

Ordinanza cautelare ex art. 292 c.p.p.: la nullità deve essere qualificata come nullità a regime intermedio

Autore: Di Tullio D'Elisiis Antonio

In: Giurisprudenza commentata

La sentenza in esame stabilisce che la nullità dell'ordinanza cautelare prevista dall'art. 292, comma 2, cod. proc. pen., non è assoluta e neanche relativa, ma deve essere qualificata come nullità a regime intermedio, trattandosi di nullità che può essere dichiarata di ufficio, a differenza di quelle relative per le quali l'art. 181 cod. proc. pen. prevede che possano essere dichiarate solo su eccezione di parte.

Indice:

- Il fatto
- I motivi adottati nel ricorso per Cassazione
- La posizione assunta dalla Procura generale presso la Corte di Cassazione
- Le valutazioni giuridiche formulate dalla Cassazione
- Conclusioni

Il fatto

Il Tribunale del riesame di Firenze, nel rigettare i ricorsi proposti dagli indagati, aveva confermato una ordinanza emessa dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Firenze applicativa della misura cautelare della custodia in carcere (poi sostituita con gli arresti domiciliari per uno degli indagati) per i reati ex artt. 416 cod. pen. (capo 1), 452-quattordices cod. pen. (capo 2).

I motivi adottati nel ricorso per Cassazione

Avverso il provvedimento summenzionato i difensori degli indagati proponevano ricorso per Cassazione.

In particolare, uno di essi deduceva i seguenti motivi:

- 1) vizi di **violazione di legge** e della **motivazione sulla ritenuta sussistenza degli elementi costitutivi del reato ex art. 416 cod. pen. in riferimento all'art. 452-quaterdecies cod. pen.;**
- 2) vizi di **violazione di legge** e della **motivazione per l'omessa valutazione della sussistenza della gravità indiziaria;** 3) vizi di **violazione di legge** e della **motivazione per l'omessa valutazione da parte del Tribunale del riesame della sussistenza delle esigenze cautelari.**

L'altro, invece, dal canto suo, prospettava le seguenti doglianze:

- a) vizi di **violazione di legge** e della **motivazione** in quanto, ad avviso del ricorrente, il Tribunale del riesame avrebbe omesso di valutare se l'ordinanza genetica contenesse l'autonoma motivazione, deducendosi al contempo la **nullità dell'ordinanza genetica** per la mancanza di tale elemento poiché la motivazione sarebbe costituita dal taglia ed incolla della richiesta di misura cautelare e dell'ultima informativa della polizia giudiziaria;
- b) vizi di **violazione di legge e della motivazione, in relazione agli artt. 273 cod. proc. pen., 416, 452-quaterdecies pen.;**
- c) vizi di **violazione di legge** e della **motivazione con riferimento agli artt. 274 e 284 cod. proc. pen..**

Leggi anche l'articolo

"Costituisce causa di nullità dell'ordinanza di applicazione di misura cautelare personale il rifiuto o l'ingiustificato ritardo del P.M. nel consentire l'accesso alle registrazioni delle conversazioni telefoniche o

di riprese audiovisive utilizzate ai fini della applicazione della misura medesima"

La posizione assunta dalla Procura generale presso la Corte di Cassazione

Il Procuratore generale presso la Corte di Cassazione chiedeva, mediante memoria di replica, che venisse dichiarato **inammissibile il ricorso** in cui si ribadiva che il Tribunale del riesame si sarebbe limitato ad una valutazione acritica dell'ordinanza genetica, senza una sua valutazione autonoma.

Le valutazioni giuridiche formulate dalla Cassazione

Il Supremo Consesso osservava in via preliminare come dovesse essere esaminata la questione proposta dai ricorrenti della nullità dell'ordinanza genetica per la mancanza di motivazione autonoma.

Orbene, ad avviso della Suprema Corte, tale questione era **inammissibile** giacché l'eccezione di nullità non era stata dedotta dinanzi al Tribunale del riesame e le parti erano decedute dalla possibilità di proporre l'eccezione.

Si evidenziava difatti a tal proposito come la giurisprudenza sia costante nell'affermare che **non può essere rilevata per la prima volta in sede di legittimità la nullità derivante dalla mancanza degli elementi di identificazione dell'ordinanza che dispone la custodia in carcere, previsti dall'art. 292, comma 2, cod. proc. pen.**

Pur tuttavia, se quanto appena esposto discende, secondo Sez. 1, n. 1262 del 20/12/2018, dep. 2019, omissis, Rv. 276482, dalla natura relativa della nullità, disciplinata dalle regole generali in tema di deducibilità e segnatamente dall'art. 181, ultimo comma, cod. proc. pen., con la conseguenza che essa deve essere eccepita con l'impugnazione dell'ordinanza applicativa dinanzi al Tribunale del riesame, restando altrimenti preclusa la sua deducibilità e la sua rilevabilità, gli Ermellini, nella decisione qui in commento, dichiaravano di prediligere la (ritenuta) preferibile tesi tradizionale, che si fonda sui principi espressi da Sez. 1, n. 2271 del 05/04/1996, secondo cui la **nullità dell'ordinanza cautelare prevista dall'art. 292, comma 2, cod. proc. pen., non è assoluta e neanche relativa, ma deve essere qualificata come nullità a regime intermedio, trattandosi di nullità che può essere dichiarata di ufficio, a differenza di quelle relative per le quali l'art. 181 cod. proc. pen. prevede che possano essere dichiarate solo su eccezione di parte**, rilevandosi al contempo che, rispetto a tale nullità, non può applicarsi l'art. 179 cod. proc. pen., poiché il vizio non è conseguente all'omessa citazione dell'imputato o all'assenza del suo difensore, così come la nullità ex art. 292 cod. proc. pen. non rientra neanche fra quelle, relative, descritte dall'art. 181 cod. proc. pen..

Oltre a ciò, veniva altresì fatto presente che la tesi della nullità di ordine generale ex art. 292, comma 2, lett. c-bis), cod. proc. pen., è stata anche di recente affermata da Sez. 1, n. 1072 del 20/11/2019, con riferimento all'ipotesi dell'omessa trasmissione, da parte del Pubblico ministero, degli elementi indiziari depositati dalla difesa, notando tra l'altro, che **la natura di nullità di ordine generale deriva dalla ratio che ha ispirato il legislatore nel 2015, di garantire l'effettivo controllo giurisdizionale degli elementi concretizzanti la gravità indiziaria e le esigenze cautelari, estendendo la nullità già prevista ai casi di cui all'art. 292 cod. proc. pen. fra cui quella per la violazione del comma 2, lett. c-bis dell'art. 292, (l'ordinanza custodiale genetica è nulla qualora il giudice non esponga e valuti autonomamente i motivi per i quali abbia ritenuto non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa) volta a garantire il contraddittorio tra le parti, portatrici di interessi contrapposti**, e ciò perché, prima di emettere un'ordinanza che applica una misura custodiale, si vuole che il giudice sia in grado di soppesare e valutare le opposte argomentazioni addotte sia dall'accusa che dalla difesa.

Il legislatore, quindi, prevedendo la nullità per il mancato rispetto di tale contraddittorio, ha inteso evitare che il giudice si pronunci senza avere preso comunque in esame le deduzioni difensive presentate dall'imputato.

Detto questo, quanto alla **deducibilità**, veniva rilevato che la nullità non concerne un atto del procedimento «principale», bensì un atto del procedimento incidentale sulla libertà personale, e, di conseguenza, il regime giuridico non è quello previsto dall'art. 180 cod. proc. pen., che è costruito per le nullità di ordine generale che concernono il giudizio, ma quello dell'art. 182 cod. proc. pen..

Infatti, dal momento che la parte che riceve l'atto viziato per la mancanza di esposizione e di motivazione sui gravi indizi di colpevolezza e sulle esigenze cautelari assiste al compimento della nullità, mediante la notifica o il deposito dell'atto, **poiché la nullità per la mancanza di esposizione e di motivazione sui gravi indizi di colpevolezza e sulle esigenze cautelari non può essere rilevata prima della emissione del provvedimento custodiale, essa deve essere necessariamente rilevata o dedotta immediatamente dopo, quindi dinanzi al Tribunale del riesame avanti al quale l'ordinanza genetica sia stata impugnata** fermo restando che, **ai sensi dell'art. 182, comma 3, cod. proc. pen., il termine per rilevare o eccepire tale nullità è stabilito a pena di decadenza, con la conseguenza che successivamente l'eccezione non è più proponibile né la nullità può essere rilevata d'ufficio.**

Precisato ciò, il primo ed il secondo motivo del ricorso, esaminato in precedenza per primo, relativi all'assenza di motivazione sulla gravità indiziaria, erano reputati inammissibili essendo stato il riesame proposto esclusivamente per l'insussistenza delle esigenze cautelari, tenuto conto altresì del principio di diritto per cui, in tema di misure cautelari personali, è inammissibile il ricorso per cessazione proposto per mancanza di motivazione sui gravi indizi di colpevolezza successivamente alla presentazione di richiesta di riesame per motivi attinenti alle sole esigenze cautelari, in quanto trattasi di motivo nuovo, non dedotto nel precedente giudizio di impugnazione (Sez. 5, n. 42838 del 27/02/2014).

A sua volta pure il terzo motivo era stimato parimenti infondato posto che, ad avviso degli Ermellini, il

Tribunale del riesame aveva ampiamente motivato sulla sussistenza delle esigenze cautelari rilevando, per altro, che le condotte su cui si fonda il pericolo di reiterazione dei reati erano state parzialmente ammesse dall'imputato.

Posto ciò, venendo ad esaminare l'altro ricorso proposto, e segnatamente il secondo motivo ivi enunciato, esso veniva ritenuto inammissibile per genericità, avendo il Tribunale del riesame rilevato che con il riesame si contestava genericamente il solo reato ex art. 416 cod. pen. rispetto alla motivazione del Giudice per le indagini preliminari sulla sussistenza del reato associativo ed alla partecipazione del ricorrente in rapporto alla quale, sempre per la Corte di legittimità, il ricorso, non solo non prendeva in esame la motivazione dell'ordinanza impugnata, ma si limitava a contestazioni generiche.

Oltre a ciò, veniva altresì rilevato che, con il ricorso per Cassazione, per la prima volta, si impugnava il capo relativo all'esistenza della gravità indiziaria del reato ex art. 452-quaterdecies cod. pen., non contestata con il riesame e, quindi, per i giudici di piazza Cavour, il motivo, sul capo, era inammissibile ex art. 606, comma 3, e 609 cod. proc. pen..

Dal canto suo anche il terzo motivo era considerato infondato avendo il Tribunale del riesame ritenuto che la documentazione, prodotta a sostegno della richiesta di applicazione degli arresti domiciliari, fosse insufficiente; valutazione questa che, a sua volta, era stimata dai giudici di legittimità ordinaria come assolutamente corretta perché la concessione degli arresti domiciliari presuppone la certa esistenza del luogo di detenzione mentre, nel caso in esame, ciò non era sussistente anche a causa delle rilevate divergenze esistenti con i luoghi di residenza.

Il Supremo Consesso, di conseguenza, alla luce delle considerazioni sin qui esposte, rigettava i ricorsi in questione condannando i ricorrenti al pagamento delle spese processuali

Conclusioni

La decisione in esame è assai interessante essendo ivi chiarito che la nullità dell'ordinanza cautelare prevista dall'art. 292, comma 2, cod. proc. pen., deve essere qualificata come nullità a regime intermedio.

Difatti, sulla scorta di un pregresso orientamento nomofilattico, sebbene non uniforme, si afferma in tale pronuncia per l'appunto che la nullità dell'ordinanza cautelare prevista dall'art. 292, comma 2, cod. proc. pen., non è assoluta e neanche relativa, ma deve essere qualificata come nullità a regime intermedio, trattandosi di nullità che può essere dichiarata di ufficio, a differenza di quelle relative per le quali l'art. 181 cod. proc. pen. prevede che possano essere dichiarate solo su eccezione di parte.

In tale provvedimento, inoltre, è precisato anche quando una nullità di questo tipo può essere dedotta essendo stato affermato che essa deve essere necessariamente rilevata o dedotta immediatamente dopo,

quindi dinanzi al Tribunale del riesame avanti al quale l'ordinanza genetica sia stata impugnata, con la conseguenza che successivamente l'eccezione non è più proponibile né la nullità può essere rilevata d'ufficio.

Tale provvedimento, quindi, deve essere preso nella dovuta considerazione ogni volta si eccepisca una nullità di siffatto genere.

Il giudizio in ordine a quanto statuito in codesta sentenza, proprio perché contribuisce a fare chiarezza su cotale tematica procedurale (sebbene sia auspicabile un intervento ermeneutico delle Sezioni Unite che chiarisca definitivamente quale indirizzo sia quello a cui fare riferimento), dunque, non può che essere positivo.

<https://www.diritto.it/ordinanza-cautelare-ex-art-292-c-p-p-la-nullita-deve-essere-qualificata-come-nullita-a-regime-intermedio/>