

SEMINARIO DI RIFLESSIONE GIURIDICA
IN TEMA DI MISURE CAUTELARI PERSONALI

*“LA RETRODATAZIONE DELLE ORDINANZE
CAUTELARI TRA NORMATIVA E
GIURISPRUDENZA”*

Organizzazione: Associazione Forense Bologna con il patrocinio dell'Ufficio dei Referenti per la Formazione Decentrata Magistratura Ordinaria Corte di Appello di Bologna.

Luogo, data e orario di svolgimento dell'evento: Aula Primo Zecchi (sede del nuovo Tribunale) Via Farini n. 1 Bologna.

venerdì 20 maggio 2011 dalle ore 15.00 alle ore 19.00

Evento formativo accreditato dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Bologna nr. 4 crediti formativi.

Materie trattate: le misure cautelari personali ed in particolare i più recenti ed autorevoli approdi della Giurisprudenza in materia di contestazione a catena (art. 297, comma 3, c.p.p.).

Relazione introduttiva e mediazione: Dott. Donatella Donati (Responsabile dell'Ufficio del Referente per la Formazione Decentrata Magistratura Ordinaria Corte di Appello di Bologna) **Avv. Matteo Murgo** del foro di Bologna (Presidente dell'Associazione Forense Bologna).

Relatori: (in ordine alfabetico)

- 1) Dott. Alberto Albiani, Presidente del Tribunale della Libertà di Bologna;**
- 2) Dott. Tomaso Emilio Epidendio, Giudice presso il Tribunale della Libertà di Milano;**

PREMESSA

E' costante l'attenzione della Giurisprudenza di legittimità circa la corretta interpretazione delle regole per l'applicazione delle misure cautelari personali e la loro gestione nella vicenda processuale.

La materia registra, infatti, una continua e mai sopita tensione tra l'impellente esigenza di avvicinarsi con la massima approssimazione possibile alla verità dei fatti quale sarà tendenzialmente consacrata nell'accertamento giurisdizionale e l'inevitabile sommarietà della cognizione cautelare, specie quando il relativo provvedimento venga assunto nella fase procedimentale sulla scorta di acquisizioni non pienamente vagliate dal contraddittorio; questo nonostante l'elevato tasso di garanzie formali di carattere procedimentale che da sempre connota l'adozione delle misure in esame.

L'intreccio tra i procedimenti – sovente imposto dalla complessità delle vicende oggetto di giudizio – così come la frequente “sovrapposizione” di titoli cautelari emessi, nel corso del tempo, nei confronti del medesimo

destinatario è argomento di stringente attualità, viste le conseguenze applicative – non sempre lineari ed uniformi – delle decisioni emesse dalle Sezioni Unite della Cassazione e dalla Corte Costituzionale in tema di “contestazione a catena”.

Imponente e sofferta, in effetti, l’elaborazione giurisprudenziale successiva alla novella 332/1995; prime Sezioni Unite, Atene, del ’97: la retrodatazione opera anche rispetto ad ordinanze emesse in procedimenti separati; seconde Sezioni Unite, Rahulia, del 2005: per fatti qualificatamente connessi, la retrodatazione, se non è intervenuto rinvio a giudizio, opera indipendentemente dalla desumibilità dei fatti di cui alla seconda ordinanza in un certo momento (e cioè, addirittura, anteriormente alla prima ordinanza); in ogni caso, per i fatti qualificatamente connessi, la desumibilità va intesa non come desumibilità del quadro indiziario giustificativo della cautela, ma, appunto, come desumibilità dei fatti (a livello di *notitia criminis*); quello di cui al secondo periodo del terzo comma (intervenuto rinvio a giudizio nel primo procedimento) è l’unico caso di operatività della retrodatazione fra procedimenti diversi; Corte Costituzionale 408/05: incostituzionale il 297, comma 3, C.P.P., nella parte in cui non si applica ai fatti non qualificatamente connessi, sempreché i gravi indizi dei secondi fatti fossero emersi anteriormente alla prima ordinanza; terze Sezioni Unite, 2007-2008, Librato: la retrodatazione per fatti non qualificatamente connessi, alle condizioni stabilite dalla Corte Costituzionale, opera anche fra procedimenti separati, sempre che la separazione possa essere stata frutto di una scelta del P.M.; quarte Sezioni Unite, 2009, Gurgone, poco note, perché si risolvono in un’inammissibilità; quinte Sezioni Unite, 2009, Iaccarino: la retrodatazione non opera, se, al momento di applicarla, il primo procedimento è già stato definito con sentenza irrevocabile.

L'escursus giurisprudenziale offre molteplici spunti di riflessione sulle difficoltà che incontra il Giudice di merito di fronte ai precedenti di Cassazione allorché si tratti di applicare discipline, anche processuali, fortemente incise dal c.d. "diritto giurisprudenziale", mettendo in evidenza i rischi connessi alla imprevedibilità delle decisioni future e rappresentando l'urgenza del ricorso ad una nuova "cultura del precedente" anche nel nostro ordinamento processuale.

Si può concedere che il testo dell'articolo 297, comma 3, del c.p.p., non sia un modello di perfezione lessicale (lo aveva rilevato anni addietro Grevi, qualificandolo "prosa contorta", "dizione testuale oscura e ambigua" e Cordero, lo aveva definito "lambiccatissima previsione"). E si può, quindi, convenire che interventi interpretativi su un tessuto così malandato diventano a rischio, al quale non si sottraggono neanche le Sezioni Unite, se pure si debba dare atto che gli sforzi ermeneutici di queste ultime sono stati mirati, nel corso degli anni, a evitare improponibili dilatazioni del principio di retrodatazione - spesso allegramente affermatesi nella giurisprudenza delle sezioni semplici - mediante un sapiente bilanciamento tra esigenze di tutela della collettività e diritti individuali inviolabili, soprattutto alla luce dei *dicta* enunciati nel tempo dalla Corte costituzionale.

Ma non si può tacere che l'ultimo arresto nomofilattico induce, per più di un verso, a riflessioni pessimistiche sul futuro della certezza del diritto, se non proprio sul senso da dare a questo tormentato articolo del codice di rito penale.

In tale scenario non vi è da sorprendersi se, recentemente (ordinanza 42017/10, udienza del 28/10/2010 depositata il 26/11/2010, rel. Enzo Iannelli), la Prima Sezione della Suprema Corte, pur avallando l'operato di un Giudice di merito adeguatosi al *dictum* delle Sezioni Unite 2009 (Iaccarino), costituente diritto vivente per la funzione di nomofilachia

delle sentenze della Corte di legittimità, ha tuttavia sollevato questione di legittimità costituzionale della norma indicata “nella parte in cui impedisce la retrodatazione della custodia cautelare in carcere nell’ipotesi in cui per i reati contestati con la prima ordinanza l’imputato sia stato condannato con sentenza passata in giudicato prima della adozione della seconda ordinanza” segnalando come l’operata ricostruzione dell’art. 297, comma 3, c.p.p. “**non tranquillizza sul versante del rispetto dei principi costituzionali di grande momento: sul versante dell’art. 3 cost.,** perché quella disciplina sembra irragionevole nella misura- ed il caso di specie ne costituisce una classica esemplificazione con riferimento ai coimputati scarcerati per non essersi nei loro confronti formato per l’appunto il giudicato - in cui tratta in modo diseguale fattispecie del tutto eguali; sul fronte **dell’art. 13.5 comma cost.,** in quanto, inserendo tra gli elementi ostativi alla scarcerazione un dato - il passaggio in giudicato della sentenza correlata al reato di cui alla prima ordinanza cautelare, viola la regola costituzionale che vuole i termini di custodia cautelare determinati dal legislatore, e non da iniziative, dolose o colpose che siano del Pubblico Ministero ovvero da circostanze accidentali per nulla partecipanti alle esigenze di garanzia che devono presiedere alla libertà personale dell’imputato in corso di processo; sul versante, infine, **dell’art. 27 comma 2 cost.** che rischia di essere eluso ove sia prevedibile che la pena definitiva in corso di esecuzione -, per l’essersi formato il giudicato in ordine ai reati meno gravi di cui alla prima, in ordine di tempo, ordinanza cautelare - dovrà essere imputata, in forza del nesso di continuazione che li avvince con i reati più gravi, ancora *sub judice*, di cui alla seconda ordinanza cautelare, alla pena conseguente al sopravveniente giudicato di condanna per questi ultimi”.

Ai Relatori, si richiede di illustrare gli aspetti della materia oggetto di frequenti conflitti di interpretazione secondo i più recenti ed autorevoli

approdi della giurisprudenza, segnalando nel contempo una possibile risposta sul piano legislativo attraverso l'auspicabile riscrittura del dettato codicistico.

Con deferenza.

(Avv. Matteo Murgo)