vita fino alla sua morte (ovvero la sua estinzione).

Difatti la lettura combinata degli artt. 309, 1° co. e 310, 1° co., con il riferimento in tale ultima norma «fuori dai casi previsti dall'art. 309 1° co.» conferma tale *voluntas legis* di tal che gli unici limiti all'ammissibilità dell'appello sono dati dalla natura del provvedimento (che deve necessariamente essere una ordinanza) e dall'oggetto (che per ciò che concerne l'art. 310 c.p.p. deve sostanziarsi in una misura cautelare personale posto che, per le misure cautelari reali, per le misure di sicurezza patrimoniali, per le misure di prevenzione e per quelle interdittive a carico di enti il legislatore ha previsto diversi strumenti di impugnazione). De-

vono, altresì, ritenersi impugnabili esclusivamente quei provvedimenti che incidono stabilmente sulla libertà personale di un individuo indipendentemente dalla fase nella quale detto provvedimento cautelare è stato adottato. (cfr. Cass. Sez. VI, Cc. 26.4.994, n. 1820 (dep. 17.10.1994), rv. 200050, ed ancora in termini, Cass. Sez. I, Cc. 26.5.2009, n. 24107 (dep. 11.6.2009), rv. 244651)

«il provvedimento relativo ai permessi di colloquio del soggetto sottoposto alla misura della custodia cautelare in carcere non ha natura giurisdizionale, ma amministrativa poiché non incide sulla libertà personale del soggetto ma attiene alle modalità esecutive della custodia ed al trattamento del detenuto e, quindi, stante il principio della tassatività delle impugnazioni tale provvedimento non è impugnabile ferma restando la ricorribilità in cassazione»

(Cass. Sez. I, Cc. 29.11.2011, n. 47326 (dep. 20.12.2011), rv. 251419).

Ed ancora, in tema di esecuzione della misura degli arresti domiciliari non è impugnabile dal P.M. il provvedimento che sostituisce il luogo di privata dimora di esecuzione degli arresti domiciliari, non determinando un'attenuazione o un aggravamento della misura cautelare, né una modifica della stessa; (Cass. Sez. V, 17.2.2009, n. 10638, *CED* 244634) è impugnabile il provvedimento con il quale è stata rigettata la richiesta di modifica del luogo di esecuzione della misura degli arresti domiciliari proposta dall'imputato in quanto

«non si può non valutare che la dedotta impossibilità di reperire nello stesso comune altra abitazione presso la quale proseguire la misura coercitiva determina inevitabilmente la necessità di ripristinare il regime detentivo in carcere. Per i riflessi che ne conseguono non si può sostenere dunque la mancanza di interesse della persona sottoposta alla misura degli arresti domiciliari ad impugnare il provvedimento con cui si nega la possibilità di modificare il luogo di detenzione sostituendolo ad altro indicato».

(Cass. Sez. III, Cc. 17.2.2011, n. 13119 (dep. 30.3.2011), rv. 249946).

In materia di estradizione per l'estero così come in tema di mandato di arresto europeo i provvedimenti applicativi di misure cautelari, emessi dalla Corte di Appello o dal Presidente della Corte di Appello, possono essere impugnati, invece, esclusivamente mediante ricorso per cassazione per violazione di legge, a norma dell'art. 719 c.p.p., essendo escluso il rimedio della richiesta di riesame previsto in via generale per le misure coercitive dall'art. 309 c.p.p.

Da ultimo, a titolo esemplificativo, devono considerarsi appellabili le ordinanze di modifica della c.d. imputazione cautelare con le quali ad esempio si contestano nuove circostanze aggravanti; tutte le ordinanze

emesse ai sensi dell'art. 300, 5° co. di ripristino della misura nei confronti di soggetto condannato in appello dopo precedente assoluzione; le ordinanze di ripristino della custodia in carcere a seguito di scarcerazione per decorrenza dei termini (art. 307, 2° co., c.p.p.); le ordinanze di aggravamento della misura cautelare originariamente applicata (artt. 299, 4° co., e 276 c.p.p.) anche per il caso di cumulo con misura più grave; le ordinanze di applicazione di misure cautelari non custodiali a seguito della perdita di efficacia della misura della custodia cautelare in carcere.

2.2. L'appellabilità soggettiva

Legislazione c.p.p. 127, 128, 309, 310.

Bibliografia Conso Grevi 2009 – Bassi Epidendio 2009 – Tonini 2010 – Lozzi 2009.

Soggetti legittimati alla proposizione dell'appello avverso le ordinanze in materia di misure cautelari personali sono il pubblico ministero l'imputato o l'indagato e il suo difensore con qualifica conseguita ai sensi degli artt. 96 e 97 c.p.p. (art. 310 c.p.p.).

Ne deriva la inammissibilità del ricorso proposto da altri soggetti processuali quali la persona offesa, la parte civile, il responsabile civile, il civilmente obbligato per la pena pecuniaria e i terzi interessati.

2.2.1. Il particolare caso dell'appello del P.M. e il principio devolutivo

Legislazione c.p.p. 127, 128, 309, 310.

Bibliografia Conso Grevi 2009 – Bassi Epidendio 2009 – Tonini 2010 – Lozzi 2009.

Come si è accennato, legittimato a proporre appello avverso l'ordinanza di rigetto della richiesta di applicazione di misura cautelare personale o anche avverso ordinanza di rigetto della richiesta di applicazione di misura cautelare diversa e più grave di quella disposta dal GIP è il P.M. procedente al quale è data comunicazione dell'atto impugnabile, ovvero il P.M. che ha proposto l'applicazione della misura rigettata.

Deve premettersi che sul tema dell'appello quale mezzo di impugnazione nel procedimento di cognizione e in quello incidentale c.d. *de libertate* la giurisprudenza con numerose pronunce, a cui si aderisce, ha chiarito che l'appello nel processo di merito e l'appello nel procedimento incidentale in materia di libertà personale partecipano della stessa natura,

poiché integrano lo stesso strumento di verifica del provvedimento del primo giudice. Di talché, muovendosi lungo una linea di continuità strutturale e funzionale rispetto agli schemi tradizionali, appare giustificata l'estensione all'appello cautelare delle regole dell'appello sul merito, tra le quali quella del *tantum devolutum quantum appellatum* unitamente ai suoi effetti, compreso quella per cui

«la cognizione del giudice dell'appello incidentale sulla libertà è limitata ai punti della decisione impugnata attinti dai motivi di gravame (e a quelli con essi strettamente connessi o da essi dipendenti)».

(Cass. Sez. II, 3.3.1994, P.G. in proc. Devoto, *CED*, 198488).

Tale affermazione è stata, infatti, ritenuta coerente con la volontà del legislatore, quale s'evince con chiarezza dalla Relazione al progetto preliminare per il nuovo codice di rito (p. 78) laddove, nel tracciare i profili procedurali dell'appello cautelare, si sottolinea come

«per il resto deve ritenersi implicito il rinvio alla disciplina dell'appello, in quanto non risulti diversamente disposto, ivi compresa la previsione dell'effetto limitatamente devolutivo, tipico del mezzo di impugnazione in oggetto».

Va dunque ribadito che la regola del *tantum devolutum quantum appellatum* prevista per l'appello cognitivo dall'art. 597, 1° co., c.p.p., con una disposizione omologa a quella dell'art. 515 c.p.p. 1930 e all'evidenza restrittiva del perimetro della cognizione attribuita all'organo deputato alla revisione critica, al quale viene precluso l'esame dei "punti" della decisione di primo grado diversi da quelli oggetto di specifica censura, è applicabile all'appello cautelare, a differenza del riesame che ha invece carattere totalmente devolutivo. La giurisprudenza ha ulteriormente rilevato – a conferma della natura "ibrida" di questo tipo di impugnazione – che, se *il thema decidendum* viene identificato tramite la domanda di parte, essendo la cognizione limitata ai punti della decisione investiti dai motivi, il giudice di appello, nell'ambito del tema così individuato, non è tuttavia vincolato alle singole alternative decisorie prospettate dall'appellante, ma decide *ex novo* su tutte le questioni astrattamente ipotizzabili in ordine ai punti cui si riferiscono i motivi proposti.

«È però pacifico, in dottrina e in giurisprudenza, che l'appello del pubblico ministero contro la sentenza assolutoria emessa dal giudice del dibattimento, salva l'esigenza di contenere la pronuncia nei limiti dell'originaria contestazione, attribuisce tradizionalmente al giudice *ad quem* gli ampi poteri decisorii elencati negli artt. 515, 2° co., c.p.p. 1930 e 597, 2° co., lett. b) del vigente codice di rito (cfr., *ex plurimis*, Cass. Sez. V, 16.12.1983, Trutta, rv.

162850; Sez. III, 10.5.1985, Abdel Monen, rv. 169889; Sez. II, 28.4.1988, Caragioli, rv. 180676; Sez. V, 26.4.1993, P.G. in proc. Basciano, rv. 194449), ed ha uguale effetto “pienamente devolutivo”, secondo l’art. 428, 6° co., c.p.p., l’appello del pubblico ministero contro la sentenza di non luogo a procedere emessa dal G.u.p.».

(Cass. Sez. II, 3.3.1994, P.G. in proc. Devoto, CED 198488).

Con la conseguenza, da un lato, che il giudice dell’appello è legittimato a verificare tutte le risultanze processuali e a riconsiderare anche i punti della motivazione della sentenza di primo grado che non abbiano formato oggetto di specifica critica nell’atto d’impugnativa e, dall’altro, che l’imputato è rimesso nella fase iniziale del giudizio e può riproporre, anche se respinte, tutte le istanze difensive che concernono la ricostruzione del fatto e la sussistenza delle condizioni che configurano gli estremi del reato, in riferimento alle quali il giudice dell’appello ha l’obbligo di valutazione.

Detti principi espressi valevoli per il giudizio di cognizione sono stati confermati anche con riguardo all’appello cautelare del P.M.

L’atto di impugnativa del P.M. devolve infatti al Tribunale investito dell’appello una cognizione non limitata ai singoli punti oggetto di specifica censura, bensì estesa all’integrale verifica delle condizioni e dei presupposti richiesti dalla legge perché sia giustificata l’adozione di una misura restrittiva della libertà personale, secondo il modello di ordinanza cautelare previsto, a pena di nullità, dall’art. 292 c.p.p.

Le singole censure racchiuse nei motivi di gravame del pubblico ministero segnano dunque le ragioni del disaccordo rispetto al provvedimento reiettivo e delimitano i confini dell’originaria domanda cautelare con specifico riguardo alle posizioni degli imputati e alle imputazioni, cioè ai fatti ed alle circostanze oggetto della contestazione, che non possono essere modificati *in peius* se non a seguito dell’esercizio da parte del P.M. di una nuova e distinta azione cautelare *ex art. 291 c.p.p.* Limite, questo, desumibile dalla complessa disciplina dell’azione cautelare nel processo penale e dall’apparato di garanzie riservate all’imputato, la cui portata è stata riconosciuta dalle Sezioni Unite che in tale pronuncia afferma:

«non è configurabile l’automatico allineamento della contestazione cautelare agli sviluppi peggiorativi derivanti da aggravamenti dell’imputazione intervenuti nel giudizio di merito, occorrendo in tal caso un nuovo e aggiornato provvedimento restrittivo cui seguano l’interrogatorio e il riesame della misura».

(Cass. Sez. U., 5.7.2000, P.M. in proc. Manforte).

Ma, come si è visto, i poteri di cognizione e di decisione del giudice dell'appello cautelare, pur nel rispetto del perimetro disegnato dall'originaria domanda cautelare, si estendono, senza subire alcuna preclusione, all'intero *thema decidendum*, che è costituito dalla verifica dell'esistenza di tutti i presupposti richiesti per l'adozione di un'ordinanza applicativa della misura cautelare, poiché il Tribunale della libertà funge, in tal caso, non solo come organo di revisione critica del provvedimento reiettivo alla stregua dei motivi di gravame del P.M., ma anche come giudice al quale è affidato il potere-dovere di riesaminare *ex novo* la vicenda cautelare nella sua interezza, onde verificare la puntuale sussistenza delle condizioni e dei presupposti di cui agli artt. 273, 274, 275, 278, 280, 287 c.p.p. e, all'esito di siffatto scrutinio, di adottare infine, eventualmente, il provvedimento genetico della misura che, secondo lo schema di motivazione previsto dall'art. 292, risponda ai criteri di concretezza e attualità degli indizi e delle esigenze cautelari, nonché a quelli di adeguatezza e proporzionalità della misura.

«Al pari delle decisioni di riforma *extra* o *ultra petita* consentite nell'appello cognitivo in deroga all'effetto devolutivo e ispirate al *favor rei* (basti pensare all'obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità ai sensi degli artt. 152.1 c.p.p. abrogato e 129.1 vigente c.p.p.), anche il giudice dell'appello *ex art.* 310, che sia nello stesso tempo investito di una domanda cautelare del pubblico ministero, è, da un lato, vincolato al rispetto delle disposizioni di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 299, le quali, nella logica del *favor libertatis*, esigono il costante e necessario adeguamento dello *status libertatis* dell'imputato alle risultanze del procedimento, mentre, dall'altro, non è in alcun modo legato allo specifico *petitum* dell'impugnativa di parte ed è comunque abilitato, oltre i confini del *devolutum*, ad intervenire anche d'ufficio *pro libertate* (Corte cost., sent. n. 89/1998)».

(Cass. Sez. U., Cc. 31.3.2004, n. 18339 (dep. 20.4.2004), rv. 227357, Donelli).

Nel procedimento conseguente all'appello proposto dal P.M. contro l'ordinanza reiettiva della richiesta di misura cautelare personale, la giurisprudenza, dopo aver delimitato i poteri cognitivi del Tribunale della Libertà è stata investita della questione relativa alla legittimità della produzione di documentazione relativa ad elementi probatori "nuovi", preesistenti o sopravvenuti, risolvendola in senso positivo sempre che, nell'ambito dei confini segnati dal *devolutum*, quelli prodotti dal P.M. riguardino lo stesso fatto contestato con l'originaria richiesta cautelare e in ordine ad essi sia assicurato nel procedimento camerale il contraddittorio delle parti, anche mediante la concessione di un congruo termine a difesa, e quelli prodotti dall'indagato, acquisiti anche all'esito di investigazioni difensive, siano idonei a contrastare i motivi di gravame del P.M. ovvero a di-

mostrare che non sussistono le condizioni e i presupposti di applicabilità della misura cautelare richiesta.

«Nonostante l'esplicito richiamo dell'art. 310.2 c.p.p. all'“ordinanza appellata” e agli “atti su cui la stessa si fonda” (“atti necessari per decidere sull'impugnazione”, secondo l'art. 101 n. att. c.p.p.) e, per contro, il mancato rinvio della medesima norma ai commi 6 e 9 dell'art. 309 siccome recanti disposizioni da ritenersi, per la peculiarità dei plurimi ed articolati aspetti, più propriamente attinenti al riesame, sembra infatti ragionevole affermare che (con riguardo all'impugnazione del pubblico ministero avverso il provvedimento del G.i.p. di diniego della misura cautelare) al rilevato allargamento del *devolutum* a tutti i profili della domanda cautelare, indipendentemente dallo specifico *petitum* contenuto nei motivi di gravame, debba corrispondere una pari ampiezza del materiale cognitivo. Circa la disciplina delle forme e modalità di produzione e di acquisizione del materiale informativo, l'art. 310.2 c.p.p. stabilisce che il procedimento di appello davanti al tribunale si svolge in Camera di consiglio “nelle forme previste dall'art. 127”, così rinviando alle regole di acquisizione probatoria e agli spazi istruttori riconosciuti nel rito camerale partecipato. Il tipico e più semplice modello di procedimento in Camera di consiglio prevede che il materiale logico e argomentativo a supporto della decisione del giudice sia addotto *ab externo* dalle parti e che il dibattito si eserciti soltanto sugli elementi “precostituiti”, restando escluso il novero delle prove “costituende” da formare nel contraddittorio su richiesta di parte o d'ufficio. Infatti, al di fuori delle ipotesi eccezionali e tassative nelle quali è prevista un'attività di integrazione probatoria (cfr., ad esempio, gli artt. 32.1, 41.3, 48.1, 422, 441.5, 599.3 e 666.5), il paradigma procedimentale consente alle parti soltanto di depositare memorie e produrre documentazione recante elementi informativi “precostituiti”, frutto cioè di atti investigativi precedentemente o medio tempore compiuti.

Né appare utile, in proposito, richiamare in via analogica le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 dell'art. 603 c.p.p. sulla “rinnovazione dell'istruzione dibattimentale” nell'appello cognitivo, che rivestono carattere derogatorio a fronte della presunzione di completezza del materiale probatorio già cristallizzatosi in primo grado nel contraddittorio delle parti. Ed invero, a prescindere dalla scarsa compatibilità dell'eccezionale meccanismo procedurale ivi previsto con le forme semplificate e snelle del rito camerale in esame, esso s'inquadra – com'è stato osservato in dottrina – nell'ambito di una “logica di non regressione” che contrassegna lo sviluppo dei gradi ulteriori di giudizio, a differenza del contesto magmatico in cui s'inserisce il gravame incidentale de liberate che resta estraneo a tale ottica. D'altra parte, le lacune o le contraddizioni del quadro probatorio, che nel giudizio di merito potrebbero determinare “allo stato degli atti” una situazione di stallo decisorio e la necessità per il giudice di appello di eliminarle mediante la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale (nei casi previsti dai commi 1 e 3 dell'art. 603), si risolvono in ogni caso, nel giudizio cautelare, secondo il criterio di prevalenza delle ragioni della libertà per il principio del *favor libertatis* (v. C. cost., ord. n. 321 del 2001).

Ma, a prescindere dalle “forme” procedurali dell'appello cautelare, che anche per quanto riguarda l'acquisizione del materiale informativo sono quelle previste dal modello camerale dell'art. 127, senza che s'avverta il bisogno di mutuare dal sistema delle impugnazioni la rinnovazione probatoria in appello di cui all'art. 603 c.p.p., non sembra tuttavia priva di rilievo, ai fini della soluzione del quesito interpretativo sottoposto al vaglio delle Sezioni Unite, la diversità di presupposti e disciplina di detto fenomeno nell'ipotesi di cui al comma 2 della citata norma. Ed invero, il riconoscimento da parte del legislatore che, rispetto alle “nuove prove sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado”, debba comunque essere assicurata la riesplorazione del diritto delle parti alla prova, nei limiti e secondo le regole degli artt. 495.1, 190.1 e 190 *bis* c.p.p., conferma i caratteri “ibridi” dell'appello, quanto agli spazi cognitivi del controllo nel merito e della revisione critica della decisione di primo grado. Caratteri che, nella cennata linea di continuità strutturale e funzionale, ben possono ritenersi comuni alle varie tipologie di gravame denominate “appello” e che si riflettono, in qualche misura, anche nella definizione dell'area del sindacato sulla libertà, proprio dell'appello cautelare.

Logico corollario dell'estensione della sfera dei poteri cognitivi e decisorii del giudice dell'appello sulla domanda cautelare del pubblico ministero è innanzi tutto l'affermazione del principio secondo il quale le statuizioni reiettive del primo giudice non hanno per la difesa dell'indagato quell'efficacia preclusiva conseguente all'effetto limitatamente devolutivo dell'impugnazione. Non sembra dunque lecito dubitare che a quest'ultima (al pari di quanto avviene, a ben vedere, nell'ipotesi di appello avverso l'ordinanza applicativa di una misura interdittiva della quale non è ammesso il riesame: Cass. Sez. VI, 26.5.1992, Ciccone, rv. 191318) sia consentito, dopo avere esaminato gli atti su cui si fonda l'ordinanza appellata e nel contraddittorio camerale, produrre a favore del proprio assistito la documentazione relativa a materiale informativo, sia preesistente che sopravvenuto, acquisito anche all'esito di investigazioni difensive ai sensi degli artt. 321-*bis* e 391-*octies* c.p.p. e comunque idoneo a contrastare gli specifici motivi di gravame del pubblico ministero, ovvero a dimostrare, più in generale, che non sussistono le condizioni e i presupposti di applicabilità della misura cautelare richiesta. E, se la misura negata sia quella interdittiva della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio, la giurisprudenza di legittimità pretende addirittura che il tribunale della libertà, investito dell'appello del P.M. avverso l'ordinanza reiettiva del G.i.p., adempia altresì, a pena di nullità, all'obbligo di procedere al preventivo interrogatorio di garanzia dell'indagato a norma dell'art. 289.2 c.p.p., modif. dall'art. 2 l. n. 234/97.

E però, perché sia valorizzato effettivamente il contraddittorio camerale in posizioni di parità tra le parti e sia consentito al giudice dell'appello *de libertate* di pronunciarsi causa cognita sulla vicenda cautelare, tenendo in debito conto anche gli sviluppi probatori più recenti ed evitando così epiloghi incoerenti o addirittura inutili quanto ai cennati profili di concretezza, attualità e adeguatezza della misura, deve convenirsi circa l'ammissibilità, pur nel rispetto dei confini dall'originaria domanda cautelare (con riguardo alle posizioni degli imputati e alle imputazioni contestate, che altrimenti non possono essere modificate *in peius* se non a seguito dell'esercizio di una rinnovata

azione cautelare *ex art.* 291 c.p.p.), della produzione di “*nova*” anche da parte del pubblico ministero.

Quest'ultimo, infatti, ben potrebbe disporre di elementi informativi “preesistenti” e già allegati alla richiesta ma non presi affatto in esame dall'ordinanza reiettiva, perciò “nuovi” rispetto agli “atti su cui la stessa si fonda”, o di elementi “preesistenti” e non allegati alla richiesta perché allora ritenuti inconferenti ma divenuti poi rilevanti alla luce della *ratio decidendi* dell'ordinanza impugnata e dei rilievi della difesa, ovvero, infine, di elementi “sopravvenuti” in senso stretto, frutto cioè di indagini compiute medio tempore, idonei a dimostrare la fondatezza della prospettazione accusatoria per il profilo indiziario e per le esigenze cautelari, oppure a contraddire il contenuto della documentazione degli atti delle investigazioni difensive.

Orbene, negare l'ingresso nel procedimento incidentale alla documentazione di tale materiale informativo significherebbe, da un lato, depotenziare irragionevolmente l'efficiente esercizio della funzione di controllo critico del provvedimento impugnato da parte del giudice di appello, il quale è investito altresì della decisione sulla domanda cautelare, e dall'altro avallare l'idea di un contraddittorio camerale “dimidiato”, che sia aperto esclusivamente ai contributi della difesa mentre resta inesorabilmente chiuso a quelli dell'accusa che sarebbe, essa soltanto, vincolata all'immutabilità dello “stato degli atti” preesistenti, cioè di quelli allegati alla richiesta e posti a fondamento dell'ordinanza reiettiva.

D'altra parte, le scadenze non rigide stabilite per il procedimento di appello *de libertate* dall'art. 310.2 c.p.p., a differenza di quelle perentorie del riesame, consentono al tribunale di modulare, di volta in volta, gli spazi del contraddittorio camerale fra le parti, concedendo alla difesa un congruo termine per esaminare e confutare l'efficacia dimostrativa dei “*nova*” tardivamente prodotti dall'accusa».

(Cass. Sez. U., Cc. 31.3.2004, n. 18339 (dep. 20.4.2004), rv. 227357, Donelli).

Con riferimento al pericolo di “interferenze tra competenze funzionali diversificate” che potrebbero derivare, per un verso, dall'intensità di penetrazione dei poteri cognitivi del Tribunale della libertà quale giudice d'appello *ex art.* 310 e, per altro, dalla discrezionale opzione del pubblico ministero – a fronte dei “*nova*” – di ricominciare l'azione cautelare con una nuova richiesta al GIP, ai sensi dell'art. 291, ovvero di proseguire nell'esercizio della stessa adducendo nel procedimento incidentale di appello il materiale probatorio inedito, preesistente o sopravvenuto la Suprema Corte ha ritenuto alla luce di una complessiva lettura delle linee logico-sistematiche sia del fenomeno cautelare che della categoria delle preclusioni endoprocedimentali, che il rapporto fra le due soluzioni non si configuri in termini di “concorrenza”, bensì di “alternatività”.

«S'intende cioè sostenere il principio per cui, qualora il pubblico ministero si determini a coltivare contemporaneamente entrambe le vie (da un lato

rinnovando al G.i.p. la richiesta di misura cautelare, nei confronti dello stesso indagato e per lo stesso fatto, mediante l'allegazione di elementi "nuovi", e dall'altro insistendo nell'appello avverso il provvedimento reiettivo), al G.i.p. sia preclusa, in pendenza dell'appello avverso la sua prima decisione, la potestà di statuire ancora in ordine alla medesima domanda devoluta in sede di gravame al vaglio del tribunale della libertà. Non può invero consentirsi all'organo dell'accusa, nell'investire della decisione sulla stessa azione cautelare diversi giudici, di perseguire l'abnorme risultato di un duplice, identico, titolo, l'uno "a sorpresa" e immediatamente esecutivo, l'altro disposto all'esito di contraddittorio camerale e del quale resta sospesa l'esecutività fino alla decisione definitiva.

Quando l'appello instaurato dal pubblico ministero contro l'ordinanza del G.i.p. di rigetto della richiesta di una misura cautelare sia esitato in decisione definitiva si realizza, infine, una situazione di relativa stabilità del *decisum*, nel senso che esso spiega una limitata efficacia preclusiva endoprocedimentale, "allo stato degli atti", in ordine alle questioni in fatto e in diritto esplicitamente o implicitamente dedotte – ma non anche a quelle deducibili – in quel giudizio (Cass., Sez. Un., 12 ottobre 1993, Durante; Sez. Un., 8 luglio 1994, Buffa). Di talché, le medesime questioni, nella carenza di deduzione da parte del pubblico ministero di nuove e significative acquisizioni che implicino un mutamento della situazione di riferimento, sulla quale la decisione di appello era fondata, restano precluse in sede di adozione da parte del G.i.p. di un successivo provvedimento cautelare richiesto dal P.M. nei confronti dello stesso soggetto e per lo stesso fatto».

(Cass. Sez. U., Cc. 31.3.2004, n. 18339 (dep. 20.4.2004), rv. 227357, Donelli).

La giurisprudenza ha successivamente precisato che qualora il pubblico ministero, nelle more della decisione su una impugnazione incidentale "*de libertate*", intenda utilizzare, nei confronti dello stesso indagato e per lo stesso fatto, elementi probatori "nuovi" può scegliere se riversarli nel procedimento impugnatorio ovvero porli a fondamento di una nuova richiesta cautelare, ma, una volta effettuata la scelta gli preclude di coltivare l'altra iniziativa cautelare. (sul punto vedi *infra* per approfondimenti sul tema del giudicato cautelare).

Appare evidente quindi che in sede di appello del P.M. il Tribunale ha gli stessi poteri del primo giudice ed è chiamato a valutare quindi, tenuto conto delle ragioni della impugnazione, sia la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza che le esigenze cautelari con poteri totalmente devoluti anche in punto di scelta della misura sotto il profilo della sua adeguatezza e proporzionalità. È tenuto al rispetto del principio della domanda cautelare sicché non può applicare una misura più afflittiva di quella richiesta dal PM mentre gli è consentito disporre una misura meno grave di quella richiestagli indipendentemente dalla presenza di *petitum* subordinato presentato dal P.M.