



**CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA**  
**UFFICIO DEI REFERENTI PER LA FORMAZIONE DECENTRATA**  
**DISTRETTO DI MILANO**

**INCONTRO DI AGGIORNAMENTO SULLE QUESTIONI NUOVE O  
CONTROVERSE NELLA GIURISPRUDENZA PENALE**

Milano 17 gennaio 2011

**SOMMARIO**

**DIRITTO PROCESSUALE**

*Sezioni Unite*

Cass. Sez. Un. 30 settembre 2010, n. 43055, Dalla Serra (impugnazione sentenza poscioglimento emessa a seguito di richiesta di decreto penale di condanna) .....	2
Cass. Sez. Un. 30 settembre 2010, n. 36212, Gemeanu (impedito accesso al difensore agli atti della convalida prima dell'udienza) .....	4
Cass. Sez. Un. 15 luglio 2010, n. 37501, Donadio (sospensione feriale dei termini delle impugnazioni cautelari reali e procedimenti per criminalità organizzata) .....	10
Cass. Sez. Un. 27 maggio, n. 23909, p.o. in proc. Simoni (reiterazione della richiesta di archiviazione a seguito di precedente richiesta rigetta per opposizione della persona offesa) .....	14
Cass. Sez. Un. 22 aprile 2010, n. 20300, Lasala (mancato rilascio al difensore di copia delle registrazioni delle comunicazioni intercettate) .....	17
Cass. Sez. Un. 21 gennaio 2010, n. 18288, p.g. in proc. Beschi (retroattività dell'orientamento giurisprudenziale sopravvenuto) .....	33

*Sezioni Semplici*

Cass. Sez. VI 9 luglio 2010 (dep. 23 agosto 2010), n. 32222, Galdi (art. 275.3 c.p.p. e sostituzione della custodia in carcere) .....	41
Cass. Sez. VI 18 giugno 2010, (dep. 6 luglio 2010), n. 25861, Ginnico (proroga termini custodia cautelare e perizia sulla capacità processuale dell'imputato) .....	42
Cass. Sez. II 4 febbraio 2010, n. 7822, p.m. in proc. Neccia (direttissimo dell'arrestato già convalidato) .....	42

## DIRITTO PROCESSUALE

### SEZIONI UNITE

**Cass. Sez. Un. 30 settembre 2010 (dep. 3 dicembre 2010), n. 43055, Dalla Serra**

*La sentenza di proscioglimento, emessa dal giudice per le indagini preliminari investito della richiesta di decreto penale di condanna, può essere impugnata solo con ricorso per cassazione. (rv 248378)*

*La rinuncia alla prescrizione richiede una dichiarazione di volontà espressa e specifica che non ammette equipollenti; che, pertanto, non si può desumere implicitamente dalla mera proposizione del ricorso per cassazione. (Fattispecie nella quale l'imputato, senza espressa rinuncia alla prescrizione, aveva proposto ricorso per cassazione contro la declaratoria di estinzione del reato pronunciata dal G.i.p. cui era stato richiesto decreto penale di condanna). (rv 248379)*

*Alla dichiarazione d'inammissibilità del ricorso per cassazione non segue la condanna al pagamento di una somma in favore della cassa per le ammende qualora la questione con esso prospettata sia di particolare rilevanza (nella specie perché oggetto di contrasto giurisprudenziale). V. Corte cost., 13 giugno 2000 n. 186. (rv 248380)*

*(omissis)*

1. La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite è la seguente: <<se la sentenza di proscioglimento, emessa dal giudice per le indagini preliminari a seguito di una richiesta di decreto penale di condanna, sia appellabile o ricorribile per cassazione>>.

2. Come indicato in precedenza, la questione è stata già risolta in passato, in riferimento ad impugnazione del p.m., dalle Sezioni Unite con la sentenza del 1993, P.M. in proc. Amato, nel senso che il rimedio esperibile avverso la decisione con la quale il Giudice per le indagini preliminari, richiesto dell'emissione di decreto penale di condanna, abbia prosciolto l'imputato è il ricorso per cassazione. L'orientamento è stato seguito implicitamente da una successiva sentenza delle Sezioni Unite n. 18 del 9/6/1995, dep. 25/10/1995, P.G. in proc. Cardoni, Rv. 202374, con la quale è stata ribadita l'impugnabilità con ricorso per cassazione della sentenza di proscioglimento nel merito, ex art. 129, comma 2, pronunciata dal Giudice per le indagini preliminari ai sensi dell'art. 459, comma 3, cod. proc. pen. In modo conforme per diversi anni sono seguite numerose pronunce: v. tra le altre, Sez. 3, n. 1318, 24/03/2000, dep. 25/05/2000, P.G. in proc. Jovanovic, Rv. 217526; Sez. 5, n. 3874, 25/09/2001, dep. 30/10/2001, P.G. in proc. Adulai, Rv. 220051; Sez. 3, n. 14487, 30/01/2003, dep. 31/03/2003, P.M. in proc. Colella, Rv. 224455; Sez. 6, n. 47313, 19/12/2005, dep. 29/12/2005, PG. in proc. Boscani.

Dopo il mutamento di orientamento dovuto a Sezione Terza con decisione del 2007, P.G. in proc. Di Donna, nel senso dell'appellabilità della sentenza ex art. 459, comma 3, le Sezioni semplici della Corte di Cassazione hanno ripreso consapevolmente l'indirizzo inteso ad affermare la sola ricorribilità per cassazione della sentenza di proscioglimento. In tal senso, si è pronunciata, innanzitutto, la sentenza della Sezione Sesta del 2008, P.G. in proc. Fantini, e successivamente Sez. 6, n. 45679, 12/11/2008, dep. 10/12/2008, P.G. in proc. Politano, Rv. 241662; Sez. 5, n. 4387, 09/12/2008, dep. 02/02/2009, P.G. in proc. Anello, Rv. 242608; Sez. 5, n. 4341, 09/12/2008, dep.

30/01/2009, P.G. in proc. Mazzotti; Sez. 5, n. 14178, 26/11/2009, dep. 13/4/2010, Bettega, Rv. 246880.

**3.** Ritiene questa Corte che la tesi esposta dall'orientamento maggioritario, consolidatosi con il tempo, sia condivisibile e debba essere confermata.

Invero, non è compatibile con il sistema delle impugnazioni, che è ispirato al criterio di tassatività dei mezzi relativi (art. 568, comma 1, cod. proc. pen.), l'impugnabilità della sentenza di proscioglimento, *ex art.* 459, comma 3, con il mezzo dell'appello. Infatti, l'appello, salvo le ipotesi stabilite dall'art. 604 cod. proc. pen. in cui il giudice di secondo grado può dichiarare la nullità della sentenza o del provvedimento del giudice di primo grado, non ha effetti rescindenti della decisione impugnata con la conseguente prosecuzione del giudizio in sede rescissoria; in principio, il giudice di appello può concludere il giudizio di impugnazione unicamente con pronuncia di conferma o riforma della sentenza di primo grado (art. 605 cod. proc. pen.).

La non esperibilità dell'appello, nella ipotesi in esame, si palesa appunto giustificata in relazione all'incompetenza funzionale del giudice di appello ad emettere decisione di annullamento della sentenza del Giudice per le indagini preliminari e contemporaneamente all'incompetenza ad emettere, nel caso di impugnazione del p.m., sentenza di condanna dell'imputato. Infatti, il giudice di appello non può incidere sulla regiudicanda con poteri di cognizione più ampi rispetto a quelli di cui è titolare il giudice di primo grado, il quale, ai sensi dell'art. 459 cod. proc. pen., ricevuta la richiesta di emissione di decreto penale di condanna, può non accogliere la richiesta e restituire gli atti al p.m. ovvero pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129.

Ne consegue che l'individuazione del mezzo di impugnazione esperibile deve fare riferimento necessariamente all'art. 568, comma 2, cod. proc. pen., il quale dispone che sono sempre soggette a ricorso per cassazione le sentenze, salvo quelle sulla competenza che possono dare luogo a conflitto di giurisdizione o competenza a norma dell'art. 28 dello stesso codice.

Per contro, deve osservarsi, in riferimento al diverso avviso manifestato dalla sentenza della Sezione Terza Di Donna, che, comunque, il tenore dell'attuale art. 593, comma 2, cod. proc. pen. appare fare implicito richiamo alle sentenze di proscioglimento rese all'esito del dibattimento, tra le quali non è annoverabile quella pronunciata *ex art.* 459, comma 3.

Pertanto, deve enunciarsi il seguente e principio di diritto: «La sentenza di proscioglimento, emessa dal giudice per le indagini preliminari, investito della richiesta di decreto penale di condanna, può essere impugnata solo con ricorso per cassazione».

**4.** Nell'ambito dell'esame dell'altra questione pregiudiziale processuale evidenziabile, va detto che il ricorso proposto appare tempestivo.

Invero, la decisione impugnata è stata resa in camera di consiglio, per cui il termine di impugnazione è di quindici giorni ai sensi dell'art. 585, comma 1, lett. a), decorrente dalla notificazione dell'avviso di deposito del provvedimento, incombenza questo che va eseguito, *ex art.* 128 cod. proc. pen., in relazione a tutti coloro cui la legge attribuisce il diritto di impugnazione. Nella fattispecie, l'avviso di deposito avrebbe dovuto, quindi, essere notificato all'imputato (v. artt. 571, comma 1, e 613, comma 1, cod. proc. pen.) ed anche al difensore (v. artt. 571, comma 3, 613 cod. proc. pen.) di fiducia o d'ufficio dell'imputato necessariamente nominato, ai sensi degli artt. 96, 97, 460, comma 3, cod. proc. pen. Risulta dagli atti che l'avviso di deposito della sentenza venne notificato a Michele Dalla Serra ed a Fabio Dalla Serra, e non al difensore d'ufficio, in mancanza di quello di fiducia; ne discende che la decorrenza del termine definitivo per l'impugnazione (art. 585, comma 3) non ebbe mai inizio, dovendosi prendere in considerazione la data di notificazione al difensore, in effetti mai avvenuta.

**5.** Va preso atto dell'avvenuto decorso del termine prescrizionale concernente il reato di lesioni personali colpose contestato (fatto del 31 dicembre 2003, prescritto al dicembre 2008 in



*Il difensore dell'arrestato o del fermato ha diritto, nel procedimento di convalida, di esaminare ed estrarre copia degli atti su cui si fonda la richiesta di convalida e di applicazione della misura cautelare; il denegato accesso a tali atti determina una nullità di ordine generale a regime intermedio dell'interrogatorio e del provvedimento di convalida, da ritenersi sanata se non eccepita nel corso dell'udienza di convalida. (Nella specie, la Corte ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso, non avendo il ricorrente impugnato l'ordinanza con la quale il giudice, disattendendo l'eccezione di nullità dell'interrogatorio tempestivamente sollevata in sede di udienza di convalida, aveva provveduto a convalidare il fermo).*

### *Omissis*

**1 .-** Il quesito sul quale queste Sezioni unite sono chiamate a pronunciarsi è il seguente: se il difensore della persona arrestata o fermata possa prendere visione delle richieste in ordine alla libertà personale, con gli elementi su cui le stesse si fondano, trasmesse dal pubblico ministero al giudice della udienza di convalida a norma dell'art. 390, comma 3-bis, cod. proc. pen.

Sul punto, si registrano, in giurisprudenza, posizioni differenziate. Secondo una prima, radicale impostazione, si esclude qualsiasi diritto da parte dell'arrestato, del fermato e dei difensori, non soltanto a prendere visione, ma anche a conoscere le richieste del pubblico ministero in ordine alla libertà personale. Si è infatti osservato, al riguardo, che le richieste avanzate in proposito nell'ambito della udienza di convalida, essendo volte ad ottenere l'applicazione di una misura cautelare, presentano la identica natura delle richieste che, agli stessi fini, il pubblico ministero può formulare ai sensi dell'art. 291, comma 1, cod. proc. pen. e rispetto alle quali il difensore non deve essere informato e non ha quindi titolo per interloquire. Da qui l'affermazione secondo la quale l'audizione del difensore nella udienza di convalida può avere ad oggetto unicamente questioni attinenti alla convalida dell'arresto o del fermo e non quelle riguardanti le eventuali richieste di applicazione di misure cautelari, salvo che il pubblico ministero, se comparso, e il giudice vi consentano. D'altra parte, si è aggiunto, nulla vieterebbe al giudice di provvedere sulla richiesta di applicazione della misura al di fuori del procedimento di convalida, il che consentirebbe di presupporre come indispensabile la richiesta del pubblico ministero, ma non anche l'intervento dell'indagato o del suo difensore (Sez. I, 22 novembre 1991, n.4101, Ugon, rv 188669; Sez. VI, 21 ottobre 1991, n. 3374, Cacciola, rv 188691).

L'orientamento che risulta di gran lunga prevalente, pur mantenendo ferma la esclusione di un diritto all'accesso degli atti su cui si fonda la richiesta di convalida e quella di applicazione della misura cautelare, ammette, invece, che il contraddittorio orale si sviluppi nella udienza di cui all'art. 391 cod. proc. pen., non soltanto sul tema della convalida dell'arresto o del fermo, e quindi sulla legittimità dell'atto di "pre-cautela" provvisoriamente posto in essere nei confronti dell'indagato, ma anche sulla eventuale "domanda cautelare" rivolta al giudice dal pubblico ministero, alla stregua e sulla base degli elementi illustrativi offerti dal pubblico ministero, se presente, o dallo stesso giudice in via preliminare rispetto all'interrogatorio dell'arrestato o del fermato ed alle conclusioni del suo difensore. Si è infatti affermato, in proposito, che allorché il pubblico ministero scelga di non comparire all'udienza di convalida e trasmetta al giudice, contestualmente alla richiesta di convalida, quella di applicazione di una misura cautelare personale con gli elementi su cui essa si fonda, e in udienza il giudice porti a conoscenza delle parti il contenuto degli atti trasmessi, le esigenze conoscitive della difesa risultano pienamente soddisfatte, sicché nessuna nullità può conseguire al mancato riconoscimento del diritto di accesso a quegli stessi atti da parte dell'indagato. D'altra parte, l'assenza di un obbligo di deposito degli atti e delle richieste del pubblico ministero e, di conseguenza, la ritenuta legittimità del provvedimento con il quale il giudice adito in sede di convalida respinga la richiesta della difesa di prendere visione di tali atti, si giustificerebbe anche, secondo tale orientamento, alla luce della mancanza di una previsione corrispondente a quella dettata dall'art. 293, comma 3, cod. proc. pen., che tale diritto invece sancisce per l'ordinario procedimento cautelare, e che non può applicarsi analogicamente all'interno

del procedimento di convalida, avuto riguardo alla differente natura e finalità dell'interrogatorio di garanzia, rispetto a quello che si svolge nella udienza di convalida (cfr., sia pure con differenti sfumature argomentative, Sez. III, 7 aprile 2010, n. 16420, Z., rv 246772; Sez. III, 9 luglio 2009, n. 34813, Said, rv 244574; Sez. VI, 27 novembre 2008, n. 2709, Artiano, rv 242933; Sez. VI, 11 ottobre 2007, n. 43614, Gurrieri, rv 238401; Sez. V, 9 luglio 2007, n. 36682, Pilia, rv 237283; Sez. I, 14 marzo 2007, n. 32030, Pinna, rv 237269; Sez. VI, 19 aprile 2007, n. 26321, Ben, rv 236855; Sez. VI, 5 febbraio 2007, n. 17948, P.M. in proc. Hoxha, rv 236445; Sez. IV, 18 gennaio 2007, n. 13171, Albanese, rv 236380; Sez. VI, 27 novembre 2006, n. 42185, Parisi, rv 235287; Sez. II, 9 luglio 2004, n. 31113, Cernica, rv 229646).

Secondo una diversa linea ermeneutica si reputa, invece, che la mancata possibilità per il difensore dell'arrestato o del fermato di prendere conoscenza del contenuto degli atti posti a fondamento della richiesta di misura cautelare, determina una violazione del diritto di difesa che si ripercuote negativamente sull'interrogatorio che si svolge nella udienza di convalida, e che tiene luogo di quello di garanzia secondo quanto previsto dall'art. 294 cod. proc. pen., determinando una nullità di ordine generale a regime intermedio che va tempestivamente dedotta. Si osserva, in particolare - evocandosi a fondamento di tale assunto la ordinanza n. 424 del 2001 della Corte costituzionale, ove è stato richiamato il concetto di "contraddittorio cartolare" in ipotesi di assenza del pubblico ministero alla udienza di convalida - che la scelta del pubblico di non comparire e di illustrare le proprie richieste per iscritto anziché oralmente, non può sortire l'effetto negativo ed irragionevole di privare l'indagato e il suo difensore di ottenere il contraddittorio in situazione di parità, così come garantito dalla norma. (Sez. II, 23 febbraio 2006, n. 10492, Basile rv 233736; Sez. IV, 14 giugno 2007, n. 42686, Kurti, rv 237984; Sez. I, 1 aprile 2009, n. 19170, Schirripa, rv 243690).

2 . - Ai fini della ricostruzione del quadro normativo di riferimento e dei valori che esso coinvolge, assumono, poi, particolare significato due pronunce della Corte costituzionale, una delle quali espressamente richiamata, come si è appena accennato, dall'orientamento favorevole a permettere al difensore di prendere visione degli atti su cui si fonda la richiesta cautelare formulata dal pubblico ministero in sede di convalida. Con l'ordinanza n. 16 del 1999, infatti, la Corte costituzionale dichiarò manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale degli artt. 294, comma 1, cod. proc. pen. sollevata nella parte in cui doveva ritenersi precluso al giudice di procedere all'interrogatorio di garanzia una volta che vi avesse già provveduto in sede di convalida, avuto riguardo proprio al diverso regime di conoscenza degli atti che caratterizzava l'un interrogatorio rispetto all'altro. La Corte, dopo aver ricordato che l'innovazione introdotta dal d. lgs. n. 12 del 1991 era stata dettata dalla esigenza di evitare duplicazioni di attività processuali, venendo soddisfatte anticipatamente, in sede di convalida, le finalità di garanzia poste a base dell'interrogatorio reso dall'indagato dopo l'applicazione della misura cautelare, ha ritenuto nella specie inconferente il richiamo, operato dal giudice *a quo*, all'art. 293, comma 3, cod. proc. pen, in tema di deposito degli atti posti a base della richiesta di misura cautelare formulata dal pubblico ministero nell'ordinario procedimento *de libertate*. Ciò in quanto - osservò la Corte - il deposito della richiesta del pubblico ministero e dei relativi atti, con avviso di deposito al difensore, dopo la esecuzione della misura va «coordinato all'esigenza "di consentire al difensore pieno accesso agli atti depositati dal pubblico ministero, sul presupposto che, dopo l'esecuzione della misura cautelare, non sussistono ragioni di riservatezza tali da giustificare limitazioni al diritto di difesa", così da assicurare "al difensore la più ampia e agevole conoscenza degli elementi su cui è fondata la richiesta del pubblico ministero, al fine di rendere attuabile un'adeguata e informata assistenza all'interrogatorio della persona sottoposta a misura cautelare ex art. 294 del codice di procedura penale" (v. sentenza n. 192 del 1997)». Una esigenza, questa - sottolineò la Corte - «non avvertibile allorché la misura sia stata adottata all'esito del procedimento di convalida, almeno nel senso che la conoscenza anticipata del contenuto della eventuale richiesta vale a qualificare tale deposito come preordinato esclusivamente all'esercizio del potere di gravame». Pertanto - concluse la Corte - «la diversità delle situazioni poste a confronto esclude che possa dirsi vulnerato il principio di

eguaglianza, mentre l'interrogatorio in sede di convalida risulta, considerato il complessivo contesto in cui la relativa udienza si svolge, in grado di soddisfare compiutamente l'esigenza di tutela dell'indagato anche con riferimento alla misura disposta, così da escludere qualsivoglia lesione del diritto di difesa».

Con l'ordinanza n. 424 del 2001, la Corte dichiarò invece la manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 390, comma 3-*bis*, e 391 cod. proc. pen., sollevata nella parte in cui, secondo il giudice rimettente, tali norme non consentivano al giudice di assumere elementi di giudizio diversi dagli atti trasmessi dal pubblico ministero con la richiesta di convalida del fermo o dell'arresto, così compromettendo le garanzie del giusto processo e del diritto di "difendersi provando". La Corte, nel frangente, disattese la correttezza della premessa interpretativa da cui aveva tratto origine la questione, sottolineando, in particolare, come alla difesa fosse consentito di produrre documenti dei quali il giudice ben poteva tenere conto; e ciò, a prescindere dalla partecipazione del pubblico ministero alla udienza di convalida. A quest'ultimo riguardo, anzi, la Corte, rievocando un passaggio della relazione che accompagnava il d. lgs. n. 12 del 1991, sottolineò come, in caso di assenza del pubblico ministero – ragionevolmente introdotta dal legislatore per evidenti esigenze di funzionalità – al contraddittorio orale si sostituisse una forma di «contraddittorio cartolare caratterizzato da una tempestiva formulazione della richiesta [del pubblico ministero] e dal deposito degli elementi su cui le stesse si fondano». Passaggio argomentativo, questo, che, secondo la già citata sentenza n.10492 del 2006, era stato inteso nel senso che a tale deposito degli atti potesse implicitamente ricollegarsi la possibilità di conoscenza degli stessi da parte della difesa.

**3 . -** Alla stregua di tale quadro di riferimento, possono dunque dirsi conseguiti alcuni punti, utili ai fini della ricostruzione del sistema e della soluzione del quesito sottoposto a queste Sezioni unite. Può, anzitutto, ritenersi del tutto pacifica la profonda differenza strutturale e funzionale che caratterizza la "sequenza" procedimentale in cui si iscrive l'interrogatorio che si celebra nella udienza di convalida, da un lato, e quello di garanzia, dall'altro. E' ben vero, infatti, che alcune circostanze sembrano accomunare i due atti, quali la condizione di privazione della libertà in cui si trovano tanto l'arrestato o il fermato che la persona sottoposta a misura cautelare e le garanzie che assistono i due atti, quali la contestazione dei fatti e degli elementi di accusa e la presenza del difensore. Ma a parte ciò, sono le due "udienze" a divergere profondamente, così come differenti sono le caratteristiche e le finalità delle rispettive audizioni. L'interrogatorio in sede di convalida, infatti, è atto polifunzionale, perché è destinato, da un lato, a riflettersi sulla richiesta di convalida del fermo o dell'arresto e, dunque, eventualmente a contestarne la fondatezza, e, dall'altro, sulla eventuale richiesta di misura cautelare: tema, quest'ultimo, evidentemente indipendente dal primo, e che postula una gamma del tutto autonoma di presupposti, ciascuno dei quali suscettibile di formare oggetto di contraddittorio, cartolare o meno che sia. Ciò comporta che, su quest'ultimo profilo, l'arrestato o il fermato ed il suo difensore, sono messi in condizione di sviluppare – anche attraverso produzione documentale (come ha puntualizzato la Corte costituzionale) o di altri elementi di prova di cui dispongano - le proprie domande eventualmente alternative, rispetto alla domanda cautelare formulata dal pubblico ministero. E tutto ciò, come è evidente, a prescindere dalla presenza o meno del pubblico ministero nella udienza di convalida, posto che una scelta in sé insindacabile della parte pubblica non potrebbe certo consentire una diversa articolazione delle garanzie difensive dell'indagato.

L'interrogatorio di garanzia, invece, si colloca quale atto conclusivo del procedimento cautelare, ed è destinato a consentire all'indagato di svolgere le proprie difese, tanto sulla legittimità che sul merito di un provvedimento privativo della libertà personale che ha già ricevuto esecuzione. Sicché, dovendosi la difesa sviluppare, non su una domanda di cautela – come nel caso della convalida – ma su una decisione giurisdizionale già adottata, è del tutto logico che la difesa stessa debba essere messa in condizione di avere previamente la disponibilità di tutti gli atti su cui quella decisione è stata adottata: ed è proprio in tale prospettiva che la Corte costituzionale, nelle richiamate decisioni, ha valorizzato la regola del previo deposito di quegli atti, con avviso al

difensore, previsto dall'art. 293, comma 3 cod. proc. pen., non surrogabile, quanto all'interrogatorio *ex art.* 294, dalle garanzie contestative offerte dall'art. 65 del codice di rito (v. Sez. un., 28 giugno 2005, n. 26798, rv 231349). Deposito e avviso che, invece, non potrebbero trovare spazio nella udienza di convalida, in considerazione dei tempi assai ristretti in cui deve essere celebrata, avuto riguardo alle cadenze *ad horas* per essa sancite dallo stesso art. 13 della Carta fondamentale. Da qui, la impossibilità di replicare, per l'udienza di convalida, le stesse regole che disciplinano la conoscenza degli atti da parte del difensore ai fini dell'interrogatorio di garanzia.

4 . – Le diversità di regime che caratterizzano i due interrogatori che vengono qui in considerazione non obliterano, però, le torsioni che le garanzie difensive possono in concreto venire a subire, ove alla segnalata inapplicabilità, per la udienza di convalida, della regola del deposito degli atti con avviso al difensore, prescritta, invece, per l'interrogatorio di garanzia, si dovesse coniugare anche, come mostra di ritenere l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di legittimità, una totale preclusione per il difensore di accedere agli atti su cui si fonda la richiesta di convalida dell'arresto o del fermo e di applicazione di una misura cautelare. Il nucleo del problema sta infatti nella previsione, dettata dall'art. 294, comma 1, cod. proc. pen., a norma del quale il giudice è tenuto a procedere all'interrogatorio di garanzia, pena, altrimenti, la perdita di efficacia della custodia cautelare *ex art.* 302 dello stesso codice, salvo che all'interrogatorio abbia già provveduto «nel corso della udienza di convalida dell'arresto o del fermo di indiziato di delitto». Il codice, dunque, stabilisce una equivalenza di effetti tra i due atti, evocando in tal modo chiaramente una valutazione legalmente tipizzata di “equipollenza” tra le finalità di garanzia che entrambi gli interrogatori sono destinati a svolgere nella dinamica del procedimento cautelare. Il che, se non comporta – come la Corte costituzionale ha puntualmente rilevato – la necessità di configurare una totale sovrapposibilità tra le diverse discipline processuali, certo induce a ritenere che la posizione dell'indagato, quanto a conoscenza degli elementi necessari per articolare la propria difesa, debba essere strutturalmente “equivalente” nelle due sedi, presupponendo i due interrogatori – proprio perché destinati a soddisfare la medesima funzione in sede cautelare – un identico diritto di difendersi *ratione cognita*. E' ben vero, a questo riguardo, che, nel corso della udienza di convalida, il pubblico ministero, se presente, o il giudice, sulla base delle richieste e degli atti trasmessi dalla parte pubblica, «indica i motivi dell'arresto o del fermo e illustra le richieste in ordine alla libertà personale»: ma, da un lato, tale attività meramente “illustrativa,” può essere ritenuta frutto di una selezione degli elementi posti a fondamento della convalida e della domanda cautelare, in sé non esaustiva ai fini della conoscenza degli atti e dell'approntamento di una difesa effettiva; dall'altro lato, non va neppure trascurata, agli effetti che qui rilevano, la ben diversa base fattuale che può caratterizzare l'arresto in flagranza, rispetto al fermo di indiziato di delitto, giacché a fondamento di quest'ultimo provvedimento e della correlativa richiesta di misura può in concreto concorrere una indagine, anche approfondita e lunga, difficilmente comprimibile, nei suoi risultati, in un semplice enunciato illustrativo.

D'altra parte, il diritto del difensore di prendere visione degli atti posti a base di un procedimento che si celebra in contraddittorio, riposa su una esigenza di ordine generale che appare essere del tutto in linea con una interpretazione del sistema *secundum constitutionem*. La giurisprudenza costituzionale ha, infatti, costantemente affermato che il diritto di difesa, presidiato come diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento dall'art. 24 Cost., deve essere inteso come potestà effettiva di assistenza tecnica e professionale nello svolgimento di qualsiasi processo, in modo che venga assicurato il contraddittorio e venga rimosso ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti, così da far assumere a tale diritto un'importanza essenziale nel dinamismo della funzione giurisdizionale. E' ben vero che la effettività di tale diritto non comporta che il suo esercizio debba essere disciplinato in modo identico in ogni tipo di procedimento o in ogni fase processuale; anzi, la modulabilità delle forme e dei contenuti in cui si articola il diritto di difesa in relazione alle caratteristiche dei singoli procedimenti o delle varie fasi processuali è stata costantemente ritenuta dalla Corte costituzionale come una legittima espressione della discrezionalità legislativa. Ma è altrettanto vero che le pur diverse modalità secondo le quali si



articola il concreto esercizio di tale fondamentale diritto, non ne debbano in alcun modo compromettere o menomare la funzione, all'interno e nel quadro del singolo istituto preso in considerazione (cfr., *ex plurimis*, Corte cost. ordinanze nn. 291 e 230 del 2005 e sentenza n.175 del 1996).

In tale prospettiva, quindi, la possibilità di conoscere “direttamente,” da parte del difensore, la integralità degli elementi e degli atti che formano oggetto della richiesta di convalida e di applicazione della misura, a prescindere dalla “mediazione illustrativa” del pubblico ministero o del giudice, rappresenta null'altro che la base ineludibile sulla quale poter configurare un contraddittorio “effettivo” e, con esso, un effettivo soddisfacimento della funzione difensiva che l'interrogatorio in sede di convalida è destinato a realizzare: giustificandone, per questa via, la equipollenza normativa all'interrogatorio previsto dall'art. 294 cod. proc. pen. Per altro verso, essendo l'accesso agli atti previsto come disposizione di carattere generale in favore di chiunque vi abbia interesse (art. 116 cod. proc. pen.), e poiché gli atti di indagine sono coperti dal segreto, a norma dell'art. 329 cod. proc. pen., fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza, non v'è ragione per precludere al difensore il diritto di prendere visione ed estrarre copia degli atti relativi alla udienza di convalida.

D'altra parte, a tale conclusione occorre pervenire anche facendo leva sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte di Strasburgo, infatti, ha costantemente avuto modo di sottolineare che «tutti i processi penali devono rivestire un carattere contraddittorio e garantire la parità delle armi tra accusa e difesa: questo – ha puntualizzato la Corte – è uno degli aspetti fondamentali del diritto ad un processo equo. Il diritto a un processo penale in contraddittorio implica, per l'accusa come per la difesa, la facoltà di prendere conoscenza delle osservazioni o degli elementi di prova prodotti dall'altra parte (Brandstetter c. Austria, 28 agosto 1991, §§ 66-67, serie A n. 211). Per di più, l'articolo 6 §1 esige che le autorità procedenti comunichino alla difesa tutte le prove pertinenti in loro possesso, sia a carico che a discarico (Edwards c. Regno Unito, 16 dicembre 1992, § 36, serie A n. 247-B)». E' ben vero – ha ancora sottolineato la Corte – che «il diritto alla diffusione delle prove pertinenti non è assoluto», in quanto «in un determinato processo penale vi possono essere interessi concorrenti – come la sicurezza nazionale o la necessità di proteggere i testimoni che rischiano rappresaglie, o di mantenere segreti dei metodi polizieschi di ricerca dei reati – che devono essere bilanciati con i diritti dell'imputato (Doorson c. Olanda 26 marzo 1996, § 70, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-II, e Rowe e Davis c. Regno Unito, n. 28901/95, § 61, CEDU 2000-II)». Sicché, «in alcuni casi può essere necessario dissimulare alcune prove alla difesa, in modo da preservare i diritti fondamentali di un altro individuo o salvaguardare un interesse pubblico importante». «Tuttavia – ha soggiunto la Corte – sono legittime rispetto all'art. 6 §1 solo le misure che limitano i diritti della difesa che sono assolutamente necessarie (Van Mechelen e altri c. Olanda, 23 aprile 1997, § 58, *Recueil* 1997-III). Per di più, se si vuole garantire un processo equo all'imputato, tutte le difficoltà causate alla difesa da una limitazione dei suoi diritti devono essere sufficientemente compensate dalla procedura seguita dinanzi alle autorità giudiziarie (Rowe e Davis, già cit., § 61 in fine)» (Decisione dell'8 dicembre 2009, Previti c. Italia, ric. n. 45291/06, §§ 178 e 179).

Il che definitivamente assevera l'esistenza di un diritto del difensore di prendere conoscenza degli atti che costituiscono la base tanto del giudizio di convalida che della decisione sulla eventuale richiesta di applicazione della misura cautelare nei confronti dell'arrestato o del fermato. Ove l'esercizio di tale diritto sia stato impedito, ne deriverà una nullità di ordine generale a regime intermedio tanto dell'interrogatorio che della decisione di convalida, la quale, peraltro, deve essere dedotta entro il termine previsto dall'art. 182, comma 2, cod. proc. pen.

**5 .** – Può, quindi, conclusivamente affermarsi il seguente principio di diritto: il difensore dell'arrestato o del fermato ha diritto di esaminare ed estrarre copia degli atti su cui si fonda la richiesta di convalida del fermo o dell'arresto e di applicazione della misura cautelare. Il rigetto di tale richiesta, determina una nullità di ordine generale a regime intermedio dell'interrogatorio e del

provvedimento di convalida, che resta sanata a norma dell'art. 182, comma 2, cod. proc. pen., se non viene eccepita nella udienza di convalida.

6. – Alla stregua dei richiamati principi, il ricorso deve essere, nella peculiare fattispecie qui in esame, dichiarato inammissibile. Come infatti pacificamente posto in risalto tanto nella ordinanza impugnata che nel ricorso, la difesa ebbe formalmente e tempestivamente ad eccepire, nel corso della udienza di convalida, la nullità degli atti derivante dal fatto che tanto alla difesa che all'indagato non era stato consentito di prendere visione degli atti posti a fondamento della richiesta di convalida e di applicazione della misura cautelare formulate dal pubblico ministero, che non era comparso. Il giudice della convalida aveva poi disatteso l'eccezione, provvedendo ad adottare tanto il provvedimento di convalida del fermo che ad applicare la misura cautelare sollecitata dal pubblico ministero. Ciò comporta, dunque, che la statuizione del giudice di accogliere, all'esito della udienza di convalida, le richieste del pubblico ministero e disattendere la eccezione difensiva, doveva formare oggetto di apposita impugnazione, secondo il generale principio in virtù del quale la decisione giurisdizionale impugnabile (come l'ordinanza che decide sulla convalida, ex art. 391, comma 3, cod. proc. pen.) e non impugnata, assume i connotati preclusivi della irrevocabilità. Essendo stato, dunque, ritualmente fatto valere il vizio nel corso della udienza di convalida, il provvedimento reiettivo adottato con la pronuncia conclusiva della udienza, in mancanza di impugnazione, non è più suscettibile di revisione: con la conseguenza di rendere dunque inammissibile l'odierno ricorso, mirando esso a riesaminare una decisione ormai irretrattabile sul punto.

Omissis

■■■■■■■■■■■■■■■■■■■■

**Cass. Sez. Un. 15 luglio 2010 (dep. 20 ottobre 2010), n. 37501, Donadio**

*La deroga, prevista per i reati di criminalità organizzata, alla sospensione nel periodo feriale dei termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari riguarda anche quelli inerenti alle procedure incidentali in materia di misure cautelari reali. (rv 247993)*

*Ai fini dell'esclusione della sospensione feriale dei termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari, prevista per i procedimenti di criminalità organizzata, e' ininfluente che il reato specificamente contestato al singolo indagato sia eventualmente aggravato ai sensi dell'art. 7 D.L. n. 152 del 1991, ma rileva soltanto che la contestazione si inserisca nell'ambito di un procedimento di criminalità organizzata, intendendosi per tale quello che ha ad oggetto una qualsiasi fattispecie caratterizzata da una stabile organizzazione programmaticamente orientata alla commissione di piu' reati. (Fattispecie relativa alla contestazione dei reati di omicidio, ricettazione e porto d'armi con l'aggravante mafiosa, nell'ambito di un procedimento nel quale, ad altri indagati, erano state mosse contestazioni di tipo associativo, sicche', per tale motivo, la Corte ha escluso potesse ritenersi operante la moratoria feriale dei termini). (rv 247994)*

Omissis

1. La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite è la seguente:

*<<Se la deroga alla sospensione in periodo feriale dei termini delle indagini preliminari nei procedimenti per reati di criminalità organizzata fatta dall'art. 2, comma secondo, legge 7 ottobre 1969, n. 742, riguardi anche gli incidenti cautelari aventi ad oggetto misure reali>>.*

2. Il comma secondo dell'art. 2 della legge 7 ottobre 1969, n. 742, inserito dall'art. 21-*bis* del d.l. n. 306 del 1992, a sua volta inserito dalla legge di conversione n. 356 del 1992, così recita:

<<La sospensione dei termini delle indagini preliminari di cui al primo comma non opera nei procedimenti per reati di criminalità organizzata>>.

A sua volta, il comma primo dell'art. 2 della medesima legge n. 742 del 1969, come sostituito dal d. lgs. 20 luglio 1990, n. 193 (disp. coord. cod. proc. pen.) richiamato dalla disposizione che precede, così recita:

<<In materia penale la sospensione dei termini procedurali, compresi quelli stabiliti per la fase delle indagini preliminari, non opera nei procedimenti relativi ad imputati in stato di custodia cautelare, qualora essi o i loro difensori rinunzino alla sospensione dei termini>>.

3. Come osservato dalla ordinanza di rimessione, sul tema posto all'esame delle Sezioni unite è da registrare un contrasto nell'ambito della giurisprudenza di legittimità.

Secondo un primo orientamento (che appare espresso nella sua compiuta aderenza al quesito in esame da Sez. VI, 3 marzo 2008, dep. 12 marzo 2008, n. 11142, Mannina, e da Sez. II, 18 dicembre 2007, dep. 10 gennaio 2008, Di Fazio), la deroga alla sospensione dei termini procedurali in periodo feriale fatta per i procedimenti per reati di criminalità organizzata vale, quanto ai procedimenti incidentali cautelari, solo con riferimento alle misure cautelari personali, interpretandosi il rinvio operato dal comma secondo dell'art. 2 della legge n. 742 del 1969 come fatto all'intera disposizione del comma primo, e quindi anche al presupposto riferentesi ai <<procedimenti relativi ad imputati in stato di custodia cautelare>>; secondo l'altro (Sez. I, 3 febbraio 2010, dep. 12 febbraio 2010, n. 5793, Briguori, Rv. 246577; Sez. I, 3 febbraio 2010, dep. 26 febbraio 2010, n. 7943, Coccia, Rv. 246248; Sez. I, 2 marzo 2010, dep. 15 marzo 2010, n. 10293, Nicoletti, Rv. 246520), tale rinvio riguarda la sola prima parte del comma primo, e cioè quella che menziona tutti i <<termini procedurali, compresi quelli stabiliti per la fase delle indagini preliminari>>, senza potersi fare distinzione tra procedure in materia di misure personali e quelle in materia di misure reali, essendo invece tale distinzione rilevante solo se, anche in procedimenti estranei alla materia della criminalità organizzata, l'imputato o il difensore, in base alla previsione contenuta nel primo comma, rinunzino alla sospensione dei termini.

4. Occorre preliminarmente verificare se quello di cui si discute è un procedimento attinente alla materia della criminalità organizzata.

4.1. L'ordinanza di rimessione afferma che tale esso deve essere ritenuto, dato che il sequestro preventivo è stato adottato in relazione a un reato (omicidio) aggravato a norma all'art. 7 d.l. n. 152 del 1991.

Questa impostazione, nella sua schematicità, non è condivisibile.

In argomento costituisce imprescindibile riferimento la sentenza delle Sezioni unite, 22 marzo 2005, dep. 11 maggio 2005, n. 17706, Petrarca, Rv. 230895, che ha condivisibilmente osservato come il concetto di criminalità organizzata evocato dal comma secondo dell'art. 2 della legge n. 742 del 1969, a pena di opinabili applicazioni casistiche che facciano perno sul concetto di "gravità eccezionale" del reato, pur se desunto da "catalogazioni" normative (ad es., artt. 407 comma 2, lett. a), 372 comma 1-*bis*, 51 comma 3-*bis* c.p.p.), debba intendersi riferito a ogni delitto associativo, correlato alle attività criminose più diverse, ideate <<da una pluralità di soggetti>> che, a tal fine, <<abbiano costituito un apparato organizzativo>>.

In detta sentenza le Sezioni unite coerentemente escludono, da un lato, che la nozione debba intendersi ristretta ai reati di criminalità mafiosa, dall'altro che in essa rientri il mero concorso di persone nel reato, ove manchi il requisito rappresentato da una stabile organizzazione programmaticamente ispirata alla commissione di più reati.

Dunque, un reato che non presenti tali elementi strutturali, pur se caratterizzato da un "metodo" idoneo a evocare dati comportamentali propri della criminalità mafiosa o pur se realizzato da un soggetto mosso dalla finalità di agevolazione di organismi mafiosi, non è, di per sé un reato

“di criminalità organizzata”, almeno nell’economia della disciplina contenuta nell’art. 2, comma secondo, legge 7 ottobre 1969, n. 742,

4.2. Deve d’altro canto essere affermato che ai fini dell’applicazione della norma di cui si discute non conta la situazione specifica del singolo indagato ma la sua collocazione nell’ambito di un procedimento di criminalità organizzata (in questo senso Sez. I, 3 aprile 1995, dep. 7 giugno 1995, n. 1264, Grimaldi), perché la *ratio* della disciplina in esame è quella di evitare che le indagini preliminari subiscano pause o decelerazioni potenzialmente pregiudizievoli del risultato dell’attività d’indagine, e tale esigenza può essere compromessa se si consentissero, nell’ambito dello stesso procedimento, dilazioni nella definizione di procedure incidentali riguardanti la posizione di questo o quello indagato, posto che tali procedure sono intimamente connesse all’attività d’indagine e ne influenzano la pronta definizione (in tali termini, Sez. I, Briguori, cit. e Sez. I, Nicoletti, cit., riguardanti procedure incidentali avviate proprio nell’ambito del procedimento riguardante fatti di criminalità organizzata – c.d. processo “Timpono Rosso” - in cui è coinvolto anche l’odierno ricorrente).

5. Nel caso di specie al Donadio sono contestati vari fatti di omicidio, di ricettazione e di porto di armi aggravati *ex art. 7*, ma, come precisato nell’ordinanza impugnata, la misura reale è stata adottata “nell’ambito” di un procedimento di “criminalità organizzata”, dato che le indagini riguardano vari soggetti cui sono state mosse contestazioni di tipo associativo.

Trattandosi dunque di un soggetto coinvolto in un procedimento di criminalità organizzata, è integrato, stando almeno a tale nozione, il presupposto considerato dall’art. 2, comma secondo, della legge n. 742 del 1969.

6. Venendo ora alla questione devoluta alle Sezioni unite, va osservato che l’orientamento giurisprudenziale che afferma, con riferimento alle procedure incidentali cautelari aventi ad oggetto misure reali, l’operatività del regime della sospensione dei termini procedurali durante il periodo feriale, appare fare richiamo, senza particolari approfondimenti, a decisioni delle Sezioni unite, dalle quali tuttavia non è a ben vedere desumibile una simile presa di posizione.

Così, Sez. un., 20 aprile 1994, dep. 24 giugno 1994, n. 5, Iorizzo, Rv. 197701, nell’affermare, con riferimento al primo comma dell’art. 2 legge n. 742 del 1969, che anche nei procedimenti in materia di misure cautelari reali opera la sospensione feriale dei termini, non ha specificamente preso in considerazione la previsione del secondo comma del medesimo articolo, riguardante la non operatività della sospensione feriale nei procedimenti per reati di criminalità organizzata, estranei al caso oggetto del ricorso.

Il secondo comma dell’art. 2 era invece implicato dal ricorso deciso da Sez. un., 8 maggio 1996, dep. 26 giugno 1996, n. 12, Giammaria, Rv. 205039, che ha affermato la non operatività della sospensione dei termini cadenti in periodo feriale, in procedimenti di criminalità organizzata, anche con riferimento alle procedure incidentali in materia di misure cautelari personali; osservando, da un lato, che non è sostenibile giuridicamente la tesi che vorrebbe limitare la deroga alla moratoria feriale ai soli termini che presidiano l’attività di indagine in senso stretto, data l’intima connessione delle procedure cautelari con la fase in cui esse si innestano, e, dall’altro, che la <<enunciazione normativa del secondo comma [...], con il rinvio alla “sospensione” dei termini della fase delle indagini procedurali, necessariamente fa riferimento anche ai termini dei procedimenti “incidentali”, che ineriscono intimamente alla fase stessa>>.

Per quello che più propriamente qui interessa, va però rimarcato che questa sentenza non ha mostrato, né esplicitamente né implicitamente, di voler limitare tale affermazione alle procedure incidentali aventi ad oggetto le misure cautelari personali.

A tale pronuncia si sono poi richiamate, senza ulteriori specificazioni sul punto, Sez. un., 27 marzo 2002, dep. 13 aprile 2002, n. 14253, De Feo, Rv. 221038 e Sez. un., 22 marzo 2005, dep. 11 maggio 2005, n. 17706, Petrarca, Rv. 230895.

7. Appare al Collegio che non vi sono elementi, né testuali né logici, per escludere dal regime della non operatività della sospensione feriale in procedimenti di criminalità organizzata le procedure incidentali in materia di misure cautelari reali; e che il contrario orientamento risulta essere stato fuorviato da una impropria commistione tra il dettato dei due commi iniziali dell'art. 2 della legge n. 742 del 1969, dando rilievo, il primo, alla volontà dell'imputato in stato di custodia cautelare (con esclusione di ogni considerazione di misure personali non custodiali) di rinunciare alla moratoria feriale, e, il secondo, al dato oggettivo dell'avere il procedimento ad oggetto reati di criminalità organizzata.

Il tema è stato diffusamente trattato nelle già citate tre sentenze, di analogo contenuto argomentativo, due delle quali coeve, della Prima sezione penale (3 febbraio 2010, Briguori, 3 febbraio 2010, Coccia e 2 marzo 2010, Nicoletti), in cui si è correttamente fatto leva sulla chiara lettera del comma secondo dell'art. 2, per la quale «la sospensione dei termini delle indagini preliminari di cui al primo comma non opera nei procedimenti per reati di criminalità organizzata», e si è richiamata la giurisprudenza delle Sezioni unite che, come visto, ha più volte ribadito che con la locuzione «termini delle indagini preliminari» di cui al comma primo del medesimo art. 2 debbono ritenersi annoverati tutti i termini procedurali in materia penale ivi compresi, quindi, quelli inerenti i procedimenti incidentali concernenti l'impugnazione di provvedimenti in tema di misure cautelari.

Si aggiunge, come argomento di natura logica, richiamandosi a Sez. un. Giammaria, che, se la scelta legislativa della non operatività della moratoria dei termini feriali nei procedimenti interessanti la delinquenza organizzata deriva dalla esigenza di evitare che il decorso dei termini procedurali delle indagini preliminari subisca pause o decelerazioni potenzialmente pregiudizievoli all'attività inquirente, non si vede perché tale esigenza non dovrebbe assistere i procedimenti di impugnazione in materia di sequestri, i quali, al pari di quelli riguardanti misure personali, appaiono comunque connessi all'attività di indagine e funzionali alla esigenza di una risposta il più possibile rapida alle condotte delittuose della criminalità organizzata, a livello sia di prevenzione sia di repressione.

Le Sezioni unite non possono che fare proprie tali esaurienti e lineari osservazioni, rispondenti, come detto, sia alla lettera normativa sia alla *ratio* che la ispira.

8. Deve dunque essere enunciato il seguente principio di diritto: «La deroga alla sospensione in periodo feriale dei termini delle indagini preliminari nei procedimenti per reati di criminalità organizzata, fatta dall'art. 2, comma secondo, legge 7 ottobre 1969, n. 742, riguarda anche le procedure incidentali aventi ad oggetto misure cautelari reali».

9. Applicando detto principio al caso di specie, risulta la fondatezza del ricorso.

Infatti, il Tribunale ha depositato il dispositivo dell'ordinanza impugnata il 21 settembre 2009, e quindi, non ricorrendo la moratoria feriale, ben oltre il termine di dieci giorni, decorrente dalla trasmissione degli atti da parte del p.m., avvenuta il giorno 27 luglio 2009; termine previsto, a pena di inefficacia della misura, dall'art. 324, commi 5 e 7, cod. proc. pen. in combinato disposto con l'art. 309, comma 10, cod. proc. pen.

10. Conseguisce l'annullamento senza rinvio della ordinanza impugnata e la declaratoria di inefficacia del decreto di sequestro preventivo emesso in data 2 luglio 2009 dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Catanzaro nei confronti del ricorrente.

*Omissis*

■■■■■■■■■■■■■■■■

**Cass. Sez. Un. 27 maggio (dep. 22 giugno 2010), n. 23909, p.o. in proc. Simoni, rv. 247124**

*Il giudice puo' provvedere 'de plano' sulla reiterata richiesta di archiviazione - proposta a seguito dello svolgimento di indagini suppletive, indicate dal giudice all'esito del contraddittorio camerale - qualora la persona offesa non abbia presentato una nuova opposizione ovvero quest'ultima sia inammissibile.*

*Omissis*

1 - È questione "se, dopo l'espletamento delle indagini disposte in esito al non accoglimento, su opposizione della persona offesa, di una prima richiesta di archiviazione, il giudice per le indagini preliminari, riproposta dal pubblico ministero fa richiesta di archiviazione, sia tenuto a fissare l'udienza camerale o possa provvedere con decreto".

1.1 - Le sentenze citate nell'ordinanza di rimessione formano un indirizzo che afferma, per ragioni confluenti ma non concordi, l'obbligo del giudice per le indagini di fissare nuova camera di consiglio, dopo che il pubblico ministero ha compiuto le indagini disposte in prosecuzione nel termine fissato con ordinanza ai sensi dell'art. 409 c.p.p., comma. La citata Sez. 1<sup>a</sup> Maimone ha sottolineato il diritto della persona offesa, riportandosi a sentenze della Corte Costituzionale, n. 413/94 (che estendeva la facoltà di opposizione al rito pretorile) e n. 88/91 (v. oltre). Ed ha affermato che, già instaurato il contraddittorio, non è necessario che la persona offesa rinnovi l'opposizione (nello stesso senso le citate Sez. 6<sup>a</sup> Ballarani e Tollare da ultimo Pian, n. 40113/09 - rv. 244560).

Altre sentenze (cfr. le citate Sez. 6<sup>a</sup> Cardella e Negro, Sez. 5<sup>a</sup> Quatela, Sez. 2<sup>a</sup> Fortunato, nonché Sez. 4<sup>a</sup> Ignoti, n. 3494/04, rv. 229835) hanno ritenuto invece necessaria la nuova opposizione. Ma Sez. 6<sup>a</sup> Oulai, n. 2100/98 - rv. 211957 ha rimarcato che il giudice deve comunque provvedere con ordinanza.

1.2 - In senso contrario si ritiene, per ragioni di sistema, che il P.M. debba ripetere l'avviso alla persona offesa, che può riproporre opposizione per nuovo contraddittorio, che il G.I.P. può dichiarare inammissibile ed archiviare per decreto (art. 410 c.p.p., comma 2). Diversamente, spiega la sentenza Gismondi (Sez. 5<sup>a</sup>, n. 2825/01, rv. 218831), si esproprierebbe il P.M. delle sue scelte discrezionali ed il giudice del controllo di legalità.

La Nannarone (Sez. 6<sup>a</sup>, n. 4229/97, rv. 210310), rifacendosi a S.U. Testa n. 2/96, esige la nuova opposizione concreta e specifica per l'ulteriore prosecuzione delle indagini, escludendo che possa replicare nel merito. E la Iaselli (Sez. 4<sup>a</sup>, n. 2009/02, rv. 220790) sottolinea che i margini della dichiarazione di inammissibilità sono nel caso più ampi perché, già discusso il tema delle nuove indagini da svolgere, il G.I.P. può motivatamente ritenerne la completezza e superfluo proseguirle. Nello stesso solco si pongono Sez. 2<sup>a</sup>, n. 26675/03, Abbagnato (rv. 225162) e Sez. 4<sup>a</sup>, n. 34405/03, Basile (rv. 225718).

2 - Per risolvere il contrasto, rileva anzitutto la diversa lettura dell'obbligo di esercizio dell'azione penale nel Codice vigente, rispetto a quello preesistente alla Costituzione. Il rito inquisitorio prevedeva che il pubblico ministero, in alternativa alla propria istruzione sommaria, chiedesse nei casi complessi al giudice di svolgere quella formale. Formulata invece richiesta di archiviazione, secondo l'art. 74 c.p.p. 1930, comma 2, il giudice istruttore poteva disporre con ordinanza di proseguire lui le indagini. La norma era ritenuta rispondente all'art. 112 Cost., perché la richiesta d'archiviazione del pubblico ministero era intesa per diritto vivente forma residua di esercizio dell'azione penale.

La Corte Costituzionale, difatti, affermò l'intangibilità del principio di "obbligatorietà dell'azione penale" da parte del pubblico ministero, volta ad assicurare l'uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge, in sentenza n. 84/79 che, occupandosi di norme (L. n. 378 del 1865) che attribuivano azioni penali ad organi diversi, le ritenne sussidiarie o concorrenti.

Mutato il rito, la Corte ha riaffermato il "principio d'intangibilità" in sentenza n. 88/91 (cit. in Cass. Sez. 1<sup>^</sup>, Maimone) che, nel ritenere legittimo il dettato del D.P.R. n. 271 del 1989, art. 125, (Disp. att. c.p.p. 1988), premette che il rito accusatorio, teso ad evitare la "superfluità del processo", affida al giudice per le indagini il controllo che il pubblico ministero non si sottragga all'obbligo di esercizio di azione penale per "mera inopportunità".

Qui si rileva che, esclusa la fictio che unificava le opposte iniziative del P.M. nel rito inquisitorio, la concisa lettera dell'art. 112 Cost., ha consentito al legislatore del'88 di invertire l'economia del processo. L'art. 50 del Codice difatti reca: "il pubblico ministero esercita l'azione penale quando non sussistono i presupposti per la richiesta di archiviazione". E l'art. 125 cit. in attuazione da contenuto ai "presupposti", disponendo che presenti al giudice la richiesta "quando ritiene l'infondatezza della notizia di reato perché gli elementi acquisiti nelle indagini preliminari non sono idonei a sostenere l'accusa in giudizio".

Se la richiesta risponde al parametro di inidoneità degli elementi acquisiti, il G.I.P. decreta incensurabilmente l'archiviazione. Se la richiesta non risponde al parametro, il giudice per le indagini dispone che il P.M. prosegua le indagini o eserciti l'azione penale, instaurando in entrambi i casi il contraddittorio, che ha in ciascuno diversa funzione.

2.1 - Le alternative s'incentrano sulla sufficienza delle indagini svolte. Se il G.I.P. le ritiene insufficienti, non accoglie la richiesta e, per l'art. 409, comma 2, fissa con ordinanza udienza camerale a sensi dell'art. 127 c.p.p., cui partecipano l'indagato e la persona offesa. Consecutivamente indica al P.M., se necessarie, le ulteriori indagini da compiere in termini indispensabili (comma 4).

Se le ritiene sufficienti, il G.I.P. dispone che il P.M. formuli l'imputazione (eserciti l'azione penale), entro dieci giorni. Nei due giorni successivi fissa con decreto (conclusivo delle indagini) l'udienza preliminare, in cui discusso il merito tra le parti, quale G.U.P. dispone il giudizio per decreto o decide in sentenza il "non luogo a procedere".

Nel primo caso (art. 409, comma 2), dunque, la legge prevede un "contraddittorio incidentale" a seguito del quale il G.I.P. indica in ordinanza al P.M. le altre indagini da svolgere o archivia la notizia di reato per infondatezza, restituendogli gli atti. L'ordinanza (comma 6) è "ricorribile per cassazione" se emessa senza osservare le disposizioni d'instaurazione e svolgimento della camera di consiglio di cui all'art. 127, commi 1, 3 e 4, sanzionate da nullità nel comma 5, non per la sua motivazione.

La conclusione ineludibile è che, se l'indagato non può sottrarsi alla prosecuzione d'indagini, ne' l'offeso contestare l'archiviazione della notizia di reato, l'ordinanza conclusiva del G.I.P., sia o non propulsiva, è destinata esclusivamente al pubblico ministero. 2.2 - Al fine propulsivo, la persona offesa può offrire contributo al G.I.P., in ragione della sua conoscenza del fatto. L'art. 408 c.p.p., la autorizza a proporre opposizione entro dieci giorni dalla notifica d'avviso della richiesta di archiviazione, di cui abbia già chiesto al P.M. di essere eventualmente informata. E l'art. 410, comma 1, prevede che con tale opposizione la persona "chieda la prosecuzione delle indagini, indicando a pena di inammissibilità l'oggetto di investigazione suppletiva ed i relativi elementi di prova".

Se il G.I.P. ritiene le indicazioni dell'opponente rilevanti e pertinenti, come richiesto da S.U. n. 2/96 Testa, cioè tali da dimostrare che la richiesta di archiviazione del P.M. non vada accolta per incompiutezza delle indagini (difetto d'iniziativa del P.M., non erronea valutazione d'infondatezza della notizia), dispone udienza ai sensi dell'art. 409, comma 2.

Ma il G.I.P. può dichiarare inammissibile l'opposizione non autorizzata o tardiva e disporre ugualmente l'udienza camerale, per indicare al P.M. proprio le indagini già suggerite dalla persona offesa. La proposizione dell'opposizione non è dunque per sè condizione di prosieguo del contraddittorio già instaurato. E non lo è nemmeno la consecutiva ordinanza del G.I.P., secondo quanto già affermato in S. U. n. 22909/05, Minervini.

La sentenza ha riconosciuto bensì al G.I.P. il potere di controllo sull'intera *notitia criminis* con facoltà di estenderla a persone diverse, imponendo al P.M. l'iscrizione relativa dei nomi nel registro delle notizie di reato e la prosecuzione delle indagini (rv. 231162).

Ma gli ha negato il potere di fissare contestualmente nuova udienza di rinvio per l'ulteriore corso, in quanto creerebbe un vincolo per le valutazioni conclusive del P.M. circa l'idoneità degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio, sicché sotto questo profilo il suo provvedimento ordinatorio è abnorme (rv. 231163). È evidente che, compiute ulteriori indagini, il P.M. è ripristinato nella facoltà di richiedere l'archiviazione, dandone avviso alla persona offesa, che ha conservato il diritto di esserne informata a sensi dell'art. 408. E la nuova opposizione non obbliga il G.I.P. ad emettere ordinanza per la fissazione di camera di consiglio, se la riconosce inammissibile ed accoglie la ripetuta richiesta di archiviazione del P.M., salvo un parametro diverso dall'unico già riconosciuto nel diritto vivente.

3 - In sintesi, il processo dev'essere non solo necessario, come premesso, ma anche di durata ragionevole, come rammenta la sopravvenuta novella dell'art. 111. Il rispetto combinato dei due principi è connaturato al sistema, che ha invertito l'economia del rito, confinando anzitutto la fase delle indagini in termini rigorosi, seppur prorogabili (art. 405 c.p.p. e ss.) e correlando il contributo dell'offeso all'esigenza di proseguire le indagini in precisa direzione. La garanzia del contraddittorio incidentale assume dunque rilievo solo se funzionale alla prospettiva di esercizio dell'azione penale, in ipotesi di valutazione del G.I.P. discorde da quella del P.M. sulla sufficienza delle acquisizioni per decidere se archiviare, come richiestogli o che il P.M. eserciti l'azione penale.

L'opposizione ha il fine di offrire al G.I.P. contributo conoscitivo. Ed il contraddittorio incidentale gli consente di riceverlo, eventualmente sulla premessa dell'opposizione ammissibile, anche dall'indagato (posto che il P.M. deve accertare del pari quanto è a suo favore, giusto l'art. 358 c.p.p.) in posizione di terzietà, quando il G.I.P. ritiene di dover disporre il prosieguo delle indagini. Non ha altra funzione, se infine si osserva che l'art. 414 c.p.p., prevede che, disposta l'archiviazione, il G.I.P. possa riaprire le indagini con decreto motivato, su richiesta del P.M. motivata con l'esigenza di nuove investigazioni.

Pertanto alla questione si risponde che "il giudice può provvedere con decreto se non vi sia nuova opposizione o se questa sia inammissibile".

### *omissis*

Le Sezioni Unite hanno ritenuto che, per risolvere il contrasto, rileva anzitutto la diversa lettura dell'obbligo di esercizio dell'azione penale nel Codice di rito vigente, rispetto a quello preesistente: il rito inquisitorio prevedeva che il P.M., in alternativa alla propria istruzione sommaria, chiedesse nei casi complessi al giudice di svolgere l'istruzione formale; quando era invece formulata la richiesta di archiviazione, il giudice istruttore poteva disporre con ordinanza che egli stesso proseguisse le indagini (art. 74, comma 2, c.p.p. 1930), nel rispetto dell'art. 112 Cost., perché il diritto vivente riteneva che la richiesta d'archiviazione del P.M. costituisse forma residua di esercizio dell'azione penale (la Corte Costituzionale aveva, infatti, affermato l'intangibilità del principio di obbligatorietà dell'azione penale da parte del P.M., volto ad assicurare l'uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge: cfr. Corte cost., sentenza n. 84 del 1979); ed anche a seguito del mutamento del rito, la giurisprudenza costituzionale ha riaffermato l'intangibilità del principio di obbligatorietà dell'azione penale, osservando che il rito accusatorio, teso ad evitare la «superfluità del processo», affida al G.i.p. il controllo che il P.M. non si sottragga all'obbligo di esercizio di azione penale per «mera inopportunità» (Corte cost., sentenza n. 88 del 1991 che ha ritenuto legittimo il dettato dell'art. 125 disp. att. c.p.p.).

Attualmente, se la richiesta del P.M. risponde al parametro di idoneità degli elementi acquisiti, il G.i.p. decreta incensurabilmente l'archiviazione; in caso contrario, dispone che il P.M. prosegua le indagini o eserciti l'azione penale, instaurando in entrambi i casi il contraddittorio, che ha in ciascuno dei predetti casi, diversa funzione.

Le alternative s'incentrano sulla sufficienza delle indagini svolte: se il G.i.p. le ritiene insufficienti, non accoglie la richiesta di archiviazione e fissa con ordinanza l'udienza camerale, cui partecipano l'indagato e la persona offesa, ed all'esito indica al P.M., se necessarie, le ulteriori indagini da compiere; se le ritiene sufficienti, il G.i.p. dispone che il P.M. formuli l'imputazione (ovvero che eserciti l'azione penale), entro dieci giorni. Nel primo caso, dunque, la legge prevede un «contraddittorio incidentale», a seguito del quale il G.i.p. indica in ordinanza al P.M. le altre indagini da svolgere o archivia la notizia di reato per infondatezza, restituendogli gli atti: «*la conclusione ineludibile è*



*che, se l'indagato non può sottrarsi alla prosecuzione d'indagini, né l'offeso contestare l'archiviazione della notizia di reato, l'ordinanza conclusiva del g.i.p., sia o non propulsiva, è destinata esclusivamente al pubblico ministero".*

Al fine propulsivo, la persona offesa può offrire un contributo al G.i.p., in ragione della sua conoscenza del fatto: l'art. 408 c.p.p. la autorizza a proporre opposizione entro dieci giorni dalla notifica d'avviso della richiesta di archiviazione, di cui abbia già chiesto al P.M. di essere eventualmente informata, e l'art. 410, comma 1, c.p.p. prevede che, con tale opposizione, la persona offesa «chieda la prosecuzione delle indagini, indicando a pena di inammissibilità l'oggetto di investigazione suppletiva ed i relativi elementi di prova». Se il G.i.p. ritiene le indicazioni dell'opponente rilevanti e pertinenti, cioè tali da dimostrare che la richiesta di archiviazione del P.M. non vada accolta per incompiutezza delle indagini (difetto d'iniziativa del P.M., non erronea valutazione d'infondatezza della notizia), fissa l'udienza camerale; tuttavia, il G.i.p. può dichiarare inammissibile l'opposizione non autorizzata o tardiva, e disporre ugualmente l'udienza camerale, per indicare al P.M. proprio le indagini già suggerite dalla persona offesa: *"la proposizione dell'opposizione non è dunque per sé condizione di prosieguo del contraddittorio già instaurato. E non lo è nemmeno la consecutiva ordinanza del G.i.p."*, cui spetta un potere di controllo sull'intera notizia criminis con facoltà di estenderla a persone diverse, imponendo al P.M. l'iscrizione relativa dei nomi nel registro delle notizie di reato e la prosecuzione delle indagini, ma non quello di fissare contestualmente nuova udienza di rinvio per l'ulteriore corso, in quanto così si creerebbe un vincolo per le valutazioni conclusive del P.M. circa l'idoneità degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio, sicché sotto questo profilo il suo provvedimento ordinatorio è abnorme.

A parere delle Sezioni Unite, è evidente che, compiute le ulteriori indagini, il P.M. è ripristinato nella facoltà di richiedere l'archiviazione, dandone avviso alla persona offesa, che ha conservato il diritto di esserne informata a sensi dell'art. 408 c.p.p.; e la nuova opposizione non obbliga il G.i.p. ad emettere ordinanza per la fissazione di camera di consiglio, se la riconosce inammissibile, e ritiene conseguentemente di accogliere la reiterata richiesta di archiviazione del P.M.: ciò in quanto, come osservato dalle Sezioni Unite, *"il processo dev'essere non solo necessario, (...), ma anche di durata ragionevole, come rammenta la sopravvenuta novella dell'art. 111 Cost."*.

Il rispetto combinato dei due principi *"è connaturato al sistema, che ha invertito l'economia del rito, confinando anzitutto la fase delle indagini in termini rigorosi, seppur prorogabili (art. 405 ss. c.p.p.) e correlando il contributo dell'offeso all'esigenza di proseguire le indagini in precisa direzione. La garanzia del contraddittorio incidentale assume dunque rilievo solo se funzionale alla prospettiva di esercizio dell'azione penale, in ipotesi di valutazione del g.i.p. discorde da quella del P.M. sulla sufficienza delle acquisizioni per decidere se archiviare, come richiestogli o che il P.M. eserciti l'azione penale. L'opposizione ha il fine di offrire al g.i.p. contributo conoscitivo. Ed il contraddittorio incidentale gli consente di riceverlo, eventualmente sulla premessa che l'opposizione è ammissibile, anche dall'indagato (posto che il P.M. deve accertare del pari quanto è a suo favore, giusto l'art. 358 c.p.p.) in posizione di terzietà, quando il g.i.p. ritiene di dover disporre il prosieguo delle indagini. Non ha altra funzione, se infine si osserva che l'art. 414 c.p.p. prevede che, disposta l'archiviazione, il g.i.p. possa riaprire le indagini con decreto motivato, su richiesta del P.M. motivata con l'esigenza di nuove investigazioni"*.

oooooooooooo

### **Cass. Sez. Un. 22 aprile 2010 (dep. 27 maggio 2010), n. 20300, Lasala**

*In tema di riesame, la richiesta del difensore volta ad accedere, prima del loro deposito ai sensi del quarto comma dell'art. 268 cod. proc. pen., alle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate e sommariamente trascritte dalla polizia giudiziaria nei c.d. brogliacci di ascolto, utilizzati ai fini dell'adozione di un'ordinanza di custodia cautelare, deve essere presentata al pubblico ministero e non al giudice per le indagini preliminari che ha emesso il provvedimento cautelare. (rv 246906)*

*In tema di riesame, l'illegittima compressione del diritto di difesa, derivante dal rifiuto o dall'ingiustificato ritardo del pubblico ministero nel consentire al difensore, prima del loro deposito ai sensi del quarto comma dell'art. 268 cod. proc. pen., l'accesso alle registrazioni di conversazioni intercettate e sommariamente trascritte dalla polizia giudiziaria nei cosiddetti brogliacci di ascolto, utilizzati ai fini dell'adozione di un'ordinanza di custodia cautelare, da' luogo ad una nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell'art. 178, lett. c), cod. proc. pen., in quanto determina un vizio nel procedimento di acquisizione della prova, che non inficia l'attività di ricerca della stessa ed il risultato probatorio, in se' considerati. Ne consegue che, qualora tale vizio sia stato ritualmente dedotto in sede di riesame ed il Tribunale non abbia potuto acquisire il relativo supporto fonico entro il termine perentorio di cui all'art. 309, nono comma,*

*cod. proc. pen., le suddette trascrizioni non possono essere utilizzate come prova nel giudizio "de libertate". (In motivazione, la Corte ha altresì precisato che l'eventuale annullamento del provvedimento cautelare, per le ragioni teste' indicate, non preclude al G.I.P. di accogliere una nuova richiesta cautelare, se corredata dal relativo supporto fonico) (rv 246907)*

*In tema di riesame, la richiesta del difensore volta ad accedere, prima del loro deposito ai sensi del quarto comma dell'art. 268 cod. proc. pen., alle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate e sommariamente trascritte dalla polizia giudiziaria nei c.d. brogliacci di ascolto, utilizzati ai fini dell'adozione di un'ordinanza di custodia cautelare, determina l'obbligo per il pubblico ministero di provvedere in tempo utile a consentire l'esercizio del diritto di difesa nel procedimento incidentale "de libertate", obbligo il cui inadempimento può dar luogo a responsabilità disciplinare o penale del magistrato del P.M.. (In motivazione, la Corte ha precisato che, al fine di porre il pubblico ministero in grado di adempiere tale obbligo, è del pari necessario che la richiesta del difensore venga tempestivamente proposta rispetto alle scadenze temporali indicate dalle norme processuali) (v. Corte costituzionale n. 336 del 2008) (rv 246908)*

*Qualora l'atto di impugnazione di una parte privata sia presentato in cancelleria da un incaricato non occorre l'autentica della sua sottoscrizione, poiché l'art. 582 cod. proc. pen., che le attribuisce la facoltà di avvalersi per la presentazione del relativo atto di un incaricato, non richiede siffatta formalità'. (Nella specie, la Corte ha ritenuto ammissibile il ricorso per cassazione proposto a norma dell'art. 311 cod. proc. pen., sottoscritto personalmente dall'indagato in stato di detenzione e presentato dal difensore di fiducia, non iscritto all'albo dei patrocinanti dinanzi alle giurisdizioni superiori, in quanto il rapporto difensivo fiduciario faceva ragionevolmente presumere l'incarico a presentarlo). (rv 246905)*

*L'avviso per l'udienza camerale (nella specie, quella davanti alla Corte di cassazione di cui all'art. 611 cod. proc. pen.), ritualmente e tempestivamente notificato al difensore non deve essere rinnovato in favore del difensore successivamente nominato. (Nella specie, il ricorrente aveva nominato altro difensore di fiducia, "revocando tutte le precedenti nomine", quando già erano stati espletati tutti gli incombeni di cui all'art. 610, quinto comma, cod. proc. pen.). (rv 246909)*

*omissis*

6.0. Quanto all'altro profilo della doglianza, concernente il mancato accesso ai supporti magnetici relativi alle conversazioni captate, che sono state poste a fondamento del provvedimento impositivo della misura custodiale e del provvedimento impugnato, esso rimanda alla questione per la quale il ricorso è stato rimesso a queste Sezioni Unite: quali effetti, cioè, sulla procedura di riesame abbiano il diniego ingiustificato o il mancato esame da parte del pubblico ministero della richiesta difensiva di ottenere copia delle registrazioni delle comunicazioni intercettate, le cui trascrizioni sintetiche (i c. d. "brogliacci di ascolto") siano state poste a fondamento dell'ordinanza applicativa della misura cautelare personale. Com'è noto, la Corte Costituzionale, con sentenza dell'8-10 ottobre 2008, n. 336, ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 268 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede che, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore possa ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate.

Il Giudice delle leggi ha ricordato che, alla stregua del diritto vivente, in tal senso essendo orientata la costante ed uniforme giurisprudenza di legittimità, "in caso di incidente cautelare, se il pubblico ministero presenta al giudice per le indagini preliminari richiesta di misura restrittiva della libertà personale, può depositare, a supporto della richiesta stessa, solo i 'brogliacci' e non le

registrazioni delle comunicazioni intercettate”; e che “la trascrizione (anche quella peritale) non costituisce la prova diretta di una conversazione, ma va considerata solo come un’operazione rappresentativa in forma grafica del contenuto di prove acquisite mediante la registrazione fonica”. Ha, quindi, considerato come “l’ascolto diretto delle conversazioni o comunicazioni intercettate non possa essere surrogato dalle trascrizioni effettuate, senza contraddittorio, dalla polizia giudiziaria, le quali possono essere, per esplicito dettato legislativo (art. 268, comma 2, cod. proc. pen.), anche sommarie”, rilevando che “la possibilità per il pubblico ministero di depositare solo i ‘brogliacci’ a supporto di una richiesta di custodia cautelare dell’indagato, se giustificata dall’esigenza di procedere senza indugio alla salvaguardia delle finalità che il codice di rito assegna a tale misura, non può limitare il diritto della difesa di accedere alla prova diretta, allo scopo di verificare la valenza probatoria degli elementi che hanno indotto il pubblico ministero a richiedere ed il giudice ad emanare un provvedimento restrittivo della libertà personale”. Ha, altresì, considerato che, “in caso di richiesta ed applicazione di misura cautelare personale ..., le esigenze di segretezza per il proseguimento delle indagini e le eventuali ragioni di riservatezza sono del tutto venute meno in riferimento alle comunicazioni poste a base del provvedimento restrittivo, il cui contenuto è stato rivelato a seguito della presentazione da parte del pubblico ministero, a corredo della richiesta, delle trascrizioni effettuate dalla polizia giudiziaria”: e dunque, “la lesione del diritto di difesa garantito dall’art. 24, secondo comma, Cost., si presenta quindi nella sua interezza, giacché la limitazione all’accesso alle registrazioni non è bilanciata da alcun altro interesse processuale riconosciuto dalla legge”. Ha, quindi, sottolineato che “l’interesse costituzionalmente protetto della difesa è quello di conoscere le registrazioni poste alla base del provvedimento eseguito, allo scopo di esperire efficacemente tutti i rimedi previsti dalle norme processuali”; ne consegue, conclusivamente, che “i difensori devono avere il diritto incondizionato ad accedere, su loro istanza, alle registrazioni poste a base della richiesta del pubblico ministero e non presentate a corredo di quest’ultima, in quanto sostituite dalle trascrizioni, anche sommarie, effettuate dalla polizia giudiziaria”; ed “il diritto all’accesso implica, come naturale conseguenza, quello di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni medesime”. Il conseguimento di tale diritto – ha ulteriormente rilevato la Corte – non può essere assicurato con il ricorso all’art. 116 cod. proc. pen., giacché “la suddetta norma ..., vista congiuntamente all’art. 43 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, non attribuisce – secondo la giurisprudenza di legittimità – un diritto incondizionato alla parte interessata ad ottenere copia degli atti, ma solo una mera possibilità ...”.

6.1. Mette conto, quindi, di osservare da subito che il diritto “costituzionalmente protetto della difesa ... di conoscere le registrazioni poste a base del provvedimento eseguito”, con conseguente possibilità di ottenere copia della traccia fonica, è “diritto incondizionato”, il cui esercizio è preordinato “allo scopo di esperire efficacemente tutti i rimedi previsti dalle norme processuali”. L’intervento della Corte Costituzionale (che ha richiamato anche il principio dalla stessa espresso nella propria sentenza del 17-24 giugno 1997, n. 192, che ebbe a dichiarare la illegittimità costituzionale dell’art. 293, comma terzo, cod. proc. pen., nella parte in cui non prevedeva la facoltà per il difensore di estrarre copia, insieme all’ordinanza che ha disposto la misura cautelare, della richiesta del pubblico ministero e degli atti presentati con la stessa) ha riguardato, come s’è detto, solo l’art. 268 cod. proc. pen., in tema di esecuzione delle operazioni di intercettazione; integro, perciò, rimane (tra gli altri, e per quel che nella specie più direttamente interessa) l’assetto normativo delineato dall’art. 309 dello stesso codice di rito, in tema di riesame delle ordinanze che dispongono una misura coercitiva, ma è di tutta evidenza come quella regola affermata dal Giudice delle leggi incida, poi, (anche) sulla procedura di riesame, segnatamente sotto il versante dell’esercizio del diritto di difesa, delle prospettazioni di merito in quella sede proponibili, del controllo attuale del giudice sulla sussistenza degli elementi giustificativi della imposta misura cautelare, alla stregua della evidenza procedimentale delineata e concretizzata dagli atti tutti al riguardo presentati dal pubblico ministero a supporto della richiesta di emissione del provvedimento coercitivo: inequivoco, d’altronde, è il riferimento della Corte Costituzionale a “tutti i rimedi previsti dalle norme processuali”. L’intervento della Corte si è verificato nell’ambito di una

domanda *de libertate* di sostituzione o revoca della misura della custodia cautelare, ma non può sorgere dubbio che quell'affermato *dictum* decisamente rilevi anche nel contesto della procedura di riesame, nella quale si tratta di valutare la sussistenza o meno dei presupposti geneticamente legittimanti la imposta misura cautelare.

6.2. La decisione della Corte Costituzionale è intervenuta in un quadro normativo costantemente ed uniformemente valutato ed interpretato dalla giurisprudenza di questa Suprema Corte. In particolare, come ha richiamato il Giudice delle leggi, questa è stata continuativamente orientata nel senso di ritenere legittimo che, a supporto della richiesta di misura cautelare, il pubblico ministero possa presentare al giudice per le indagini preliminari solo i “brogliacci” relativi alle conversazioni captate e non anche le relative trascrizioni, in un contesto in cui si è pacificamente ritenuto che la trascrizione delle intercettazioni telefoniche non costituisce prova o fonte di prova, ma solo un'operazione meramente rappresentativa in forma grafica del contenuto della prova acquisita con la registrazione fonica, della quale il difensore può far eseguire la trasposizione su nastro magnetico, ai sensi dell'art. 268, ottavo comma, cod. proc. pen.. Si è costantemente affermato, quindi, che il giudice per le indagini preliminari ben può porre a fondamento dell'ordinanza cautelare il contenuto delle intercettazioni telefoniche, anche se contenute in “brogliacci” o riportate in forma riassuntiva, pur se non trascritte, altrettanto costantemente rilevandosi che la sanzione di inutilizzabilità prevista dall'art. 271 cod. proc. pen. consegue solo nelle ipotesi ivi tassativamente indicate, riguardanti l'inosservanza delle disposizioni previste dagli artt. 267 e 268, primo e terzo comma, cod. proc. pen. (cfr., tra molteplici altre, Sez. IV, 26 maggio 2004, n. 39469; Sez. V, 9 luglio 2003, n. 34680; Sez. VI, 28 marzo 2002, n. 20715/2003; Sez. I, 23 gennaio 2002, n. 7406; Sez. VI, 3 marzo 2000, n. 1106; Sez. I, 26 novembre 1998, n. 5903/1999; il principio è stato da ultimo ribadito da Sez. VI, 23 ottobre 2009, n. 2930/2010).

In tale contesto, pure si è rilevato e chiarito che “il deposito di cui al quarto comma dell'art. 268 cod. proc. pen. rientra nella procedura finalizzata alle successive operazioni di stralcio eventuale e di trascrizione da effettuarsi in contraddittorio delle parti, ai fini dell'inserimento nel fascicolo per il dibattimento, come tale del tutto distinta dalla procedura incidentale *de libertate*, ove non di deposito ... è a parlarsi, ma di allegazione agli atti posti a fondamento della misura. Trattasi, perciò, di incumbenti a finalità diverse, con scansioni temporali non coincidenti (l'epoca del deposito, invero, prescinde del tutto da quella di celebrazione del procedimento cautelare di regola anteriore) e con oggetti non necessariamente coincidenti (il deposito riflette tutto il materiale relativo alle operazioni ..., nel mentre la allegazione ai fini cautelari può riguardare solamente le trascrizioni sommarie del contenuto delle comunicazioni o gli appunti raccolti durante le intercettazioni)” (Sez. Un., 27 marzo 1996, n. 3; Sez. Un., 20 novembre 1996, n. 21/1997; Sez. VI, 8 ottobre 1998, n. 2911; Sez. VI, 3 giugno 2003, n. 35090).

E' stato anche puntualizzato che non solo è da escludere la necessità del deposito, ex art. 268 cod. proc. pen., in vista della utilizzazione a fini cautelari, dei risultati delle registrazioni, ma anche la necessità che il pubblico ministero allegghi alla richiesta di emissione del provvedimento cautelare il verbale e la registrazione relativi alle operazioni di intercettazione, ravvisandosi, in sostanza, una sorta di “presunzione d'esistenza e di conformità”, senza la necessità di un controllo giurisdizionale sulla effettiva sussistenza di tale documentazione, dalla quale discende la validità della prova; ciò sul rilievo che l'art. 271 cod. proc. pen. non menziona l'art. 89 disp. att. cod. proc. pen., essendo, perciò, consentito di utilizzare a fini cautelari i dati conoscitivi tratti dalle captazioni effettuate, senza che il pubblico ministero sia tenuto a produrre, né al giudice per le indagini preliminari, né, eventualmente, al tribunale del riesame, la relativa documentazione (*id est*, i verbali contenenti le trascrizioni sommarie e le bobine registrate) (Sez. VI, n. 2911/1998, cit.; Sez. VI, 21 gennaio 1999, n. 208; sulla esclusione della sanzione di inutilizzabilità per l'inosservanza del precitato art. 89 disp. att. cod. proc. pen., v., da ultimo, Sez. Un., 26 giugno 2008, n. 36539).

In definitiva, si è ritenuto che il pubblico ministero non sia tenuto a trasmettere al tribunale del riesame anche le registrazioni delle conversazioni intercettate, posto che, ai sensi dell'art. 309,

quinto comma, cod. proc. pen., egli è tenuto a trasmettere solo gli atti da lui prodotti con la richiesta di applicazione della misura cautelare; la difesa poteva accedere a tale documentazione, ma non anche alle registrazioni delle comunicazioni intercettate, giacché il deposito di queste è disciplinato dall'art. 268, quarto comma, cod. proc. pen., con la predeterminazione delle sequenze temporali ivi indicate e la possibilità di proroga.

6.3. Su tale assetto normativo, come univocamente interpretato dalla costante giurisprudenza di legittimità, è, dunque, intervenuta la pronuncia della Corte Costituzionale; la quale, dichiarando la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 268 cod. proc. pen, nei termini sopra ricordati, ha stabilito ora il diritto della parte ad accedere alle registrazioni effettuate, utilizzate ai fini cautelari, anche prima del loro deposito ai sensi del quarto comma della stessa norma; così stabilendo, in sostanza, un obbligo per il pubblico ministero, a richiesta della parte, di completa *discovery* del mezzo di prova utilizzato ai fini della imposizione della misura cautelare, con l'effetto, tra l'altro, di configurare, sia pure limitatamente alla sola materia delle intercettazioni, il diritto previsto dall'art. 293, terzo comma, cod. proc. pen., non più solo come strumento di conoscenza degli elementi su cui è fondata l'ordinanza cautelare, ma come diritto alla piena conoscenza degli elementi che il giudice ha utilizzato nell'emettere il provvedimento restrittivo della libertà personale.

L'ordinanza di rimessione, nel procedimento che occupa, ha pertinentemente rilevato, come si è sopra ricordato, che la pronuncia della Corte “non ha potuto estendersi agli aspetti, problematici, di concretezza che la sua attuazione ha immediatamente posto all'attenzione degli operatori e degli interpreti”, ed “il contenuto della decisione della Corte si è, pertanto, esaurito nella affermazione della sussistenza del diritto difensivo ad ottenere copia della traccia fonica ... Senza che per quanto concerne la pratica attuazione di questo diritto siano state fornite indicazioni”. Tanto, in effetti, appare anche sollecitare il legislatore a rivedere, con espressa previsione normativa, l'assetto dell'istituto in questione, sulla scia di quanto talora suggerito in dottrina e di quanto inizialmente prefigurato al riguardo nel progetto preliminare del codice di procedura penale, ove, in tema di esecuzione delle operazioni di intercettazione, nell'originario quinto comma dell'art. 268, a proposito del deposito dei verbali e delle registrazioni, era previsto che, “tuttavia, se le intercettazioni vengono utilizzate per il compimento di singoli atti delle indagini preliminari, il deposito deve avvenire entro cinque giorni dal compimento dell'atto”. La illegittimità costituzionale della norma in questione è stata dichiarata sul presupposto che le “registrazioni poste a base della richiesta del pubblico ministero” non siano state “presentate a corredo di quest'ultima, in quanto sostituite dalle trascrizioni, anche sommarie, effettuate dalla polizia giudiziaria”.

Su tali indotti aspetti problematici sono intervenute pronunce contrastanti dalle sezioni semplici di questa Suprema Corte, soprattutto per quanto riguarda gli effetti della violazione del diritto di accesso in sede di riesame.

Con sentenza della Sez. VI, 6 novembre 2008, n. 44127, si è ritenuto che l'inadempimento della richiesta di accesso, in quanto atto sopravvenuto, può esser fatto valere solo innanzi al giudice che ha emesso il provvedimento. Si è rilevato che “una corretta lettura dei termini della sentenza ... della Corte Costituzionale ..., impone di considerare che, trattandosi di un diritto riconosciuto dalla Consulta alla difesa, attinente ad una fase successiva all'emissione del provvedimento di cautela, non sembra che l'inadempimento della richiesta comporti *ex tunc* la caducazione della misura”. Si è, quindi, affermato che “l'atto non può che essere richiesto al G.I.P., dovendo il giudice del riesame operare solo in fase di controllo sul provvedimento impositivo al momento del deposito degli atti ex art. 293 cod. proc. pen., trattandosi degli stessi atti posti a base della misura, ancorché ‘deprivati’ della sintesi conseguente all'utilizzazione dei brogliacci che restano, in ogni caso, utilizzabili in competente sede”.

Altra sentenza della Sez. VI, 7 maggio 2009, n. 29386, ha ricordato il principio sopra affermato, secondo cui “la richiesta volta ad ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni utilizzate ai fini dell'adozione di un provvedimento cautelare deve essere presentata al giudice che ha adottato la relativa misura coercitiva e non al

tribunale del riesame”, ed ha ritenuto che “tale principio non può che essere riaffermato nel suo significato complessivo con la precisazione che la richiesta deve essere rivolta al pubblico ministero, nella cui disponibilità materiale e giuridica sono i documenti in questione nella fase delle indagini”. Ha rilevato che “il pubblico ministero, *dominus* della fase investigativa, è l’unico abilitato, nell’ambito della procedura atipica configurata dalla sentenza costituzionale, a verificare eventuali limiti, collegati essenzialmente alla tutela della riservatezza di altri soggetti coinvolti nelle registrazioni delle conversazioni ed estranei ai fatti e alla segretezza delle indagini per registrazioni di conversazioni non ancora ostensibili: situazioni che possono incidere ... sulle modalità e tempi per provvedere al materiale rilascio delle copie”. Ha ulteriormente osservato che il *decisum* della Corte Costituzionale “non incide anzitutto sulla validità dell’ordinanza cautelare e, poi, sulla procedura di riesame e sui tempi in cui deve essere conclusa e non può essere oggetto di richiesta al giudice della procedura incidentale, il quale non ha la disponibilità del nastro magnetico, e deve decidere su quanto posto a fondamento dell’ordinanza e su eventuali produzioni della difesa, tra i quali rientra anche il nastro magnetico ottenuto dalla difesa”. Ha altresì osservato che l’interesse della difesa a “conoscere le registrazioni poste a base del provvedimento eseguito, allo scopo di esperire efficacemente tutti i rimedi previsti dalle norme processuali”, non è “tale, però, da integrare una regola che possa invalidare l’epilogo della richiesta cautelare e, in ogni caso, ritardare i tempi di definizione della procedura di riesame. La difesa, una volta ottenuta la copia del supporto magnetico e verificate le asserite incongruenze con i contenuti del c.d. ‘brogliaccio’ è abilitata, in relazione al *novum*, a proporre ogni ulteriore rimedio incidentale previsto dalla legge processuale”.

La sentenza della Sez. III, 30 settembre 2009, n. 41256, ha esaminato una fattispecie in cui, sulla richiesta di ottenere copia su supporto magnetico delle registrazioni, il pubblico ministero aveva provveduto “dopo ben 76 giorni”, rigettando la richiesta sulla “semplice motivazione” che “l’art. 268 cod. proc. pen. non prevede la facoltà di avere copia delle tracce audio”. La Corte ha escluso che il tribunale “avesse la facoltà di sospendere o rinviare il procedimento ...”. Ha osservato che la decisione della Corte Costituzionale “stabilisce un principio generale a tutela del diritto di difesa, ma non è entrata in merito alle discrasie con altre contrarie disposizioni di carattere normativo ...; la legge impone al tribunale per il riesame di decidere entro dieci giorni dalla ricezione della richiesta e degli atti del P.M., ma non prevede la possibilità, in caso di richiesta di ulteriori atti da parte del difensore, di sospendere il procedimento o di rinviarlo oltre il decimo giorno ...; l’alternativa è quella di annullare la misura per la mancata trasmissione degli atti entro i termini prescritti, ovvero decidere in base agli atti in suo possesso”. Ha ritenuto che “va esclusa la prima ipotesi”, rilevando, tra l’altro, che “nella specie non trattavasi di elementi sopravvenuti: egli (*il P.M.*) aveva trasmesso i brogliacci e le trascrizioni delle conversazioni” e “quindi la richiesta di copia dei nastri magnetici esulava da tali atti, non trattandosi di nuovi elementi di prova; il mancato rilascio delle copie non atteneva all’inefficacia del provvedimento cautelare, ma, teoricamente, alla regolarità della procedura di riesame, causata dalla discrasia sopra evidenziata attribuibile al P.M.”. Ha ritenuto, quindi, che “correttamente il tribunale decise allo stato degli atti”, soggiungendo che “ciò non pregiudica i diritti della difesa, che potrà azionare i rimedi consentiti per ottenere le copie delle bobine, ed in base ad esse presentare eventuale domanda di revoca della misura”.

Altra sentenza della Sez. Feriale, 10 settembre 2009, n. 37151, ha osservato che, in quella fattispecie, la richiesta di trasposizione su nastro magnetico delle conversazioni intercettate era stata effettuata ad “immediato ridosso ... dell’udienza camerale per il riesame”, e “le rigide scadenze previste per l’udienza di riesame non consentivano di ritenere che la presentazione dell’istanza fosse avvenuta in tempo utile perché il P.M. fosse in grado di soddisfare la richiesta del difensore e questi, a sua volta, potesse porre tempestivamente a disposizione del tribunale del riesame – ove necessario – le registrazioni stesse che il P.M. non è obbligato a trasmettere al giudice”. Ha rilevato che la intervenuta pronuncia della Corte Costituzionale non può condurre a ritenere la inutilizzabilità delle intercettazioni, giacché “non è stato ... intaccato in alcun modo ... il preciso disposto dell’art. 271 cod. proc. pen.”.

Il tema del diniego opposto alla richiesta difensiva di accesso alle registrazioni, e dei conseguenti effetti, è stato ripreso, poi, nella sentenza Sez. I, 14 gennaio 2010, n. 46414. Si è, ivi, ritenuto che “non vi è dubbio che il diniego della richiesta ... di autorizzazione ad estrarre il supporto audio delle tre intercettazioni ambientali integra una nullità di ordine generale ... Ma tale nullità va inquadrata in quelle generali a regime intermedio previste dall’art. 178 cod. proc. pen., di guisa che, non risultando dal verbale di udienza che tale nullità sia stata tempestivamente eccepita, la stessa non può essere rilevata o dedotta ai sensi dell’art. 180 cod. proc. pen.”.

Tanto era stato affermato da altra sentenza della Sez. I, 10 novembre 2009, n. 44226, la quale ha confermato che dalla lesione del diritto di accesso “consegue, indiscutibilmente, in linea di principio la nullità generale del procedimento ai sensi dell’art. 178 cod. proc. pen., comma 1, lett. c)”.

Sulla scorta di tale principio altre pronunce sono pervenute a statuizioni di annullamento con rinvio del provvedimento impugnato.

Così Sez. III, 9 novembre 2009, n. 46704, ha rilevato che “il diritto di accesso del difensore alle trascrizioni può essere compromesso momentaneamente nel caso in cui le stesse non possano essere rilasciate entro il termine fissato per espletare il procedimento sulla libertà. La violazione del diritto di difesa non trova, invece, giustificazione quando l’interessato ha chiesto tempestivamente i supporti ed il pubblico ministero, in tempo utile, ha preso in considerazione la istanza e l’ha respinta con incongrua motivazione”.

Ad identiche conclusioni sono pervenute Sez. VI, 26 marzo 2009, n. 19150; Sez. V, 24 giugno 2009, n. 39930; Sez. II, 18 dicembre 2009, n. 4021/2010, in questa, tra l’altro, rilevandosi che gli atti di intercettazione conservano la loro validità, ma possono essere “considerati come elementi probatori solo quando la difesa avrà la concreta possibilità di prenderne cognizione diretta e non limitata agli schemi riassuntivi e alle trascrizioni effettuate dalla p.g.”.

In tali decisioni, tuttavia, non si è specificamente indicato quale debba essere poi l’attività espletanda dal giudice del rinvio e le statuizioni che allo stesso competono.

7.0. In tale rappresentato panorama giurisprudenziale, è, dunque, necessario che, nel mutato quadro normativo *in parte qua* determinato dalla intervenuta pronuncia della Corte Costituzionale, vengano esaminati i singoli profili, contenuti e momenti nei quali si inserisce e va salvaguardato l’effettivo esercizio del diritto di accesso riconosciuto dal Giudice delle leggi e le conseguenze che il suo mancato riconoscimento determina nei procedimenti *de libertate*.

7.1. Innanzitutto, deve rilevarsi che il diritto di accesso, così come configurato dalla Corte Costituzionale, è riconosciuto solo al difensore: soltanto a questo, difatti, l’art. 268, sesto comma, cod. proc. pen., riconosce “la facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche”; e, quanto al procedimento di riesame, l’art. 309, ottavo comma, cod. proc. pen., ancora una volta riconosce solo al difensore la facoltà di esaminare gli atti e di estrarne copia; solo al diritto di accesso del difensore ha fatto riferimento la sentenza della Corte Costituzionale.

7.2. Quanto all’autorità giudiziaria cui spetta il rilascio della copia, non può sorgere dubbio che questa vada identificata nel pubblico ministero che procede. Nella sua disponibilità materiale e giuridica, difatti, si trovano i documenti in questione nella fase delle indagini, come puntualmente rilevato da Sez. VI, 7 maggio 2009, n. 28386, cit.; e solo il pubblico ministero è in grado di procedere alla selezione delle registrazioni all’uopo rilevanti, nell’intero contesto di tutte quelle effettuate, ad individuare solo quelle poste a fondamento della richiesta della misura cautelare ed a verificare, quindi, gli eventuali limiti al rilascio delle copie richieste, in relazione alla tutela della riservatezza di altri soggetti estranei ai fatti, le cui conversazioni siano state captate, o a contenuti delle registrazioni che non siano rilevanti ai fini che occupano. In tal senso anche Sez. III, 30 settembre 2009, n. 41256, cit.; sostanzialmente Sez. V, 24 giugno 2009, n. 39930, cit.; Sez. VI, 26 marzo 2009, n. 19150, cit..

E’ erroneo, quindi, l’assunto del provvedimento impugnato, secondo cui (richiamandosi la sentenza della Sez. VI, 6 novembre 2008, n. 44127, cit.) “la richiesta intesa ad ottenere la

trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni utilizzate ai fini dell'adozione di un provvedimento cautelare personale dev'essere presentata al giudice che ha applicato la misura coercitiva”.

7.3. Il diritto alla acquisizione della copia può concernere solo le intercettazioni i cui esiti captativi siano stati posti a fondamento della richiesta della emissione del provvedimento cautelare; non altri, né tampoco diversi esiti captativi che concernono persone diverse dall'indagato e che non rilevano al fine di valutare la posizione indiziaria di quest'ultimo.

7.4. Tale diritto è esercitabile dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, come espressamente specificato dalla Corte Costituzionale. Essendo esso finalizzato ad “esperire efficacemente tutti i rimedi previsti dalle norme processuali”, non è dato individuare un termine *ad quem* nella proposizione dell'atto che quel rimedio sollecita, in particolare nella proposizione della richiesta di riesame, nel senso, cioè, che quella istanza debba necessariamente intervenire prima della richiesta di riesame: nessun termine perentorio al riguardo è ravvisabile ai sensi dell'art. 173 cod. proc. pen.; la richiesta di riesame può non enunciare i motivi della sua proposizione (art. 309, sesto comma, cod. proc. pen.) e può riguardare anche profili ulteriori e diversi da quello in questione.

7.5. Assumendosi, poi, nella ordinanza impugnata, che la Corte Costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 268 c.p.p., “senza però stabilire alcun termine entro il quale tale adempimento debba essere assolto”, deve innanzitutto rilevarsi che al diritto del difensore di accedere alle registrazioni corrisponde un obbligo del pubblico ministero di assicurarlo. La Corte, difatti, ha configurato tale diritto come “incondizionato”, rilevando che, come si è già ricordato, “le esigenze di segretezza per il proseguimento delle indagini e le eventuali ragioni di riservatezza sono del tutto venute meno in riferimento alle comunicazioni poste a base del provvedimento restrittivo, il cui contenuto è stato rivelato a seguito della presentazione da parte del pubblico ministero, a corredo della richiesta, delle trascrizioni effettuate dalla polizia giudiziaria”. E proprio da tanto ha tratto la conclusione che la pregressa normativa, che tale accesso in quella fase è stato del procedimento non assicurava, ledeva il diritto di difesa costituzionalmente presidiato dall'art. 24, secondo comma, Cost., ed il principio di parità delle parti nel processo sancito dall'art. 111, secondo comma, della Carta fondamentale. L'inottemperanza a tale obbligo può comportare responsabilità disciplinari, stante il dovere di osservanza delle norme processuali richiamato dall'art. 124 cod. proc. pen, e, ove ne sussistano le condizioni di legge, anche penali (si veda il principio affermato da Sez. Un., 24 settembre 2009, n. 40538, a proposito della tardiva iscrizione nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen., ivi statuendosi che “gli eventuali ritardi ... sono privi di conseguenze” in quel caso, “fermi restando gli eventuali profili di responsabilità disciplinare o penale”).

7.6. Ciò posto, è vero che manca la espressa indicazione di un termine entro il quale quella richiesta debba essere esaudita (e, deve ritenersi, a tanto non poteva procedere la Corte Costituzionale). Né è condivisibile l'opinione espressa da una voce della dottrina, secondo cui, dovrebbe trovare applicazione il termine di cinque giorni indicato dall'art. 268, quarto comma, cod. proc. pen.: questo, infatti, attiene al termine (con possibilità di proroga) in cui devono essere depositati in segreteria i verbali e le registrazioni in riferimento alla conclusione delle operazioni, ed afferisce, quindi, ad aspetti, momenti e materia non sovrapponibili a quelli che rilevano nel tema che qui occupa.

Tuttavia, non bisogna dimenticare che la Corte ha esaminato la questione “in caso di incidente cautelare”, riconoscendo il diritto dell'istante ad ottenere le copie richieste “allo scopo di verificare la valenza probatoria degli elementi che hanno indotto il pubblico ministero a richiedere ed il giudice ad emanare un provvedimento restrittivo della libertà personale”: e la acquisizione delle “registrazioni poste alla base del provvedimento eseguito” è finalizzata “allo scopo di esperire efficacemente tutti i rimedi previsti dalle norme processuali”.

Essendo, dunque, la richiesta della copia finalizzata ad esperire il diritto di difesa nel procedimento incidentale *de libertate*, ne consegue che essa deve essere rilasciata, comunque, in



tempo utile perché quel diritto di difesa possa essere in quella sede esercitato. Del tutto condivisibilmente ha rilevato la sentenza della Sez. V, 24 giugno 2009, n. 39930, che “è di tutta evidenza che, essendo la messa a disposizione di quegli elementi finalizzata al pieno dispiegarsi dell’attività difensiva, implicito è l’obbligo per l’autorità procedente di soddisfare la richiesta in tempo utile, per consentirne la disamina in vista del riesame”. Tali termini, d’altronde, sono ben noti al pubblico ministero, perché normativamente scaturiscono dal disposto dell’art. 309, primo comma, cod. proc. pen., che indica in dieci giorni il termine per proporre la richiesta di riesame, e dalle prescrizioni dei commi quinto e nono della stessa disposizione normativa, che regolano le susseguenti scadenze temporali. Ed altrettanto noti, perché pur essi normativamente prefigurati, sono gli ancor più ristretti termini per l’interrogatorio di garanzia (art. 294 cod. proc. pen.). Tanto appare comportare, sotto il profilo organizzativo, la opportunità che il pubblico ministero, al momento di formulare la richiesta del provvedimento cautelare, si attrezzi anche preventivamente e per tempo per essere in grado di ottemperare tempestivamente al nuovo obbligo imposto dalla sentenza della Corte Costituzionale.

7.7. Al fine di porre il pubblico ministero nella possibilità di adempiere il proprio obbligo, è del pari necessario che la richiesta venga proposta in tempo utile rispetto alle scadenze temporali indicate dalle norme processuali, segnatamente, per quanto nella specie rileva, dall’art. 309, nono comma, cod. proc. pen. (cfr., tra altre, Cass., Sez. Feriale, 10 settembre 2009, n. 37151; Sez. III, 3 novembre 2009, n. 46704, che ha richiamato quanto al riguardo rilevato dalla pregressa sentenza della Corte Costituzionale del 17-24 giugno 1997, n. 192; Cass. Sez. VI, 26 marzo 2009, n. 19150).

E tanto va considerato tenuto conto della complessità o meno delle operazioni di duplicazione delle intercettazioni (poche o moltissime; facilmente estrapolabili o meno; ecc.). Ove il pubblico ministero ritenga che le copie richieste non possano, per tali o altri simili motivi, essere rilasciate tempestivamente, si prospetta al riguardo un suo onere di congrua motivazione che dia conto di tale impossibilità, sulla stessa, poi, dovendosi esercitare il controllo del giudice della cautela, solo alla stregua di tali rappresentate prospettazioni, non avendo quest’ultimo la disponibilità dell’intero compendio delle attività captative.

Se quella scadenza temporale non è possibile ragionevolmente osservare, per essere stata la richiesta proposta in tempo non utile ad essere assolta, o a motivatamente giustificare la impossibilità di adempiere alla stessa, prima della relativa udienza camerale, anche alla stregua delle ragioni prospettate dal pubblico ministero, il tribunale del riesame deve comunque decidere alla stregua degli atti trasmessigli nel termine impostogli dalla legge: nella precitata sentenza della Corte Costituzionale n. 192/1997, in riferimento ai “termini rapidi e vincolanti previsti per l’interrogatorio”, si è osservato che “né il difensore potrà pretendere, né l’autorità giudiziaria potrà concedere dilazioni di tali termini ove risulti materialmente impossibile procedere alla copia di tutti gli atti richiesti entro le rigide scadenze previste per l’interrogatorio e per l’udienza del riesame”.

D’altronde, il diritto a far valere eventuali rilievi e ragioni difensive, in termini di rilevanza probatoria o indiziaria, scaturenti dall’ascolto delle registrazioni, non rimane, in tal caso, affatto precluso all’indagato, giacché quei rilievi e quelle ragioni possono comunque essere dallo stesso fatti valere successivamente, una volta ottenuta la copia della traccia fonica richiesta.

7.8. Quanto all’autorità giudiziaria davanti alla quale può esser fatto valere il mancato rilascio della copia degli atti richiesti, la sentenza della Sez. VI 6.11.2008, n. 44127 ha ritenuto che “l’inadempimento della richiesta di accesso, in quanto atto sopravvenuto, può essere fatto valere solo innanzi al giudice che ha emesso il provvedimento, giacché il controllo effettuato dal riesame attiene solo al provvedimento impositivo “di base” al momento del deposito degli atti ex art. 293 c.p.p.”.

Tale assunto non può essere condiviso. Appare, difatti, in tal guisa prospettarsi che il vaglio demandato al giudice del riesame debba essere cristallizzato solo alla situazione sussistente al momento impositivo della misura, nessun rilievo assumendo altre circostanze intervenute *medio tempore* e pure prospettabili al medesimo giudice. Ma, innanzitutto, ai sensi dell’art. 309, quinto comma, cod. proc. pen., il P.M. ha l’obbligo di trasmettere, nel termine indicato, anche “tutti gli

elementi sopravvenuti a favore della persona sottoposta alle indagini”, ed analogo diritto deve, simmetricamente, essere riconosciuto alla parte. In ogni caso, ai sensi del nono comma della stessa disposizione normativa, il tribunale decide “anche sulla base degli elementi adottati dalle parti nel corso dell’udienza”. Il tribunale del riesame, quindi, deve verificare, alla stregua degli artt. 273, 274, 275 e 280 cod. proc. pen., la legittimità della adozione della misura cautelare, avendo anzitutto riguardo alla situazione processuale coeva al provvedimento impugnato, senza, tuttavia, omettere di valutare anche gli elementi sopravvenuti purché adottati nell’udienza camerale (*ex ceteris*, Sez. Un. 8 luglio 1994, n. 11; Sez. Un. 8 luglio 1994, n. 12): l’eventuale accertamento della difformità tra le indicazioni contenutistiche indicate nei “brogliacci” e l’effettivo tenore delle conversazioni captate è elemento di valutazione sopravvenuto alla situazione rappresentata e, in quanto tale, esaminata dal giudice che impone la misura, deducibile davanti al giudice del riesame che deve, a quel momento, deliberare la sussistenza, tra l’altro, delle condizioni di cui al precitato art. 273 cod. proc. pen.. Può soggiungersi che la regola della deducibilità del *novum* nel procedimento incidentale *de libertate* trova applicazione anche nel procedimento di appello, ex art. 310 cod. proc. pen., improntato al principio devolutivo, in relazione ad elementi probatori nuovi, preesistenti o sopravvenuti, pur sempre nell’ambito dei confini segnati dal *devolutum* ; in particolare, non si è revocata in dubbio alcuno la possibilità che al difensore, nel giudizio di appello *de libertate*, “sia consentito, dopo aver 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 ...” (Sez. Un., 31 marzo 2004, n. 18339 ; v. anche Sez. Un., 21 giugno 1997, n. 8).

Poiché il difensore ha la facoltà di prospettare, in sede di riesame, anche elementi nuovi, incidenti sul tema della legittimità del provvedimento che ha imposto la misura cautelare, gli deve essere assicurato, in quella sede, anche il diritto di aver piena cognizione degli atti sui quali la misura si fonda, per consentirgli ogni attività difensiva al riguardo, compresa le eventuale prospettazione del *novum* rispetto agli elementi posti a base della originaria misura impositiva, dato dalla non corrispondenza o non esatta interpretazione tra quanto riportato nei “brogliacci” e quanto, invece, realmente risulta dalle intercettazioni.

In definitiva, l’accesso alle registrazioni delle conversazioni captate serve a rendere effettivo e completo l’esercizio del diritto di difesa della parte, come chiarito nella suindicata sentenza del Giudice delle leggi, giacché “l’interesse costituzionalmente protetto della difesa è quello di conoscere le registrazioni poste alla base del provvedimento eseguito, allo scopo di esperire efficacemente tutti i rimedi previsti dalle norme processuali”; e “l’interesse in questione può essere assicurato con la previsione ... del diritto dei difensori ad accedere alle registrazioni in possesso del pubblico ministero”. L’acquisizione di quei dati, dunque, è finalizzato proprio al controllo della legittimità della misura genetica emessa nei confronti dell’indagato: e proprio tale scrutinio è demandato al giudice del riesame.

7.9. Ove il pubblico ministero non ottemperi tempestivamente alla richiesta di accesso alle registrazioni e di trasposizione su nastro magnetico delle conversazioni o comunicazioni captate, perché la circostanza possa rilevare nel procedimento incidentale *de libertate* la parte ha l’onere di specifica allegazione e documentazione al riguardo, in quella sede. Se tanto non venga specificamente dedotto, il difensore rinuncia del tutto alla possibilità di contestare la “presunzione d’esistenza e di conformità” del contenuto dei “brogliacci” a quello delle conversazioni o comunicazioni captate; ed il tribunale del riesame nessun accertamento è tenuto ad eseguire al riguardo, neppure risultandogli che una richiesta di accesso sia stata proposta. Ne consegue che il rilievo non può essere formulato per la prima volta in Cassazione.

7.10. Ove il rilievo sia stato, invece, specificamente e documentalmente proposto al giudice del riesame, v’è innanzitutto da chiedersi se, nel riscontrato inadempimento dell’obbligo da parte del pubblico ministero e nella sua, a quel momento, persistente inerzia, il tribunale abbia poteri officiosi al riguardo.

A tale quesito si ritiene di dover dare risposta positiva.

Deve, infatti, premettersi che queste Sezioni Unite hanno già avuto modo di rilevare che, a seguito delle novelle normative intervenute sull'originario assetto del codice di rito, "il riesame ha assunto ... la funzione di strumento di controllo a garanzia della libertà personale nella dialettica tra le parti attraverso un'effettiva e tempestiva verifica giudiziale, con l'attuata *discovery* degli elementi a sostegno della richiesta cautelare ... Da mezzo di difesa per 'costringere' il P.M. a scoprire la sua strategia accusatoria, il riesame si è connotato, secondo l'evoluzione giurisprudenziale, di una logica di tipo sostanziale che consentisse la polarizzazione del controllo del tribunale sulla valutazione degli indizi, operata dal giudice cautelare, attraverso la trasmissione dei dati dai quali potessero desumersi gli elementi di colpevolezza, le esigenze cautelari e l'adeguatezza della misura prescelta" (Sez. Un., 27 marzo 2002, n. 19853). Trattandosi di valutare le conseguenze derivanti dalla mancata allegazione e trasmissione di atti concernenti le intercettazioni utilizzate ai fini cautelari, non sottoposti al G.I.P. ai sensi dell'art. 291 cod. proc. pen. (si trattava, specificamente, dei decreti autorizzativi delle operazioni di intercettazione), s'è distinto il caso in cui tali atti siano stati regolarmente allegati alla richiesta di misura cautelare e poi non trasmessi al tribunale del riesame, ed il caso in cui la mancata trasmissione degli atti consegua alla non integrale presentazione degli stessi già al giudice per le indagini preliminari. Solo nel primo caso – s'è chiarito – consegue la caducazione automatica della misura; nel secondo caso, invece, "non opera una siffatta sanzione" e "il comportamento omissivo del P.M., circa il mancato inoltramento di alcuni atti ... che, pertanto, il G.I.P. non ha potuto valutare e il corrispondente mancato esame degli stessi da parte del tribunale del riesame non determina la perdita di efficacia dell'ordinanza cautelare ... ma solo la inutilizzabilità" di quegli atti.

La peculiarità della situazione che qui si esamina scaturisce dalla considerazione che, a ben vedere, non si versa in ipotesi in cui non siano stati prodotti al G.I.P. atti che egli, quindi, non ha potuto valutare; gli esiti delle operazioni captative gli sono stati rappresentati attraverso la trascrizione che di essi sia stata effettuata dalla p.g., con i "brogliacci" o forme consimili, e legittimamente alla stregua di essi è stata emessa la misura cautelare. Si tratta, invece, solo di consentire di verificare, a richiesta ed eventuale contestazione di parte, la effettiva corrispondenza del contenuto cartaceo a quello auditivo, il che, ovviamente, presuppone che la parte sia posta in condizione di eventualmente proporre quella richiesta e quelle contestazioni, mercé il concreto esercizio del diritto di difesa nei termini riconosciuti dalla sentenza della Corte Costituzionale. La questione, quindi, investe non la produzione, *ab imis*, della prova, che è stata a suo tempo prodotta in forma idonea ad essere a quel momento valutata ai fini della emissione del provvedimento cautelare, ma la possibilità della sua ulteriore valutazione, della sua verifica, in sede di riesame, ove ivi richiamata, e quindi riproposta, in violazione di tale diritto di difesa.

Pur nel quadro di quei principi affermati dalle Sezioni Unite, la giurisprudenza di legittimità non ha mancato di affrontare ed esaminare lo specifico tema che qui si è proposto. Con sentenza della I Sez. 28 aprile 1998, n. 2383, si è ritenuto che, in caso di mancata allegazione da parte del P.M. di atti nella richiesta del provvedimento cautelare (si trattava anche in quel caso di decreti autorizzativi di intercettazioni), non soltanto "nulla vieta al G.I.P. di disporre preventivamente la acquisizione prima di emettere il provvedimento custodiale", ma, in ogni caso, la relativa verifica "potrà essere fatta anche *a posteriori* ... dal tribunale del riesame ...". Ed il principio è stato più volte ribadito (Sez. I, 30 giugno 1999, n. 4582; Sez. IV, 28 gennaio 2000, n. 2068; Sez. IV, 1° giugno 2001, n. 27961; Sez. VI, 13 dicembre 2002, n. 1304/2003; Sez. IV, 1° dicembre 2004, n. 4631; Sez. IV, 8 novembre 2005, n. 4207; Sez. IV, 1° marzo 2005, n. 15426; Sez. III, 12 ottobre 2007, n. 42371); esso è stato affermato in relazione alla acquisizione dei decreti autorizzativi delle operazioni di intercettazione, ma non v'è ragione alcuna per non ritenerlo operante anche per altri atti; e tale potere officioso si appalesa del tutto consono e funzionale a quella "logica di tipo sostanziale" che caratterizza l'attività del tribunale del riesame nel controllo e nella valutazione del quadro indiziario che ha indotto alla emanazione della misura cautelare.

Tale attività officiosa può, peraltro, essere compiuta solo in tempi utili per l'espletamento delle conseguenti incombenze e la valutazione dei relativi esiti entro l'improcrastinabile termine nel

quale il tribunale deve rendere la sua decisione, ai sensi dell'art. 309, nono comma, cod. proc. pen.. In particolare, la sentenza delle Sezioni Unite n. 19853/2002 cit. ha chiarito che anche la "produzione vicaria" cui è abilitata la difesa è "sganciata dal termine perentorio di cui al citato quinto comma (*dello stesso art. 309 cod. proc. pen.*) e quelle prospettazioni possono essere rappresentate "fino all'udienza camerale e nel corso della stessa".

7.11. Ove al difensore sia stato ingiustificatamente impedito il diritto di accesso alle registrazioni poste a base della richiesta del pubblico ministero, tanto non determina la nullità del genetico provvedimento impositivo, legittimamente fondato sugli atti a suo tempo prodotti a sostegno della sua richiesta dal P.M.; non comporta la inutilizzabilità degli esiti delle captazioni effettuate, perché questa scaturisce solo nelle ipotesi indicate dall'art. 271, primo comma, cod. proc. pen.; non comporta la perdita di efficacia della misura, giacché la revoca e la perdita di efficacia della misura cautelare conseguono solo nelle ipotesi espressamente previste dalla legge (artt. 299, 300, 301, 302, 303, 309, decimo comma, cod. proc. pen.).

Determina, invece, un vizio nel procedimento di acquisizione della prova per la illegittima compressione del diritto di difesa e non inficia l'attività di ricerca della stessa ed il risultato probatorio, in sé considerati. Esso comporta, quindi, una nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell'art. 178, lett. c), cod. proc. pen., soggetta al regime, alla deducibilità ed alle sanatorie di cui agli artt. 180, 182 e 183 cod. proc. pen..

Ove tale vizio sia stato ritualmente dedotto in sede di riesame ed il giudice definitivamente lo ritenga, egli non potrà fondare la sua decisione sul dato di giudizio scaturente dal contenuto delle intercettazioni riportato in forma cartacea, in mancanza della denegata possibilità di riscontrarne la sua effettiva conformità alla traccia fonica. Esso, difatti, è stato, bensì, legittimamente considerato, nella sua forma cartacea, al momento della emissione del provvedimento cautelare; ma, dovendo, poi, il tribunale distrettuale (ri)esaminare la sussistenza delle condizioni legittimanti quel provvedimento, la difensiva richiesta di accesso depriva quel dato di definitiva valenza probatoria, nella sua presunzione assoluta di conformità, che rimane non verificata prima che si dia ingresso e concreta attuazione alla espressa richiesta della parte in tal senso formulata. In sede di riesame il dato assume tale connotazione di definitività probatoria solo quando la parte sia stata posta in condizione di verificare quella conformità, esercitando il richiesto diritto di accesso. Deve condividersi, perciò, l'approdo cui è pervenuta la sentenza della II Sez., 18 dicembre 2009, n. 4021/2010, cit., secondo cui "gli atti di intercettazione sono in sé pienamente validi e potranno essere considerati elementi probatori non appena le difese avranno la concreta possibilità di prenderne cognizione diretta e non limitata agli schemi riassuntivi ed alle trascrizioni effettuate dalla p.g."

Il giudice del riesame, quindi, in presenza di tale accertata patologia, non potrà utilizzare quel dato nel procedere alla valutazione della prova: in tal senso ed a tali fini quel dato, perciò, rimane in quella sede inutilizzabile. Del resto, ed in diverso ambito, tale regola è rinvenibile nel sistema: difatti, ai sensi dell'art. 195, terzo comma, cod. proc. pen., in tema di testimonianza indiretta, nel caso di mancato esame della fonte di riferimento nonostante la richiesta di parte, le dichiarazioni *de relato* sono espressamente dichiarate inutilizzabili.

Egli dovrà, semmai, procedere alla c.d. prova di resistenza e valutare, cioè, se quel dato non assuma rilevanza decisiva nel contesto della intera evidenza procedimentale rinvenibile, che gli consenta di egualmente esprimere il suo conclusivo divisamento riguardo alla sussistenza del richiesto grave quadro indiziario. Se, invece, il provvedimento cautelare si fondi decisamente su quel dato, quella nullità tempestivamente e ritualmente dedotta comporta l'annullamento della ordinanza cautelare, proprio perché la verifica effettuata nel giudizio di riesame induce ad una valutazione di insussistenza del richiesto grave quadro indiziario. E lo stesso è da dirsi, *mutatis mutandis*, nel caso di appello cautelare, ex art. 310 cod. proc. pen..

7.12. L'eventuale annullamento del provvedimento cautelare, per le ragioni testé indicate, non preclude al pubblico ministero la possibilità di reiterare la richiesta ed al G.I.P. di accoglierla,

se la nuova richiesta sia, questa volta, corredata dal relativo supporto fonico, e non più solo cartaceo.

Questa Suprema Corte ha più volte avuto modo di esaminare il tema del giudicato cautelare. Si è, quindi, tra l'altro, chiarito che il principio di cui all'art. 649 cod. proc. pen. trova applicazione, *in subiecta materia*, "quando il giudice deve prendere in esame quegli stessi presupposti che siano stati sottomessi a valutazione in sede di gravame e ritenuti insussistenti, insufficienti o invalidi e non quando l'inefficacia del provvedimento sia derivata da sopravvenute condizioni estrinseche, come da irregolarità della procedura di riesame" (Sez. Un., 1° luglio 1992, n. 11; Sez. Feriale, 6 settembre 1990, n. 2668; Sez. VI, 2 aprile 1992, n. 1145); la preclusione da giudicato non sussiste quando vi sia stato "un successivo, apprezzabile mutamento del fatto" (Sez. Un., 12 ottobre 1993, n. 20). In tema di appello cautelare, in ottemperanza al principio che si stabilisce "una situazione di relativa stabilità del *decisum*, nel senso che esso spiega una limitata efficacia preclusiva endoprocendimentale, 'allo stato degli atti', in ordine alle questioni di fatto e di diritto esplicitamente o implicitamente dedotte", s'è rilevato che tali questioni "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" solo "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" (Sez. Un., 31 marzo 2004, n. 18339, cit.). In materia cautelare, all'esito del procedimento di impugnazione, "si forma una preclusione processuale, anche se di portata più modesta di quella relativa alla cosa giudicata, ... limitata allo stato degli atti e copre solo le questioni esplicitamente o implicitamente dedotte" (Sez. Un., 19 dicembre 2006, n. 14453/2007); l'effetto preclusivo si determina ove si registri la "assenza di un mutamento del quadro processuale di riferimento" (Sez. Un., 24 maggio 2004, n. 29952); "non vi è preclusione ... nell'ipotesi in cui la nuova richiesta contenga una diversità di allegazioni e deduzioni" (Sez. V, n.13 ottobre 2009, n. 43069; Sez. VI, 25 ottobre 2002, n. 5374/2003).

In definitiva, l'effetto preclusivo endoprocendimentale dispiega i suoi effetti quando la nuova misura cautelare venga richiesta sugli stessi presupposti ed elementi già esaminati e decisi, quando il quadro processuale e probatorio rimanga integro ed immutato ed immutata rimanga, perciò, la già esaminata situazione processuale e probatoria di riferimento. Tale effetto, invece, non si verifica ove, a seguito di nuovi e diversi elementi, venga a mutare il quadro probatorio di riferimento in relazione al quale è stata esaminata la sussistenza o meno delle condizioni legittimanti la imposta misura cautelare, perché in tal caso, la nuova richiesta si fonda su dati probatori che non hanno costituito oggetto di valutazione da parte del precedente giudice della cautela ed alla stregua di questi la richiesta e la misura possono essere rispettivamente nuovamente formulata e disposta.

Se, quindi, il tribunale del riesame non abbia valutato la situazione probatoria in riferimento agli esiti delle intercettazioni, a causa della suindicata nullità, ove questi vengano, poi, legittimamente acquisiti con la produzione della traccia fonica, muta il quadro di riferimento probatorio, ed alla stregua di quello così diversamente delineatosi il giudice della cautela è pienamente integrato nel suo potere-dovere di valutare, a quel momento, la sussistenza o meno delle condizioni legittimanti la nuova richiesta di misura cautelare (per una ipotesi analoga a quella che nel caso che occupa rileva, concernente la successiva acquisizione dei decreti autorizzativi delle operazioni di intercettazione, v. Sez. V, 9 giugno 1998, n. 2169).

7.13. Ove la predetta nullità venga riscontrata e dichiarata solo in sede di legittimità, il provvedimento impugnato, affetto da tale vizio, va annullato con rinvio, comportando la dichiarazione di nullità la regressione del procedimento allo stato in cui è stato compiuto l'atto nullo e la necessità della rinnovazione di quest'ultimo, con emenda dei vizi riscontrati (art. 185 c.p.p.).

In sede di rinvio, non più soggetto ai termini perentori indicati dall'art. 309, decimo comma, cod. proc. pen. (in tal senso la uniforme giurisprudenza di questa Suprema Corte: cfr., *ex ceteris*, Sez. Un., 17 aprile 1996, n. 5; Sez. V, 2 dicembre 1997, n. 5473/1998; Sez. V, 23 novembre 1999, n. 5652/2000; Sez. VI, 16 giugno 2003, n. 35651), il tribunale del riesame è reintegrato nei poteri-doveri dei quali sopra si è già detto.

*omissis*

Sulla questione oggetto della sentenza Lasala la più attenta dottrina ha da subito colto le questioni lasciate aperte, o comunque non definite esplicitamente, dalla sentenza della C. cost. n. 336/2008.

In particolare, **MILANI** *Sul diritto del difensore all'ascolto e alla copia delle conversazioni intercettate poste a fondamento di una misura cautelare (tra salvaguardia delle garanzie difensive e tutela della riservatezza)*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2009, pp. 916, si sofferma preliminarmente sull'esatta individuazione del c. "brogliaccio", stante la lacunosità del dato normativo contenuto nel secondo comma dell'art. 268 c.p.p.. Per comprendere la portata della sentenza della Consulta invero appare necessario stabilire se esso sia una trascrizione integrale o parziale dei dialoghi intercettati o se addirittura possa consistere in una sorta di riassunto delle conversazioni. L'A. ipotizza inoltre un'ulteriore questione: se questi brogliacci a loro volta possano essere selezionati dal P.M. ai fini dell'art. 291 c.p.p., componendo un ulteriore mosaico rappresentativo delle conversazioni intercettate, così da mantenere riservato il contenuto di talune conversazioni o di parti di esse. La Corte costituzionale, ad avviso dell'A., non avrebbe chiarito tali questioni preliminari, bypassando anche del tutto l'aspetto della riservatezza delle persone coinvolte. Quanto agli aspetti applicativi della sentenza della Consulta, l'A. ritiene che possa applicarsi *mutatis mutandis* la disciplina di cui all'art. 268, comma 4 c.p.p., prevedendo che il P.M. sia tenuto a soddisfare nel termine di 5 gg. dall'avviso di deposito del provvedimento restrittivo le richieste della di accesso della difesa. Invero, notificato l'avviso di deposito al difensore del provvedimento restrittivo, costui da questo momento può ritenersi abilitato a rivolgersi al P.M. con una richiesta di accesso.

Circa le conseguenze configurabili nel caso di mancato/ritardato accesso, l'A. ritiene debba ravvisarvi una nullità, stante la funzionalità dell'accesso al concreto esercizio della difesa, alla stregua di quanto la giurisprudenza ha stabilito per la violazione dell'art. 293, comma 3 c.p.p.

Piuttosto l'A. critica la sentenza nell'aver previsto come "incondizionato" il diritto all'estrazione della copia dei supporti magnetici delle registrazioni, venendo così a rompere quel delicato equilibrio operato dall'art. 268 c.p.p. tra garanzie difensive e salvaguardia della riservatezza in particolare di quei soggetti estranei coinvolti dalla captazione. In realtà, ad avviso dell'A., la Corte avrebbe recuperato un principio generale emergente dalla precedente pronuncia del 1997 (n. 192), senza rendersi conto del diverso e peculiare contesto in cui la sua decisione si andava a collocare. Sarebbe stato preferibile invero mantenere un distinguo tra facoltà di accesso (diritto di ascolto) e diritto alla copia, riservando quest'ultimo alla fase conclusiva della procedura di stralcio ex art. 268 c.p.p.

L'A., ricollegandosi infine alle critiche che la dottrina aveva rivolto all'indirizzo giurisprudenziale legittimante l'uso dei brogliacci a fini cautelari, sostiene che una rigorosa applicazione dell'art. 273, comma 1 bis c.p.p. dovrebbe comportare l'obbligo di trasmettere ai sensi dell'art. 291 c.p.p. oltre ai brogliacci, i verbali ed i decreti autorizzati, ma soprattutto i nastri magnetici contenenti le registrazioni.

La sentenza della Consulta è commentata analiticamente anche da **CORBO**, *il diritto di conoscere il contenuto integrale delle intercettazioni impiegate per un provvedimento cautelare personale*, in *Cass. pen.* 2009, pag. 865, che ha tracciato le principali questioni aperte: precisare quale sia **l'esatta estensione del diritto** di accedere alle registrazioni delle comunicazioni intercettate e quali siano le tipologie provvedimentali cautelari in relazione alle quali il medesimo deve essere riconosciuto; verificare se l'indicato diritto all'accesso si radichi esclusivamente in capo al difensore, o spetti, invece, anche all'indagato; accertare se il diritto riconosciuto dal Giudice delle leggi implichi la necessità di individuare un **termine**, entro il quale la richiesta di estrazione della copia su nastro magnetico debba essere soddisfatta, e, in caso di risposta positiva a detto quesito, quale sia questo termine; individuare le **conseguenze** prodotte da eventuali violazioni del diritto all'accesso alle registrazioni.

In ordine **all'oggetto del diritto di accesso**, l'A. rileva che la Corte ha volutamente perimetrato il contenuto del diritto *de quo* nella facoltà di ottenere la sola **trasposizione su nastro magnetico** delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate e non anche il deposito delle medesime. Inoltre, deve trattarsi delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate "*utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare*". Secondo l'A. peraltro, il diritto di accesso deve estendersi a tutte le comunicazioni e conversazioni in relazione alle quali sono stati depositati i "brogliacci", ancorché non formalmente utilizzate nell'ordinanza cautelare. E ciò in quanto anche le comunicazioni non richiamate nell'ordinanza, ma depositate attraverso i brogliacci unitamente alla richiesta di misura cautelare, fanno parte della complessiva piattaforma conoscitiva sulla cui base il giudice ha emesso il provvedimento cautelare, e sembrerebbe davvero incongruo escluderne l'accesso del difensore. *A converso*, il diritto di accesso, a parere dell'A., deve escludersi a quelle registrazioni, i cui "brogliacci" non siano stati trasmessi dal pubblico ministero al giudice per le indagini preliminari, o alle parti di esse i cui "brogliacci" siano stati coperti da "omissis", trattandosi di atti non sottoposti alla cognizione dell'Autorità decidente e che quindi non hanno in alcun modo influito sulle determinazioni di questa e in relazione ai quali, non sussiste alcun obbligo di deposito ai sensi del combinato disposto degli artt. 293, comma 3, e 291 c.p.p., continuando pertanto a permanere esigenze di segretezza e ragioni di riservatezza.

Quanto al soggetto **titolare del diritto di accesso**, ha evidenziato che la sentenza n. 336/2008 ha riconosciuto esplicitamente tale diritto al solo difensore, nulla dicendo con riferimento all'indagato. E ciò coerentemente all'impostazione seguita dall'art. 268 c.p.p., nel quale è fatto esclusivo riferimento ai "difensori" quali soggetti titolari

del diritto di esaminare le registrazioni, di ascoltarle, di estrarre copia delle trascrizioni e di farne eseguire la trasposizione su nastro magnetico.

Circa le modalità attuative, non sembra all'A. sostenibile per la peculiarità della prova che al diritto di accesso non si accompagni il diritto di copia, in nome di difficoltà attuative incompatibili con i tempi rigorosi dell'interrogatorio o del riesame, posto che il mancato rilascio di copie non significherebbe solo maggiore disagio nello studio degli atti, ma anche impossibilità di chiedere a qualunque giudice di esaminare ed apprezzare gli stessi nella loro integrale ed obiettiva consistenza.

In relazione al termine per il rilascio delle copie, l'A. ritiene che è fondamentale per dare concretezza al diritto riconosciuto dalla Corte costituzionale che la difesa possa ottenere le copie della traccia fonica **entro una data certa**, e cioè in un tempo definito e proporzionato alle scansioni procedurali della fase cautelare, come tale idoneo a consentire un efficace esercizio del diritto di difesa, e, quindi, ancor più specificamente, adeguato all'esigenza "di esperire efficacemente tutti i rimedi previsti dalle norme processuali". Peraltro tale termine non potrebbe essere rinvenuto *per relationem* né nell'art. 293, comma 3, c.p.p., ovvero prima dell'interrogatorio di garanzia, posto che tale incombente potrebbe essere eseguito anche lo stesso giorno in cui è eseguita l'ordinanza impositiva della misura cautelare, ma soprattutto, il difensore potrebbe chiedere le copie dopo lo svolgimento dell'atto appena menzionato; né nell'art. 121, comma 2, c.p.p., norma riferita esclusivamente al giudice, mentre per il pubblico ministero, la regola generale, posta dall'art. 367 c.p.p., è quella dell'assenza di termini, in assenza di espressa previsione. La scadenza piuttosto potrebbe essere desunta dal testo dell'art. 268 c.p.p., che pur non fissando esplicitamente un termine per "la trasposizione delle registrazioni su nastro magnetico" (cfr. comma 8), ricollega tale facoltà al deposito di queste ultime, che deve essere eseguito dal pubblico ministero, normalmente, "entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni" (cfr. comma 4): più in generale, quindi, - secondo l'A. - dall'art. 268 c.p.p. può inferirsi il principio secondo cui il pubblico ministero abbia il dovere di rilasciare la copia delle registrazioni **entro cinque giorni** dalla ricezione della richiesta. Ancorché tale termine sia riferito al deposito delle registrazioni, l'A. rileva che il diritto alla trasposizione delle registrazioni rappresenta il contenuto minimo essenziale del diritto di accesso, riconosciuto dalla Consulta in luogo della "soluzione più ampia (...), riferita ad una procedura di deposito".

In ordine alle **conseguenze derivanti dalla violazione del diritto** del difensore dell'indagato ad ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni e comunicazioni intercettate, i cui "brogliacci" siano stati depositati e resi accessibili allo stesso, l'A. stabilisce che questa dovrebbe determinare **la nullità**, a regime intermedio, degli atti compiuti dopo i cinque giorni dalla presentazione della richiesta di accesso, ove quest'ultima sia preordinata all'esercizio del diritto di difesa nell'ambito delle attività propedeutiche alla formazione degli stessi. Tale conclusione, ad avviso dell'A., sembrerebbe discendere direttamente dalla ragione che ha determinato la Corte ad emettere la pronuncia di accoglimento della questione di legittimità costituzionale: il riconoscimento del diritto all'accesso alle registrazioni, secondo il Giudice delle leggi, è imposto dall'esigenza di garantire "**la piena tutela del diritto di difesa**" (oltre che del principio di parità delle parti nel processo). Ha richiamato a tal fine quanto affermato in dottrina (DE AMICIS, *Appunti per una ricostruzione sistematica del diritto alla consultazione degli atti processuali*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 984) secondo cui "*quando la legge riconosce espressamente il diritto al rilascio di copia, (...) gli atti eventualmente compiuti senza che alla parte sia stata previamente consentita l'acquisizione delle copie richieste sono da ritenere irrimediabilmente viziati da nullità, poiché la violazione dell'interesse ad ottenere copia degli atti del procedimento refluiscie direttamente sull'esercizio del diritto di difesa*". In ogni caso, osserva l'A., l'invalidità dovrebbe ritenersi sanata anche se la richiesta del rilascio di copia delle registrazioni sia stata soddisfatta oltre il termine di **cinque giorni**, qualora il difensore dell'indagato abbia comunque potuto ottenere la trasposizione di queste su nastro magnetico **in tempo utile** prima del compimento dell'atto (interrogatorio, udienza della procedura di riesame, ecc.) in relazione al quale la disponibilità del precisato supporto è strumentale all'effettività dell'esercizio del diritto di difesa.

Sulle difficoltà applicative della decisione della Consulta si appunta anche il commento di **ILLUMINATI**, *Accesso alle intercettazioni utilizzate in sede cautelare e diritto di copia*, in *Giur. cost.* 2008, 5, pag. 3761. L'A. fa notare che il diritto della difesa di conoscere l'effettivo contenuto delle conversazioni, che costituiscono gli elementi su cui si è basato il provvedimento cautelare, mal si sposa con la procedura di deposito dei verbali e delle registrazioni previsto dall'art. 268 comma 4 c.p.p., che non ha soltanto la funzione di far conoscere anticipatamente al difensore il contenuto delle intercettazioni disposte dal pubblico ministero, ma principalmente prelude - nell'intenzione del legislatore - ad una complessa procedura di acquisizione agli atti del procedimento, procedura destinata a depurare i risultati dell'operazione dalle conversazioni manifestamente irrilevanti o comunque inutilizzabili, oltre ad assicurarne la genuinità. Si vuole con ciò impedire che, in spregio alla segretezza delle comunicazioni, pur sempre costituzionalmente tutelata, possano essere rese pubbliche notizie la cui conoscenza non risulta utile per l'accertamento dei fatti, o raccolte addirittura in violazione delle garanzie legali richieste dall'art. 15 Cost. Ed è per questo che la legge prevede un'apposita udienza in camera di consiglio, con la partecipazione del pubblico ministero e dei difensori, nella quale le parti sono chiamate ad indicare le conversazioni che reputano rilevanti, di cui chiedono l'acquisizione, e nella quale il giudice deve provvedere a stralciare, in via preventiva, ciò che non può essere acquisito. Al termine dell'udienza viene disposta la trascrizione integrale, mediante perizia, delle sole registrazioni che possono essere utilizzate. Soltanto a questo punto i difensori sono autorizzati ad estrarre copia delle trascrizioni e a fare eseguire la trasposizione delle registrazioni su nastro magnetico. Prima dell'udienza hanno la facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni, ma **non di averne copia** (art. 268 comma 6 c.p.p.). Questo per evitare che possa restare in circolazione la documentazione di conversazioni di cui ancora si deve verificare l'ammissibilità, e che potrebbe anche essere destinata

alla distruzione (artt. 269 comma 2 e 271 comma 3 c.p.p.). Dunque la riservatezza deve cedere di fronte al diritto di difesa, ma se ne limita la portata, dal momento che i difensori possono soltanto **prendere conoscenza** del contenuto delle intercettazioni, ma di esso - almeno in teoria - non deve restare altra traccia, oltre alla documentazione originale, **prima dell'udienza di stralcio**. In tale prospettiva, non sarebbe giustificata l'affermazione che si legge nella sentenza della Corte costituzionale, secondo cui qualora sia stata applicata una misura cautelare sarebbero del tutto venute meno, in riferimento alle comunicazioni poste alla base del provvedimento, le eventuali ragioni di riservatezza. Ciò è indubbiamente vero per le esigenze di segretezza delle indagini, ma non altrettanto per la riservatezza, posto che l'utilizzazione (provvisoria) delle trascrizioni effettuate dalla polizia non esclude che nella sede appropriata le intercettazioni possano successivamente essere in tutto o in parte stralciate e perciò sottratte alla divulgazione.

Interessante è la prospettiva di analisi, benché precedente all'intervento della Consulta, di **FANUELE**, *Circa l'utilizzabilità de libertate delle annotazioni riassuntive redatte dalla polizia e relative a conversazioni telefoniche intercettate*, in *Cass. pen.* 2003, pag. 195. L'A., commentando la giurisprudenza che esclude la necessità, con riferimento all'ipotesi in cui il p.m. ritenga di richiedere una misura cautelare personale durante le indagini preliminari, che questi alleggi alla domanda cautelare la registrazione relativa alle operazioni d'intercettazione, ritiene tale esegesi non più accettabile dopo la **riforma del sistema probatorio operata dalla legge 1 marzo 2001, n. 63**, oltre non rispettosa del tutto del diritto di difesa della persona sottoposta ad indagini - diritto che, invece, dovrebbe essere tutelato più rigorosamente laddove si tratti dell'uso di uno strumento, quale le intercettazioni telefoniche, gravemente invasivo di libertà e segretezza delle comunicazioni interpersonali (v. art. 15 Cost.), tanto più qualora il risultato delle medesime venga utilizzato per l'emissione di provvedimenti restrittivi della libertà personale (cfr. art. 13 Cost.). La Cassazione avrebbe trascurato completamente le «nuove» regole probatorie in tema di valutazione dei gravi indizi di colpevolezza, ai fini dell'applicabilità di una misura cautelare personale, di cui al comma 1-bis dell'art. 273 c.p.p., che ha richiamato l'applicazione, tra le altre disposizioni, dell'art. 271 comma 1. Con tale rinvio, il legislatore sembra aver voluto stabilire che, per poter utilizzare i risultati delle intercettazioni telefoniche ai fini cautelari, occorre accertare che le operazioni relative siano avvenute nel rispetto degli artt. 267 e 268 commi 1 e 3 e quindi anche delle relative regole esecutive. Ciò avrebbe tolto spazio, ad avviso dell'A., all'interpretazione giurisprudenziale secondo cui si può porre a fondamento di provvedimenti restrittivi della libertà personale l'annotazione riassuntiva della polizia giudiziaria relativa al contenuto di conversazioni intercettate, **senza accompagnarla con le relative registrazioni**. E' invero comminata l'inutilizzabilità anche per le violazioni inerenti al *quomodo* di ricerca e acquisizione della prova ed in particolare, alla **manca verbalizzazione** relativa alle operazioni ed al **difetto di registrazione delle comunicazioni** (come è dato desumere dal rinvio all'art. 268 comma 1 c.p.p.). Non pare quindi - aggiunge l'A. - **potersi più presumere** l'avvenuta verbalizzazione e registrazione delle conversazioni intercettate: oggi, in virtù del «nuovo» comma 1-bis dell'art. 273, è inevitabile ritenere che, proprio per consentire al giudice di controllare se sia stata rispettata o no la disposizione dell'art. 268 comma 1, il p.m., ove voglia che il giudice valuti, ai fini cautelari, i risultati dell'intercettazione, debba **allegare alla domanda i verbali e le registrazioni delle operazioni**.

In sostanza, per l'A., il citato comma 1-bis non può non essere collegato sistematicamente con l'art. 291 c.p.p., per l'elementare considerazione secondo cui la valutazione del giudice dipende dal contenuto della richiesta del p.m. e dagli elementi posti a fondamento della stessa. La **manca produzione del verbale e della registrazione** delle conversazioni intercettate, di fatto, **renderebbe impossibile l'applicazione dell'art. 271 comma 1**, nel senso che il giudice non può controllare la **validità del «risultato» probatorio** sulla base di questa stessa disposizione. Circa l'utilizzabilità dei brogliacci di ascolto, l'A. evidenzia che, in mancanza delle registrazioni delle conversazioni, il gip non sarebbe in condizione di cogliere realmente «il significato indiziante» di queste ultime: il nastro - che «assicura» la voce dell'interlocutore (così come, ad es., il sequestro con il quale si acquisisce il «corpo del reato») - offre al giudice un dato conoscitivo obiettivo, direttamente valutabile senza che occorra l'intermediazione di altre persone. Pertanto, proprio perché ritenute carenti del grado minimo d'attendibilità necessaria ai fini d'una valutazione, in chiave probabilistica, circa la colpevolezza della persona sottoposta alle investigazioni penali, il legislatore, con il nuovo comma 1-bis cit., avrebbe voluto stabilire a priori, l'inutilizzabilità dei soli verbali in forma riassuntiva delle operazioni d'intercettazione senza la relativa documentazione fonica.

Conseguentemente, l'A. sostiene che se la disposizione contenuta nel comma 1-bis dell'art. 273 c.p.p. è destinata, anzitutto, al giudice ai fini della decisione sulla domanda cautelare: è sufficiente, per consentire il controllo giurisdizionale in ordine a questa stessa, che il p.m. alleggi alla medesima la documentazione relativa alle modalità di svolgimento ed al contenuto delle intercettazioni, senza, però, essere obbligato anche a depositare la stessa a disposizione del difensore; se, poi, il giudice adotta una misura cautelare personale, il deposito degli atti, con relativo avviso al difensore, è dovuto, invece, ai sensi dell'art. 293 comma 3 c.p.p. Seguendo questa tesi, ne deriva altresì che, poiché il p.m., ai sensi dell'art. 293 comma 3 (così come integrato dall'art. 10 l. 8 agosto 1995, n. 332) dovrà necessariamente aver depositato, presso la cancelleria del giudice che ha emesso la misura, la richiesta nonché «gli atti presentati con la stessa» - questi ultimi dovranno essere inviati dall'autorità giudiziaria procedente, entro il termine perentorio di cinque giorni, al tribunale del riesame (art. 309 comma 5).

Questa soluzione consentirebbe, successivamente all'emissione del provvedimento coercitivo, la conoscenza della documentazione relativa all'intercettazione, da parte della difesa, necessaria per consentire l'esercizio dell'attività difensiva in ordine alla stessa, così da presentarsi davanti al giudice, in condizione di parità con l'accusa, come prevede la Costituzione all'art. 111 comma 2.



**Cass. Sez. Un. 21 gennaio 2010 (dep. 13 maggio 2010), n. 18288, p.g. in proc. Beschi, rv 246651**

*Il mutamento di giurisprudenza, intervenuto con decisione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata. (La Corte ha precisato che tale soluzione è imposta dalla necessità di garantire il rispetto dei diritti fondamentali della persona in linea con i principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il cui art. 7, come interpretato dalle Corti europee, include nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale).*

Omissis

## DIRITTO

1- La *quaestio iuris* rimessa alla valutazione delle Sezioni Unite può essere così sintetizzata: “se il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni Unite renda ammissibile o no la riproposizione della richiesta di applicazione dell’indulto in precedenza rigettata”.

2- Nell’ambito della giurisprudenza di questa Suprema Corte, si riscontrano due diversi orientamenti, entrambi – in verità – formati su materie diverse da quella dell’applicazione dell’indulto.

Secondo un primo indirizzo interpretativo, assolutamente prevalente, il mutamento di giurisprudenza, in quanto non assimilabile al mutamento del dato normativo, non rappresenta un “elemento nuovo di diritto” idoneo a rendere ammissibile la riproposizione dell’istanza già in precedenza respinta dal giudice dell’esecuzione e a rimuovere la preclusione del c.d. “giudicato esecutivo” (cfr. Cass. sez. I 28/3/1995 n. 1876, Marchesi; sez. V 27/4/2004 n. 25079, Giovannini; sez. I 15/1/2009 n. 3736, P.M./Anello; sez. I 11/3/2009 n. 23817, Cat Berro).

L’altro orientamento afferma che la mutata interpretazione di una norma, specie se cristallizzata in una pronuncia delle Sezioni Unite, può integrare una nuova motivazione giuridica che legittima la riproposizione al giudice dell’esecuzione di una richiesta precedentemente rigettata (cfr. Cass. sez. V 24/2/2004 n. 15099, Aragno).

Sulla stessa lunghezza d’onda del primo indirizzo sono sintonizzate alcune decisioni di questa Suprema Corte in materia di “giudicato cautelare”, figura concettuale normativamente non prevista, costruita dalla giurisprudenza come preclusione di natura endoprocedurale, legittimata dal principio del *ne bis in idem* di cui all’art. 649 c.p.p. (cfr. Cass. S.U. 12/10/1993, Durante), sostanzialmente analoga, anche se non identica, a quella del “giudicato esecutivo”, dalla quale si differenzia, sul piano della disciplina normativa, per la mancanza di una apposita disposizione come quella di cui all’art. 666/2° c.p.p.. Il riferimento è alle sentenze 19/12/2006 n. 14535 (ric. Librato) delle Sezioni Unite e 26/11/2008 n. 1180 (ric. Elia) della Seconda Sezione penale, nelle quali si afferma che non “può valere a rimuovere l’effetto preclusivo il mero sopravvenire di una sentenza della Corte di Cassazione che esprime un indirizzo giurisprudenziale minoritario, diverso da quello seguito dall’ordinanza che ha già deciso la questione controversa”, e ciò perché “la nozione di fatto nuovo deve riservarsi ad eventi naturalistici o ad atti, documenti o prove ovvero a eventi legislativi o ad atti sostanzialmente equiparabili, capaci di incidere direttamente sul fatto concreto addebitato all’imputato (o all’indagato)”.

Sembra, invece, in linea col secondo indirizzo interpretativo Cass. sez. V 23/4/2002 n. 21344 (ric. De Biase), che, sempre in tema di giudicato cautelare, ha affermato che “può costituire fatto nuovo, idoneo a modificare il quadro indiziario già a suo tempo valutato e a legittimare istanza di revoca

della misura...il mutamento della giurisprudenza di legittimità” in materia di intercettazioni tra presenti espletate, in difetto di decreti esecutivi adeguatamente motivati, con impianti diversi da quelli in dotazione alla Procura della Repubblica.

In ogni caso, è fuori discussione che, nel procedimento di esecuzione come in quello di sorveglianza (per il richiamo fatto dall’art. 678 c.p.p. alla stessa disciplina), opera il principio della preclusione processuale derivante dal divieto del *bis in idem*, nel quale, secondo la giurisprudenza di legittimità, s’inquadra la regola dettata dal secondo comma dell’art. 666 c.p.p., che impone al giudice dell’esecuzione di dichiarare inammissibile la richiesta che sia mera riproposizione, in quanto basata sui “medesimi elementi”, di altra già rigettata (cfr. Cass. sez. I 15/1/2009 n. 3736; sez. III 30/9/2004 n. 44415; sez. III 5/12/1993 n. 5195; sez. V 15/12/2000 n. 770; sez. I 5/4/1996 n. 2259; sez. VI 26/11/1993 n. 3586; sez. V 20/10/1993; sez. I 14/10/1991 n. 3739; sez. I 23/5/1990 n. 1435).

Il problema di fondo che si pone, quindi, al di là del rilevato conflitto giurisprudenziale, peraltro molto circoscritto, è individuare l’esatta portata e i limiti di operatività della detta preclusione.

**3-** In linea generale, rileva la Corte che impropriamente si evoca, in relazione ai provvedimenti adottati dal giudice dell’esecuzione, il concetto di giudicato, così come elaborato con riferimento al processo di cognizione.

Vana si rivela la ricerca, nell’ambito del codice di rito, salva la precisazione di cui si dirà in seguito, di una norma da cui desumere l’efficacia preclusiva delle decisioni adottate dal giudice dell’esecuzione, le quali sono revocabili e, come tali, insuscettibili di passare in giudicato, posto che la competenza cognitiva di detto giudice ha carattere provvisorio.

Non può, invero, ignorarsi il divario strutturale tra giudizio di cognizione e giudizio di esecuzione, tenuto conto delle peculiarità “di accertamento giudiziale a contenuto limitato” di quest’ultimo, le quali ostano ad una trasposizione *tout court* di concetti e istituti propri del processo penale di cognizione, contraddistinto dall’accertamento del fatto oggettivo e della sua riferibilità all’imputato. La circostanza che nel procedimento di esecuzione non si ha mai un giudizio di merito sul fatto comporta necessariamente una diversa regolamentazione dell’efficacia preclusiva della decisione, nel senso che le richieste del soggetto interessato sono – di norma – suscettibili di essere riproposte in qualsiasi momento, con il solo limite, previsto dall’art. 666/2° c.p.p., che la nuova istanza non costituisca mera riproposizione di altra già rigettata, basata sui “medesimi elementi”.

Con tale limite si è inteso creare, per arginare richieste meramente dilatorie, un filtro processuale, ritenuto dal legislatore delegato necessario in un’ottica di economia e di efficienza processuale e concepito sull’esempio di quanto già legislativamente previsto in tema di procedimento di sorveglianza (art. 71*sexies* della legge 27/7/1975 n. 354, nel testo modificato dalla legge 12/1/1977 n. 1). La *ratio* della richiamata disposizione è resa, peraltro, esplicita dalla relazione al Progetto preliminare del vigente codice di procedura penale, nella quale si sottolinea che i presupposti di operatività della preclusione sono rigorosamente delimitati, al fine di evitare valutazioni sommarie che possano pregiudicare i diritti dell’interessato.

Si colloca così in questa prospettiva la nozione di “giudicato esecutivo”, impiegata non in senso tecnico ma in senso convenzionale, per certificare il limitato effetto “autoconservativo” di un accertamento *rebus sic stantibus*. Più correttamente la stabilizzazione giuridica di siffatto accertamento deve essere designata con il termine “preclusione”, proprio al fine di rimarcarne le differenze con il concetto tradizionale di giudicato.

**4-** La norma di cui all’art. 666/2° c.p.p. inibisce, quindi, soltanto la reiterazione *in executivis* di una richiesta basata sui “medesimi elementi” di altra già rigettata.

La verifica del *repetita in idem* non può prescindere da una comparazione tra le due richieste, per stabilire se la seconda, pur avendo ad oggetto lo stesso *petitum*, faccia leva o no su presupposti di fatto e/o su motivi di diritto diversi da quelli in precedenza apprezzati e, nell’affermativa, ritenerla conseguentemente ammissibile e non paralizzata dall’operatività della preclusione.

Nel caso in esame, la situazione di fatto è rimasta certamente immutata e non viene, pertanto, in rilievo.

L'elemento di novità è rappresentato dalla decisione 10/7/2007 n. 36527 delle Sezioni Unite, che, modificando l'orientamento in senso negativo fino ad allora espresso dalla quasi unanime giurisprudenza di legittimità, hanno ritenuto applicabile l'indulto anche alle persone condannate all'estero e trasferite in Italia per l'espiazione della pena con la procedura stabilita dalla Convenzione di Strasburgo 21/3/1983. A tale conclusione le Sezioni Unite sono pervenute, interpretando detta Convenzione in maniera conforme alle direttive della Convenzione di Vienna 23/5/1969 sul diritto dei trattati e ai principi della Costituzione, ai quali aveva fatto riferimento la sentenza n. 73/2001 del Giudice delle leggi, nel ricostruire il sistema e nel cogliere lo spirito della Convenzione del 1983.

Si tratta di stabilire se il mutamento di giurisprudenza ad opera del massimo Organo di nomofilachia possa costituire quell'elemento di novità idoneo a superare la preclusione del c.d. "giudicato esecutivo".

La soluzione positiva, per quanto si preciserà di qui a poco, è imposta dall'obbligo del giudice nazionale di interpretare la normativa interna in senso conforme alle previsioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nel significato ad esse attribuito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (cfr. C. Cost. 24/10/2007 n. 349; C. Cost. 24/7/2009 n. 239). Occorre quindi verificare quali siano le implicazioni dell'obbligo di interpretazione conforme in rapporto al principio di legalità, sancito, in materia penale, dall'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

**5-** L'ordinanza impugnata fa leva sulla locuzione normativa "medesimi elementi", nella quale, per la sua genericità, devono ritenersi compresi anche gli elementi di diritto; considera, quindi, come "nuovi elementi" anche i "motivi di diritto diversi da quelli già presi in considerazione", li individua essenzialmente nelle questioni giuridiche esaminate e risolte dalla sentenza n. 36527/'08 delle Sezioni Unite, ritiene mero "esercizio dialettico" la distinzione tra "ragioni di diritto" e "argomenti di diritto".

Tale criterio ermeneutico, affidato al mero dato semantico, appare riduttivo e non soddisfa appieno, perché, ravvisando il *novum* in qualsiasi diversa "ragione" o "argomento di diritto", senza alcun'altra specificazione, sterilizza ogni effetto della prevista preclusione e conduce a conseguenze inaccettabili, eventualmente anche *in malam partem*.

D'altronde, pure la doglianza del P.G. ricorrente, incentrata sulla sottile distinzione tra "principio di diritto" e "argomento di diritto", non coglie nel segno, considerato che: a) definisce "argomento di diritto" quello che il codice di rito qualifica "questione di diritto" (art. 627/3°) o "principio di diritto" (art. 173 disp. att.), concetti questi ultimi due che dall'*argomento* sono resi espliciti e con esso sostanzialmente si identificano; b) elude il vero problema di fondo, che è quello del rapporto tra legge e giurisprudenza o – meglio – tra norma e interpretazione e si attesta unicamente sulla visione tradizionale della irrilevanza del mutamento giurisprudenziale.

S'impone, invece, una interpretazione sistematica dell'art. 666/2° c.p.p. alla luce delle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), con particolare riferimento al principio di legalità penale di cui all'art. 7, così come interpretato dalla giurisprudenza comunitaria, in modo da soddisfare l'esigenza di una interazione dialogica tra attività ermeneutica del giudice nazionale e di quello europeo, nella prospettiva della più completa tutela dei diritti fondamentali della persona.

**6-** L'art. 7 CEDU, pur enunciando formalmente il solo principio di irretroattività, è stato interpretato dalla giurisprudenza e dalla dottrina nel senso che esso delinea, nell'ambito del sistema europeo di tutela dei diritti dell'uomo, i due fondamentali principi penalistici *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*.

Il principio di legalità permea di sé l'intero impianto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, molteplici essendo le disposizioni di questa che richiamano il concetto di legalità o la nozione di legge. Tale nozione è la stessa in ogni previsione convenzionale, perché "essa rinvia al principio di legalità, che è un fondamento di ogni società democratica e patrimonio comune degli Stati membri del Consiglio d'Europa".

La richiamata norma, apparentemente "debole" e scarsamente "incisiva" rispetto ai connotati degli ordinamenti penali continentali (riserva di legge, irretroattività, determinatezza, divieto di analogia),

presenta, in realtà, contenuti particolarmente qualificanti, resi progressivamente espliciti dalla giurisprudenza della Corte europea, che ha esteso la portata della disposizione, includendovi il principio di determinatezza delle norme penali, il divieto di analogia *in malam partem* (cfr. sentenza n. 32492/96, caso Coeme e altri c/ Belgio), il principio implicito della retroattività della legge meno severa (sentenza Grande Camera 17/9/2009, caso Scoppola c/ Italia), e ha enucleato dal sistema della Convenzione un concetto di “legalità materiale”, in forza del quale possono raggiungersi livelli garantistici, per certi aspetti, più elevati di quelli offerti dall’art. 25 della Costituzione.

La Corte europea ha saputo “distillare dalla disposizione dell’art. 7 il condensato dei più importanti principi espressivi della civiltà giuridica europea”, conciliando, all’interno di una realistica visione del principio di legalità, aspetti peculiari di ordinamenti giuridici diversi.

In considerazione delle differenze che intercorrono, sul piano del sistema delle fonti del diritto, tra gli ordinamenti di *common law* e quelli di *civil law*, il principio convenzionale di legalità è stato inteso, per così dire, in senso “allargato”.

Per effetto dell’esplicito riferimento al “diritto” (“*law*”) – e non soltanto alla “legge” – contenuto nell’art. 7, la giurisprudenza di Strasburgo, infatti, ha inglobato nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale, riconoscendo al giudice un ruolo fondamentale nella individuazione dell’esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati: quello legislativo e quello interpretativo (cfr. sentenze della Corte di Strasburgo 24/4/1990, caso Kruslin c/ Francia; 12/2/2008, caso Kafkaris c/ Cipro; 15/11/1996, caso Cantoni c/ Francia; 25/5/1993, caso Kokkinakis c/ Grecia).

Tale visione sostanziale del principio di legalità si confronta peraltro, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, con particolari condizioni qualitative, quali l’accessibilità della norma penale e la ragionevole prevedibilità delle sue conseguenze (cfr. sentenze Corte europea Cantoni c/ Francia succitata; 22/11/1995, caso S.W. e C.R. c/ Regno Unito; 29/3/2006, caso Achour c/ Francia).

Con le recenti sentenze 17/9/2009 (caso Scoppola c/ Italia) e 8/12/2009 (caso Previti c/ Italia), la Corte europea, dopo avere ribadito i principi consolidati in merito alla nozione di diritto, ha affermato che “a causa del carattere generale delle leggi, il testo di queste... non può presentare una precisione assoluta”, posto che si serve di “formule più o meno vaghe la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla pratica; pertanto, in qualsiasi ordinamento giuridico, per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione di legge, ivi compresa una disposizione di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria...; del resto, è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte della Convenzione che la giurisprudenza... contribuisce necessariamente all’evoluzione progressiva del diritto penale”.

Né va sottaciuto che la Corte di Strasburgo, in relazione agli obblighi imposti agli Stati dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, ha ravvisato: a) la violazione del diritto alla libertà e alla sicurezza, tutelato dall’art. 5 della stessa Convenzione, per la ritardata liberazione di un detenuto, al quale solo con notevole ritardo era stato concesso l’indulto, a causa di dubbi interpretativi circa la sua applicabilità (cfr. sentenza 10/7/2003, caso Grava c/ Italia); b) la violazione del diritto al processo equo, tutelato dall’art. 6 della Convenzione, in caso di divergenze profonde e persistenti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione sulla interpretazione di una determinata disposizione legislativa, senza la previsione di meccanismi idonei a rimediare a tale situazione (cfr. sentenza 2/7/2009, caso Iordan Iordanov c/ Bulgaria). E’ evidente, l’implicito rilievo allegato, anche in tali casi concreti, al c.d. “diritto giurisprudenziale”, evocato anche dalla sentenza 8/2/2007 della Corte di giustizia (caso Groupe Danone c/ Commissione delle Comunità europee), che ha delineato una dimensione innovativa del principio di irretroattività, ritenendolo applicabile anche alla nuova interpretazione in senso sfavorevole di una norma, interpretazione non ragionevolmente prevedibile nel momento della commissione dell’infrazione.

7- Riassuntivamente deve, quindi, affermarsi che, secondo l’orientamento della Corte di Strasburgo, il processo di conoscenza di una norma presuppone, per così dire, “una relazione di tipo

concorrenziale” tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum*, che coniughi tale dato con l’atteggiarsi della relativa prassi applicativa. Il giudice riveste un ruolo fondamentale nella precisazione dell’esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l’interpretazione che ne viene data. La struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall’attività “concretizzatrice” della giurisprudenza.

In definitiva, il sistema convenzionale, pur dando grande risalto al principio di legalità, “non ne assolutizza l’ambito valoriale, con la conseguente prevalenza del dato formale su quello propriamente giurisprudenziale”, ma, nella prospettiva di salvaguardare la specificità delle tradizioni costituzionali all’interno di un sistema di diritto comune tendenziale, ritiene complementari i due dati, che si integrano tra loro, con la conseguenza che gli elementi qualitativi dell’accessibilità e della prevedibilità di cui parla la Corte si riferiscono non tanto all’astratta previsione legale quanto alla norma “vivente”, risultante dall’applicazione e dall’interpretazione dei giudici.

**8-** La posizione della Corte europea sulla portata e sui margini di legittimità del c.d. “diritto vivente” non sembra, d’altra parte, discostarsi molto da quanto in proposito affermato dalla Corte Costituzionale.

Il Giudice delle leggi, con la sentenza n. 276/1974, aveva fatto ricorso per la prima volta al sintagma “diritto vivente”, per focalizzare, con incisiva sintesi lessicale, una figura già elaborata in precedenti decisioni, e più esattamente quella della “norma non quale appare proposta in astratto, ma quale è operante nella quotidiana applicazione dei giudici” (sent. n. 3/1956) e “come vive nella realtà concreta” (sent. n. 198/1972). E’ al “diritto vivente”, infatti, che il Giudice delle leggi fa riferimento, per definire propriamente l’oggetto del sindacato di costituzionalità, rinunciando a imporre la propria libertà interpretativa e ritenendosi vincolato all’esegesi dei giudici ordinari.

La nozione di “diritto vivente” è correlata a quella di giurisprudenza consolidata o giurisprudenza costante, con particolare riguardo alle pronunce della Corte di Cassazione, in ragione del compito di nomofilachia alla stessa assegnato dall’ordinamento giudiziario. Tali pronunce meritano una considerazione preminente, perché sono il frutto del lavoro esegetico della Corte Suprema, finalizzato a garantire “quella sintesi imprescindibile per scongiurare il prodursi di disarmonie che offendono la fondamentale esigenza di uguaglianza dei cittadini”. Per le decisioni di legittimità predomina sul “criterio quantitativo” quello “qualitativo del grado” e della funzione rivestiti dall’Autorità Giudiziaria da cui promana la scelta interpretativa, con la conseguenza che è sufficiente “anche una sola decisione della Corte di legittimità in presenza di interpretazioni contrastanti, per determinare il vincolo del diritto vivente, specie se pronunciata a Sezioni Unite”, posto che queste risolvono questioni di diritto di speciale importanza, dirimono contrasti insorti o anche potenziali tra le decisioni delle singole sezioni, a superamento del pluralismo ermeneutico e nella prospettiva costituzionalmente orientata all’affermazione dei principi di legalità e di uguaglianza (cfr. C. Cost. sentenze n. 317/2009, n. 260/1992, n. 292/1985, n. 34/1977).

Il diritto vivente postula, quindi, la mediazione accertativa della giurisprudenza, nel senso che deve riconoscersi ai giudici un margine di discrezionalità, che comporta una componente limitatamente “creativa” della interpretazione, la quale, senza varcare la “linea di rottura” col dato positivo ed evadere da questo, assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima.

Come acutamente osserva l’ordinanza di rimessione della prima sezione penale, “un segnale del valore che la giurisprudenza finisce per assumere nella stessa produzione legislativa potrebbe cogliersi infine nella legge n. 69 del 2009, che fa dei principi giurisprudenziali criteri di delega allorché prevede ad esempio (art. 44) che <il Governo è delegato ad adottare... uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai Tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle giurisdizioni superiori>”.

**9-** Le considerazioni sin qui svolte legittimano la conclusione che l'obbligo di interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo impone di includere nel concetto di nuovo "elemento di diritto", idoneo a superare la preclusione di cui al secondo comma dell'art. 666 c.p.p., anche il mutamento giurisprudenziale che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite di questa Suprema Corte, carattere di stabilità e integra il "diritto vivente".

Tale operazione ermeneutica si rende necessaria ed è doverosa nel caso in cui è funzionale a garantire il rispetto di diritti fondamentali, riconosciuti anche da norme comunitarie o sopranazionali a carattere imperativo, di fronte ai quali la citata preclusione, che – come si è detto – ha natura e funzione diverse dal giudicato, non può che essere recessiva.

Nel caso concreto, la sentenza "Napoletano" delle Sezioni Unite, dando applicazione a norme internazionali pattizie che lo Stato s'era impegnato a rispettare e coordinando con queste la normativa interna, ha privilegiato, modificando così il precedente orientamento della giurisprudenza di legittimità, la scelta interpretativa dell'applicabilità dell'indulto anche alle persone condannate all'estero e trasferite in Italia per l'espiazione della relativa pena.

L'intervento delle Sezioni Unite, chiarendo il contenuto del messaggio normativo e offrendo stabilità al medesimo, legittimamente può essere evocato a fondamento di una nuova richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata.

La fase esecutiva di una condanna, invero, è disciplinata da regole, per così dire, flessibili, che tengono conto della dinamica connessa alla funzione rieducativa della pena e alla risocializzazione del condannato (si pensi all'accesso alle misure alternative alla detenzione), con l'effetto che deve escludersi qualunque preclusione in una situazione in cui una precedente decisione negativa di applicazione dell'indulto, non coperta da giudicato in senso proprio, riposi su una lettura della corrispondente normativa, riconosciuta, in seguito, non in linea con norme internazionali pattizie, nonché lesiva – come nella specie – del diritto fondamentale della persona alla libertà. In tale ipotesi s'impone, alla luce del *novum* interpretativo, diventato "diritto vivente", la rivalutazione della posizione del condannato.

Diversamente opinando, si negherebbe, come icasticamente si esprime, nella sua requisitoria scritta, il P.G. presso questa Corte, il "minimo etico" del processo penale: si violerebbe cioè il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione, perché si determinerebbe una irragionevole disparità di trattamento tra condannati per reati dello stesso tipo, commessi tutti prima della data di operatività dell'indulto. Può, inoltre, aggiungersi che il mancato ossequio alla normativa comunitaria richiamata dalla sentenza "Napoletano" delle Sezioni Unite e all'art. 7 della Convenzione europea sui diritti umani, così come interpretato dalla giurisprudenza europea, comporterebbe anche la violazione dell'art. 117/1° della Costituzione, che, sebbene formalmente indirizzato al legislatore, enuncia un principio generale di fedeltà del nostro Paese agli impegni internazionali validamente assunti, da cui deriva sia l'esigenza di una interpretazione delle norme interne conforme agli obblighi internazionali, sia l'esigenza di prevenire eventuali giudizi di responsabilità a carico dello Stato italiano per violazione di quegli obblighi, assicurando tempestivamente, in tal modo, la tutela dei diritti e delle libertà all'interno del proprio sistema giuridico.

**10-** E' il caso, tuttavia, di precisare che, tenuto conto dei principi generali che ispirano il sistema penale, non qualsiasi mutamento giurisprudenziale, che attribuisce carattere di novità ad una determinata *quaestio iuris*, legittima, come puntualmente rilevato dal P.G. presso questa Corte, il superamento della preclusione di cui al secondo comma dell'art. 666 c.p.p..

Non lo consente certamente una diversa e nuova interpretazione *contra reum* di norme sostanziali, considerato che tanto la legge nazionale (artt. 25 Cost. e 2 c.p.) quanto l'art. 7 della Convenzione europea sanciscono il principio della irretroattività delle norme sfavorevoli al reo (e, per quanto detto, della mutata interpretazione più sfavorevole).

**11-** Deve ancora osservarsi che sarebbe certamente non conforme al diritto comunitario l'interpretazione del secondo comma dell'art. 666 c.p.p. nel senso propugnato dal P.G. ricorrente: preclusione rigida a rimettere in discussione questioni di diritto già decise, pur se rivelatesi

successivamente in contrasto con norme comunitarie e con convenzioni che vincolano gli Stati membri.

E' vero che la Corte di giustizia delle Comunità europee ha sempre affermato, con riferimento al rapporto tra l'applicazione delle norme comunitarie e l'autorità del giudicato, che il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 del Trattato CE non impone al giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione; ha sempre rammentato, inoltre, l'importanza che il principio dell'autorità del giudicato assume nell'ordinamento giuridico comunitario e in quello nazionale, perché finalizzato a garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia ( cfr. sentenza Corte di giustizia 16/3/2006, causa C-234/04, Kapferer).

Non può però sottacersi che la disposizione processuale qui esaminata, per le considerazioni più sopra sviluppate, non pone un problema di giudicato in senso proprio, ma una preclusione alla "mera riproposizione di una richiesta già rigettata, basata sui medesimi elementi", sicché, in difetto di tale presupposto ben circoscritto, è consentito il riesame della posizione della persona interessata alla tutela di un suo diritto fondamentale, ponendo così rimedio ad eventuali violazioni del diritto interno o comunitario, evidenziate da un diverso, successivo e stabilizzato orientamento ermeneutico. L'individuato limite di operatività del presupposto impeditivo garantisce anche l'effettività dell'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario.

D'altra parte, la stessa Corte di giustizia non ha mancato di sottolineare, in tema di giudicato civile (art. 2909 c.c.), che lo stesso non opera, ove vengano in questione principi che disciplinano il riparto delle competenze tra gli Stati membri e la Comunità in materia di aiuti di Stato, che, in quanto erogati in contrasto con il diritto comunitario, non sarebbero più recuperabili (sentenza 18/7/2007, causa C-119/05). In altra causa in materia di imposta sul valore aggiunto, il Giudice europeo ha ritenuto che l'interpretazione da parte della Corte di Cassazione del principio dell'autorità della cosa giudicata di cui all'art. 2909 c.c. (efficacia vincolante del giudicato esterno formatosi su un punto fondamentale comune ad altra causa relativa a un diverso periodo fiscale) si pone in contrasto con il principio di effettività dell'applicazione delle norme comunitarie disciplinanti la detta imposta (sentenza 3/9/2009, causa C-2/08).

Si vuole, in sostanza, evidenziare che la giurisprudenza europea, pur riconoscendo – in via generale – la rilevanza del giudicato nazionale, ne relativizza, per così dire, il valore in situazioni particolari in cui le corrispondenti modalità di attuazione siano strutturate in modo tale da rendere impossibile o eccessivamente difficile il concreto esercizio di diritti previsti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività).

E' agevolmente intuibile, quindi, che un'opzione interpretativa diversa da quella privilegiata circa l'ambito operativo della preclusione di cui all'art. 666/2° c.p.p. non garantirebbe il principio di effettività del rispetto delle norme comunitarie e si porrebbe in conflitto con queste.

**12-** A conclusione di tutti i precedenti rilievi esegetici ritengono le Sezioni Unite che può enunciarsi il seguente principio di diritto: *“Il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni Unite, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata”*.

### *Omissis*

La soluzione adottata dalle Sezioni Unite era già stata propugnata in relazione alle istanze presentate al giudice dell'esecuzione da **Cass. Sez. V 24 febbraio 2004, n. 15099, Aragno, rv 228764**, la quale aveva affermato che *«l'inammissibilità prevista dall'art. 666, comma secondo, cod. proc. pen. - nell'ipotesi in cui l'istanza dell'interessato si risolva in una mera riproposizione di una richiesta, fondata sui medesimi presupposti di fatto e sulle stesse ragioni di diritto, già rigettata dal giudice dell'esecuzione - deve essere icu oculi evidente. Ne deriva che è illegittima la dichiarazione di inammissibilità dell'istanza proposta, ex art. 673 cod. proc. pen. (revoca della sentenza per abolizione del reato), che richiami un precedente delle Sezioni Unite, successivo alla pregressa declaratoria del giudice dell'esecuzione, in quanto, in tale ipotesi, non ricorrono i presupposti dell'identità dei motivi che legittimano*

*l'inammissibilità de plano, trattandosi di questioni nuove, in quanto tali, necessariamente suscettibili di essere valutate prima della relativa declaratoria».*

Il mutamento di indirizzo giurisprudenziale sull'applicabilità dell'indulto alle pene irrogate all'estero ed espiate in Italia è quello segnato da Cass. Sez. Un. 10 luglio 2008, n. 36527, Napoletano, rv 240399, per cui «l'indulto si applica anche alle persone condannate all'estero e trasferite in Italia per l'espiazione della pena con la procedura stabilita dalla Convenzione di Strasburgo del 21 marzo 1983 sul trasferimento delle persone condannate, ratificata e resa esecutiva con legge 25 luglio 1988 n. 334». Così decidendo, la Corte aveva disatteso l'univoco orientamento della giurisprudenza di legittimità che si era espresso nel senso dell'inapplicabilità di tale beneficio alle persone trasferite in Italia per l'espiazione della pena con la procedura stabilita dalla Convenzione di Strasburgo del 21 marzo 1983 (Cass. Sez. 1, n. 3055 del 22 giugno 1994, P.G. in proc. Pileggi, Rv. 198914; Cass. Sez. 4, n. 3688 del 14 dicembre 2000, Di Cesare, Rv. 217967; Cass. Sez. 1, n. 17583 del 23 gennaio 2007, Cutrona, Rv. 236510; Cass. Sez. 1, n. 19076 del 14 marzo 2007, P.G. in proc. Poma, Rv. 238434; Cass. Sez. 6, n. 17804 del 21 marzo 2007, Melina, Rv. 236583; Cass. Sez. 1, n. 42420 del 31 ottobre 2007, Adesso, Rv. 237971; Cass. Sez. 1, n. 10266 del 29 gennaio 2008, Nogarin, Rv. 239562). Tale indirizzo aveva escluso l'applicabilità dell'indulto facendo leva su di una letterale interpretazione dell'art. 12 della Convenzione di Strasburgo che stabilisce che ciascuna Parte può accordare la grazia, l'amnistia o la commutazione della condanna conformemente alla propria Costituzione o ad altre leggi, non menzionando invece l'indulto. Si era ritenuta tra l'altro non praticabile una interpretazione estensiva della norma, tenuto conto da un lato delle peculiarità di tale ultimo istituto, non assimilabile ai benefici espressamente previsti, e dall'altro, dell'obbligo dello Stato di esecuzione di rispettare – salvo obiettive incompatibilità - la pena così come determinata dallo Stato di condanna.

Questi argomenti sono stati superati dalle Sezioni unite, che hanno rilevato *in primis* l'erronea premessa di fondo sulla quale si era formato il predetto orientamento: la non menzione dell'indulto. La Corte, facendo buon governo dei principi in tema di interpretazione dei trattati codificati dalla Convenzione di Vienna, ha ricordato che l'interpretazione letterale delle norme convenzionali deve conferire al testo il significato "comune" dei termini, rifuggendo pertanto da esegesi unilaterali. Pertanto, ha ritenuto che impropriamente erano stati catalogati i tre provvedimenti di tipo clemenziale (amnesty, pardon, commutation/ grâce, amnistie, commutation) previsti dall'art. 12 cit. negli istituti dell'amnistia, la grazia e la commutazione come previsti dal nostro ordinamento. La Corte ha dimostrato infatti che negli ordinamenti di alcuni Stati aderenti alla suddetta Convenzione con il termine pardon/grâce sono denominati istituti simili al nostro indulto (ad es. la grazia parlamentare in Portogallo) o comunque comportanti effetti ad esso assimilabili (ad es. la grazia collettiva in Francia). Superato pertanto il dato letterale, la Corte ha ritenuto dirimente per l'interpretazione del testo convenzionale verificare se la concessione dell'indulto non si ponga in contrasto con le finalità della Convenzione. Argomenti significativi sono stati tratti sia dal Rapporto esplicativo sia da successivi documenti del Consiglio d'Europa, dai quali emerge con evidenza che l'esecuzione della pena è regolata dalla legislazione dello Stato di cittadinanza, anche per quanto concerne tutte le forme di remise/remission della pena. E ciò in linea con la finalità della Convenzione di consentire al condannato il suo reinserimento sociale nello Stato di appartenenza.





## SEZIONI SEMPLICI

**Cass. Sez. VI 9 luglio 2010 (dep. 23 agosto 2010), n. 32222, Galdi, rv. 247596**

*“La presunzione di inadeguatezza di misure cautelari diverse dalla custodia in carcere per i reati indicati dall'art. 275, comma terzo, cod. proc. pen. comporta l'impossibilità di sostituire la custodia in carcere con gli arresti domiciliari. (La Corte ha precisato che ove il giudice verifichi l'insussistenza di esigenze cautelari, deve disporre la liberazione dell'imputato). (Conformi, Sez. VI, nn. 32223 e n. 32224 del 2010, non massimate)”*

Le decisioni si pongono nella scia dell'orientamento decisamente dominante, e che pareva oramai consolidato, inaugurato da **Sez. V, 12 maggio – 2 luglio 1993, n. 1753, Giugliano, rv. 195408**, per la quale:

*L'affievolimento delle esigenze cautelari, ai sensi e per gli effetti dell'art. 299 cod. proc. pen., non può prospettarsi quando l'imputazione concerne il delitto di cui all'art. 416-bis cod. pen.. Esso è, infatti, in virtù dell'art. 275, terzo comma, cod. proc. pen., uno dei reati per i quali, in presenza di gravi indizi di colpevolezza, l'unica misura applicabile è la custodia in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari. Ad elementi siffatti non può ricondursi il "pentimento" del capo di un'organizzazione criminale, dal momento che esso non esclude il perdurare dell'associazione di stampo camorristico e, di conseguenza, delle esigenze cautelari relative agli altri affiliati.*

Nel medesimo senso si erano successivamente pronunciate:

- **Sez. III, 3 agosto 1999 – 21 aprile 2000, n. 2711, Valenza, rv. 216556-7**, per la quale:

*La presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia cautelare in carcere nei confronti di soggetti gravemente indiziati di taluno dei reati previsti dall'art. 275, comma 3, c.p.p. opera in tutte le fasi del procedimento penale, e non solo in occasione dell'applicazione della misura cautelare.*

*Quando l'imputazione concerne il delitto di cui all'art. 416 bis c.p. la permanenza delle esigenze cautelari, ancorché attenuata, comporta il mantenimento dell'originaria più grave misura coercitiva. Per potere fare cessare la custodia cautelare devono venire a mancare completamente le suddette esigenze, ma a tale ipotesi consegue la revoca della misura imposta, a norma del comma 1 dell' art. 299 c.p.p., non prevedendosi la riserva contenuta nel comma 2 in ordine ai reati contemplati nel comma 3 dell' art. 275;*

- **Sez. V, 7 maggio – 1° giugno 2004, n. 24924, Santaniello, rv. 229877**, e **Sez. VI, 26 gennaio – 9 marzo 2005, n. 9249, Miceli Corchettino, rv. 230938**, per le quali, nei medesimi termini:

*In tema di associazione per delinquere di tipo mafioso, l'attenuazione delle esigenze cautelari presunte, ex art. 275, comma terzo, cod. proc. pen., comporta, purchè continuino a sussistere i gravi indizi di colpevolezza, il mantenimento della originaria e più grave misura coercitiva, come previsto dall'art. 299, comma secondo, cod. proc. pen., con la conseguenza che la revoca della misura può avere luogo solo se le dette esigenze vengano a mancare completamente;*

- **Sez. II, 13 marzo – 22 aprile 2008, n. 16615, Vitagliano ed altro, non massimata sul punto**, per la quale:

*... correttamente i giudici del riesame hanno rigettato il detto appello in relazione alla richiesta di sostituzione della predetta misura con altra meno afflittiva.*

*Sul punto questa Corte ha avuto modo a più riprese di evidenziare che ai sensi dell'art. 275 c.p.p., comma 3, chi è raggiunto da gravi indizi di colpevolezza in ordine ad un reato di matrice mafiosa è per definizione pericoloso e professionalmente dedito alla commissione di fatti criminosi, per cui l'unica misura adeguata a fronteggiare le esigenze cautelari è la custodia in carcere; la permanenza di tali esigenze, ancorché attenuate, impone sempre l'adozione o il mantenimento della originaria e più grave delle misure coercitive, come previsto dall'art. 299 c.p.p., comma 2, con la conseguenza che può essere disposta solo la revoca della misura allorché le dette esigenze siano totalmente cessate (Cass. sez. 6<sup>^</sup>, 26.1.2005 n. 9249; Cass. sez. 5<sup>^</sup>, 7.5.2004 n. 24924; Cass. sez. 5<sup>^</sup>, 5.6.2002 n. 31881 ; Cass. sez. 6<sup>^</sup>, 18.1.2000 n. 296). Ciò in quanto la previsione dell'art. 275 c.p.p., comma 3, non consente, per come detto, l'applicazione del primo e secondo comma dell'articolo predetto che attengono alla adeguatezza e proporzionalità della misura in relazione al pericolo di fuga o di reiterazione di reati, atteso che il titolo del reato fa presumere l'esistenza di tale pericolosità in ordine alla quale il soggetto interessato può dimostrare solo il venir meno, risultante da concrete acquisizioni probatorie attestanti il definitivo allontanamento dell'interessato dall'associazione criminale.*

Questa interpretazione del combinato disposto degli artt. 275, comma terzo, e 299, comma secondo, cod. proc. pen., era apparsa immune da censure di costituzionalità: **Sez. VI, 26 gennaio – 31 maggio 2005, n. 20447, Marino, rv. 231451** aveva, infatti, ritenuto che

*In tema di misure cautelari, è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del secondo comma dell'art. 299 cod. proc. pen., nella parte in cui preclude per i delitti indicati al terzo comma del precedente art. 275 la sostituzione della custodia in carcere con altra misura meno grave, per l'asserito contrasto con gli artt. 3, 13, 27 e 111*

della Costituzione. (In motivazione la Corte ha tra l'altro osservato come, data la peculiare gravità dei delitti pertinenti al fenomeno mafioso, debba escludersi che la norma discrimini tra situazioni assimilabili e costituisca atto irragionevole di esercizio della discrezionalità legislativa, e come la presunzione di non colpevolezza non precluda la previsione di misure restrittive per finalità cautelari).

Ponendosi in contrasto con questo orientamento (non evocato in motivazione), la stessa **VI Sezione penale**, con **sentenza resa all'udienza camerale 18 febbraio 2010, dep. il 2 luglio 2010, n. 25167, Gargiulo, rv. 247595**, ha affermato il contrario principio di diritto così massimato:

*L'obbligatorietà della custodia in carcere ex art. 275, comma terzo, cod. proc. pen. concerne soltanto il provvedimento genetico, ovvero l'adozione per la prima volta della misura coercitiva, ma non le vicende successive della revoca o sostituzione e del ripristino della misura, poiché, in tali casi, occorre valutare la concreta sussistenza della pericolosità sociale e, qualora essa risulti attenuata, la legittima possibilità di applicare misura meno afflittiva. (Diff., Sez. VI, nn. 32223 e nn. 32224 del 2010, non massimata).*

A sostegno del principio di diritto (affermato nei termini di cui alla massima, senza ulteriori considerazioni), vengono richiamati due precedenti (peraltro entrambi inerenti a fattispecie non del tutto sovrapponibili a quella in oggetto), ovvero **Sez. VI, 13 gennaio – 1° marzo 1995, n. 54, Corea, rv. 200564**, e **Sez. I, 24 maggio – 6 agosto 1996, n. 3592, Corsanto, rv. 205490**, per le quali, nei medesimi termini:

*Qualora in grado di appello venga affermata, nei confronti di un soggetto sottoposto alla misura degli arresti domiciliari, la sussistenza, esclusa nel primo giudizio, di uno dei reati per il quali l'art. 275, comma terzo, cod. proc. pen., impone la custodia cautelare in carcere, ai fini della decisione sullo "status libertatis" dell'imputato deve aversi riguardo non già al suddetto art. 275, poiché non si verte in tema di prima applicazione di una misura cautelare di coercizione personale, bensì all'art. 299, comma quarto, cod. proc. pen., che prevede la modifica peggiorativa della precedente misura in corso quando risultino aggravate le esigenze cautelari; ne consegue che la pura e semplice intervenuta condanna per uno dei reati predetti, non accompagnata da alcun elemento sintomatico dell'emergere di qualche evenienza negativamente influente sulle esigenze cautelari [ex lett. b) e c) dell'art. 274 c.p.p.: inciso presente nella sola rv. 204490], non può essere idonea a modificare il quadro giuridico-processuale esistente al momento della concessione degli arresti domiciliari ed a fondare il ripristino della custodia in carcere.*

□□□□□□□□□□

**Cass. Sez. VI 18 giugno 2010, (dep. 6 luglio 2010), n. 25861, Giannico, rv. 247667**

*“La proroga dei termini di custodia cautelare per il periodo di tempo assegnato per l'espletamento della perizia sullo stato di mente dell'imputato scade con il deposito in cancelleria dell'elaborato nei termini fissati dal giudice, e non si protrae fino al momento dell'esame del perito nel contraddittorio delle parti”.*

La sentenza afferma che la proroga dei termini custodiali, prevista dal primo comma dell'art. 305 cod. proc. pen. per il caso venga disposta la perizia sullo stato di mente dell'imputato, ha termine con il deposito in cancelleria dell'elaborato peritale nei termini assegnati dal giudice. Conclusione che appare ai giudici della sesta Sezione più aderente alla lettera e alla *ratio* della norma menzionata di quella assunta da altro precedente orientamento di legittimità, secondo cui i termini cautelari sarebbero prorogati fino al momento in cui il perito espone in udienza l'esito dei suoi accertamenti. Infatti, secondo la sentenza Ginnico, seguendo tale impostazione, si finirebbe per rimettere l'individuazione del termine finale della custodia cautelare alle «scelte organizzative e di gestione delle udienze» in modo incompatibile con la natura eccezionale dell'istituto della proroga, che incide direttamente sulla libertà personale.

In tal modo la sentenza Ginnico si pone consapevolmente in contrasto con quanto affermato da **Sez. I 2 giugno 1999 (dep. 7 luglio 1999), n. 4011, Botticelli, rv 213943** e da **Sez. II 11 aprile 2000 (dep. 11 maggio 2000), n. 2015, Pitturi, rv 215910**, le quali hanno per l'appunto sostenuto, invece, che la locuzione normativa (“per il periodo di tempo assegnato per l'espletamento della perizia”) individua un arco temporale comprensivo di tutti gli adempimenti relativi all'espletamento dell'atto istruttorio, tra i quali deve essere ricompreso anche l'esposizione in udienza da parte del perito degli esiti dei suoi accertamenti. In tal senso, la sentenza Pitturi precisa altresì che il termine finale della proroga coincide con quello dell'audizione del perito ovvero con la data dell'udienza all'uopo fissata, per il caso che tale audizione non venga svolta.

□□□□□□□□□□

**Cass. Sez. II 4 febbraio 2010 (dep. 26 febbraio 2010), n. 7822, p.m. in proc. Neccia, rv 246281**

*Anche dopo le modifiche apportate dal D.L. 24 maggio 2008, n. 92 (conv. in L. 24 luglio 2008, n. 125), il pubblico ministero, nel caso in cui l'arresto in flagranza sia già stato convalidato, non è obbligato a procedere con il rito direttissimo. (In motivazione la Corte ha precisato che la sostituzione, ad opera della citata novella legislativa, della previgente formula "può procedere" con quella "procede" non è sufficiente a far ritenere l'obbligatorietà del giudizio direttissimo atteso che tale conclusione sarebbe in contrasto con il principio del monopolio del titolare dell'azione penale in ordine alla scelta del rito).*