

QUESTIONI APERTE

Misure cautelari

La decisione

Misure cautelari personali - Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni - Appello - Diritto di accesso ai file audio - Istanza fuori termine - Violazione diritto di difesa - Esclusione. (Cost. Art. 24; C.p.p., artt. 268, 271, 291, 293 co. 3, 299, 309, 310).

In presenza dell'appello del P.m avverso il rigetto della richiesta cautelare, alla difesa deve essere garantito un "contraddittorio anticipato" ed effettivo per contestare l'esistenza dei presupposti legittimanti l'applicazione della misura. È legittima la richiesta di accesso ai file audio delle conversazioni captate il cui contenuto sia posto a fondamento del atto restrittivo disposto "per trascinamento", cioè sulla base delle trascrizioni della polizia giudiziaria. Tale richiesta, tuttavia, deve essere tempestiva affinché possano essere esperiti efficacemente tutti i rimedi previsti dalle norme processuali.

CASSAZIONE PENALE, SEZIONE SESTA, 17 luglio 2018 (c.c. 25 gennaio 2018) - FIDELBO, *Presidente* - SILVESTRI, *Relatore* - LORI, *Sost. P.G. (conforme)* - Novella, *ricorrente*.

Diritto di difesa e appello cautelare Conferme e smentite da Piazza Cavour

Il diritto di difesa e le sue pratiche modalità di esercizio continuano ad essere al centro delle riflessioni della giurisprudenza cassazionista in materia cautelare, dove spesso esigenze di celerità e incompletezza del materiale probatorio acquisito tendono a ridimensionare anche le più scontate garanzie costituzionali.

Nel caso in esame, la Corte ha ritenuto che a fronte di un appello cautelare avanzato dalla parte pubblica avverso il rigetto della richiesta di applicazione di una misura custodiale, spettò alla difesa un "contraddittorio anticipato" ed effettivo per contestare l'esistenza dei presupposti legittimanti l'adozione del provvedimento restrittivo. Pertanto laddove quest'ultimo risulti fondato sui contenuti di conversazioni intercettate, all'indagato sarà consentito chiedere l'accesso ai relativi file audio per valutarne la reale portata purchè (e non poteva essere altrimenti) l'istanza venga presentata in tempo utile, cioè prima della celebrazione dell'udienza camerale.

Riflessioni, quelle del collegio, che improntate a canoni di equità e buona fede, si insinuano in una corrente giurisprudenziale inaugurata già da tempo e costantemente rinnovata negli anni.

The right of defense and its practical methods of exercise continue to be at the center of the reflections of the jurisprudence on precautionary matters, where often needs of swiftness and incompleteness of the acquired probative material tend to reduce even the most obvious constitutional guarantees.

In the case under examination, the Court held that, in the face of a precautionary appeal brought by the public side against the rejection of the request for the application of a custodial measure, the defense is entitled to an "early and effective contradiction" to contest the existence of the legitimating assumptions for the adoption of the restraining order. Therefore, where the measure is based on the contents of wire-tapping conversations, the defendant will be allowed to request access to the relevant audio files to assess their real capacity provided that (and could not be otherwise) the application is presented in good time,

i.e. before of the celebration of the Chamber's hearing. Reflections, those of the college, which are based on the principles of fairness and good faith, and that are insinuated in a current jurisprudential inaugurated for some time and constantly renewed over the years.

Con la pronuncia che si annota, la Suprema corte ha inteso precisare la portata del diritto di difesa nel procedimento *de libertate* d'appello giungendo a conclusioni che, come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, paiono oltre che condivisibili, in linea con l'evoluzione normativa e giurisprudenziale degli ultimi anni.

Nel caso di specie si è inteso verificare se la difesa sia o meno legittimata ad avanzare, in sede di appello cautelare proposto dal pubblico ministero avverso l'originario provvedimento reiettivo del Gip, un'istanza di accesso ai file audio delle conversazioni intercettate e, in caso affermativo, quali siano le modalità più adatte per esercitare tale diritto senza incorrere in preclusioni di alcun genere.

Questa la vicenda: il Tribunale delle libertà - a seguito dell'impugnazione ex art. 310 c.p.p. proposta dal pubblico ministero - applicava la misura custodiale richiesta dopo aver ritenuto sussistenti i gravi indizi di colpevolezza a carico dell'indagato nel delitto di partecipazione ad associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti, desunti solo in parte dai risultati delle disposte intercettazioni. Intercettazioni dai contenuti non noti al destinatario della misura e dei quali, pertanto, veniva eccepita l'inutilizzabilità. Il mancato accesso ai file audio relativi alle captazioni eseguite, infatti, avrebbe limitato, secondo i legali, le prerogative a tutela del proprio assistito e compromesso ogni conseguente attività difensiva. A detta del Tribunale, tuttavia, non esisterebbe un diritto dell'indagato alla piena *cognitio* nè dei contenuti delle captazioni nè dei rispettivi file audio in quanto tale facoltà presupporrebbe sempre l'esistenza di un provvedimento custodiale "di partenza" e la materiale utilizzazione delle conversazioni intercettate da parte del giudice competente alla sua adozione. Caratteri, evidentemente, assenti nel caso sottoposto al suo scrutinio. Eppure - e la Corte di legittimità lo rileva con scrupolo - il Tribunale pare trascurare quei moniti provenienti dalla Consulta già dal lontano 2008¹ con i quali si era inteso tutelare e dar risalto, senza restrizioni, al diritto di difesa dell'indagato sin dalle primigenie fasi del procedimento (includendovi, dunque, anche quella cautelare).

¹ Corte cost., n. 336 del 2008, in *Giur. cost.*, 2008, 3760 ss con nota di ILLUMINATI, *Accesso alle intercettazioni utilizzate in sede cautelare e diritto di copia*.

2. Il Giudice delle leggi, con la sentenza n. 336 del 2008, dichiarò costituzionalmente illegittimo l'art. 268 c.p.p nella parte in cui non prevedeva la possibilità per la difesa di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate ed utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, ancorchè non depositate, dopo l'esecuzione o la notifica della relativa ordinanza dispositiva. Nonostante la possibilità, per il pubblico ministero, di depositare a supporto della richiesta anche i soli "brogliacci d'ascolto", ossia i verbali nei quali la polizia giudiziaria trascrive sommariamente il contenuto delle captazioni, l'ascolto diretto delle conversazioni non fu ritenuto surrogabile dalle operazioni eseguite in assenza di contraddittorio proprio per l'impossibilità di verificarne la genuinità e/o la conformità del trascritto con il captato.

La portata circoscritta della decisione², c.d "additiva di principio"³, consentì alla Corte di irrobustire le prerogative della difesa senza, però, indicare al contempo concreti spunti per la pratica attuazione del diritto nella dinamica processuale. In tale contesto, la Consulta chiarì come dovesse essere riconosciuto ai difensori "*...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 (...)*", implicando, il diritto all'accesso, "*... come naturale conseguenza, quello di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni medesime⁴*", ma continuarono a restare dubbi i perimetri operativi

² La decisione della Consulta ha prospettato un orizzonte problematico ben più ampio rispetto al tema specifico delle intercettazioni ed in particolare quello della generale facoltà di accesso da parte del difensore a tutto il materiale investigativo "surrogato" dalla forma cartacea, onde consentire una verifica circa l'effettiva "corrispondenza" con il dato probatorio oggettivo. Così GAETA, *Le Sezioni unite dopo l'intervento della Consulta dettano il decalogo della garanzia difensiva*, in *Guida dir.*, 2010, 28, 82.

³ Cfr. MILANI, *Problemi aperti in tema di diritto del difensore ad ottenere la copia delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate poste a fondamento di una misura cautelare*, in *Cass. pen.*, 2010, 2759. Secondo l'A., l'enunciazione del principio della Corte Costituzionale "*difetta, ...di profili pratico-operativi, tali da renderlo self-executing*". Si veda anche GIUNCHEDI, *Rimedi minimi a tutela del diritto di difesa*, in *Giur. it.*, 2011, 720.

⁴ Sul punto si condividono le osservazioni formulate da Cass., sez. VI, 7 dicembre 2011, C. G., in *Proc.pen.giust.*, 2012, 3, 77 ss con nota di BEDESCHI, *Nuovi obblighi del pubblico ministero per soddisfare il diritto del difensore ad accedere alle registrazioni di suoni o immagini in vista del giudizio di riesame*, secondo la quale: "(...) in mancanza di rilascio di copia delle registrazioni al difensore che ne abbia fatto tempestiva richiesta, il Tribunale non può fondare il suo convincimento su detti atti di polizia, proprio in quanto non incondizionatamente "surrogatori" della "vera prova" - costituita dalle conversazioni o comunicazioni come registrate sui relativi supporti informatici o magnetici - e sulla cui potenziale idoneità a fungere da prova cautelare la difesa non ha prestato acquiescenza, dal momento che ha preteso il

di tale riconoscimento tanto che, in materia, dovette intervenire, successivamente e a più riprese, la giurisprudenza di legittimità⁵.

In merito al procedimento *de libertate* si espressero le Sezioni unite della Cassazione⁶ stabilendo che l'illegittima compressione del diritto di difesa, derivante dal rifiuto o dall'ingiustificato ritardo da parte del p.m. nel consentire l'accesso alle registrazioni di conversazioni intercettate e sommariamente trascritte dalla p.g nei brogliacci, avrebbe dato luogo ad una nullità di ordine generale a regime intermedio, ex art. 178, lett.c) c.p.p., suscettibile di determinare un vizio nel procedimento di acquisizione della prova, non potendo così trovare applicazione diretta l'art. 271 c.p.p (norma speciale in fatto di intercettazioni, rispetto alla generale regola di inutilizzabilità di quanto acquisito ex art. 191 c.p.p.) alla luce dell'interpretazione restrittiva offertane nelle aule di giustizia e limitata alla rigorosa violazione degli artt. 267 e 268, co. 1 e 3, c.p.p.⁷. (Forse, non sarebbe stato neanche un azzardo ipotizzare la caducazione della stessa misura in caso di omessa ostensione dei *file* richiesti per mancata trasmissione di atti favorevoli all'indagato ai sensi dell'art. 309, co. 5 c.p.p).

Con l'occasione, venne inoltre elaborato un dettagliato decalogo normativo

soddisfacimento del suo "incondizionato" diritto a ottenere copia delle registrazioni. Tali trascrizioni di polizia, benchè di per sè legittimamente poste a base della richiesta cautelare, diventano, nel limitato ambito dell'incidente cautelare, probatoriamente invalide per fatto successivo o, se si vuole, probatoriamente inefficaci, il che vale a dire, in termini di effetti concreti, che non sono "utilizzabili" ai fini della valutazione della domanda cautelare, inteso il termine "inutilizzabilità" in senso non strettamente tecnico (si veda del resto, per un caso di "inutilizzabilità" di una prova per un fatto omissivo successivo, l'art. 195 c.p.p., comma 3, in tema di testimonianza indiretta)". Pertanto: "(...)posta la necessaria distinzione tra mezzo di ricerca della prova (attività di intercettazione), risultato probatorio (conversazioni intercettate) e assunzione della prova (acquisizione del documento-prova) - nel caso in esame è il sub-procedimento di assunzione della prova nel giudizio de libertate (produzione di "brogliacci"-rilascio di copia delle registrazioni) a essere viziato, mentre nessun vizio inficia sia l'attività di ricerca della prova sia il risultato probatorio in sè considerati".

⁵ Si affermò, per esempio, come l'accesso ai contenuti delle conversazioni registrate non comportasse altresì il diritto a conseguire l'attestazione di conformità delle copie delle medesime alle tracce audio originali conservate nei server della Procura della repubblica, nè tantomeno quello di ottenere l'autorizzazione all'accesso di un proprio consulente per verificare tale conformità essendo detta verifica demandata alla fase che si instaura successivamente al deposito dei relativi atti. Così Cass., sez. VI, 9 novembre 2011, Aga, in *Guida al Dir.* 2012, 21, 92.

⁶ Cass., sez. un., 22 aprile 2010, Lasala in *Guida Dir.*, 2010, 28, 61 con nota di GAETA, *Le Sezioni unite dopo l'intervento della Consulta*, cit..

⁷ Trattandosi di una patologia connessa alle modalità di acquisizione dei risultati captati, una parte della dottrina ritiene ragionevole applicare la sanzione della nullità. Sul punto si rimanda a SCALFATI - SERVI, Premesse sulla prova penale, in SCALFATI (a cura di), *Le prove*, Torino, 2008, 49. Così anche Cass., sez. fer., 10 settembre 2009, n. 37151, in *Arch. n. proc.pen.*, 2010, 783.

delle riconosciute facoltà difensive - una sorta di vademecum per tutti i protagonisti del processo - a superamento delle oscillazioni pretorie avvicendatesi negli anni⁸.

Così, sia pur indirettamente, fu riconosciuta una nuova dimensione alle prescrizioni di cui all'art. 293 co.3 c.p.p., volte a presidiare non solo il diritto alla piena conoscenza degli elementi utilizzati ai fini della adozione del provvedimento restrittivo della libertà personale⁹ ma anche ad imporre un vero e proprio dovere, per la pubblica accusa, di completa *discovery* del mezzo di prova utilizzato ai fini della imposizione della misura, su precisa istanza di parte, riducendo di pari passo la fisiologica distanza intercorrente tra le parti processuali in materia di "conoscenza degli atti".

Va ricordato, tuttavia, che nella citata pronuncia della Consulta venne chiarito come non sussistesse un obbligo per il pubblico ministero di depositare i file audio all'atto della richiesta e che vi sarebbe dovuto essere un reale impiego delle disposte intercettazioni ai fini dell'*adozione* del provvedimento cautelare originario: presupposto, quest'ultimo, assente nel caso sottoposto al Tribunale delle libertà stante l'iniziale reiezione da parte del giudice per le indagini preliminari. Ed è proprio con la pronuncia in commento che la Cassazione prende le distanze da tale ricostruzione sistematica la quale sembra tradire l'essenza e la stessa specificità del giudizio cautelare attivato su appello della parte pubblica.

3. La Cassazione non pare appagata dal percorso logico argomentativo offerto nel giudizio cautelare ex 310 c.p.p. posto che già in passato - con una articolata motivazione - era stato chiarito che "l'atipicità" dell'appello del p.m. avverso l'ordinanza di rigetto della richiesta cautelare, consiste proprio nella doverosa verifica di tutti i presupposti necessari ai fini della adozione della misura, a prescindere dal mero controllo dei punti devoluti dall'impugnante¹⁰ poichè solo l'eventuale accoglimento dell'impugnazione del p.m. può determinare l'emissione della stessa ordinanza impositiva secondo i criteri di cui all'art. 292 c.p.p.; in questi casi, il Tribunale delle libertà si trasforma nel giudice funzionalmente competente all'adozione del provvedimento restrittivo, come tale vincolato al

⁸ Per un approfondimento si rimanda a ALESCI, *Il diritto alla copia degli atti tra garantismo formale e prassi devianti*, in *Proc.pen.giust.*, 2016, 5, 155 ss.

⁹ Sul punto v. RIVELLO, *Il procedimento acquisitivo delle intercettazioni e l'archivio riservato presso il p.m.*, in MAZZA (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, Torino 2018, 71 ss.

¹⁰ Cass., sez. un., 22 aprile 2010, *Lasala*, cit.

rispetto degli analitici presupposti per l'esercizio del potere cautelare e, dunque, nel giudice affidatario del potere-dovere di riesaminare *ex novo* la vicenda nella sua interezza onde verificare la puntuale sussistenza delle condizioni e dei presupposti di cui agli artt. 273 e ss c.p.p.

Orbene, sembra opportuno ribadire che da tempo la giurisprudenza ha chiarito come l'appello nel processo di merito e l'appello nel procedimento incidentale cautelare partecipino della medesima natura in quanto integranti lo stesso strumento di verifica del provvedimento del primo giudice¹¹. Di talchè, muovendosi lungo una linea di contiguità strutturale e funzionale rispetto agli schemi tradizionali, appare giustificata l'estensione delle regole dettate per il primo anche al secondo, tra le quali quella del *tantum devolutum quantum appellatum* unitamente ai suoi effetti.

Tuttavia, nonostante il *thema decidendum* venga identificato tramite la domanda di parte (essendo la cognizione limitata ai punti della decisione investiti dai motivi), il giudice dell'appello non può dirsi vincolato alle singole alternative decisorie prospettate dall'appellante potendo, al contrario, decidere su tutte le questioni astrattamente ipotizzabili in ordine ai punti cui si riferiscono i motivi proposti. L'atto di impugnativa, quindi, "*devolve al Tribunale investito dell'appello una cognizione non limitata ai punti oggetto di specifica censura, bensì estesa all'integrale verifica delle condizioni e dei presupposti richiesti dalla legge perchè sia giustificata l'adozione di una misura restrittiva secondo il modello di ordinanza previsto, a pena di nullità, dall'art. 292 c.p.p.*¹²", ferma l'inconfigurabilità di un automatico allineamento della contestazione cautelare agli sviluppi peggiorativi derivanti da aggravamenti dell'imputazione intervenuti nel giudizio di merito. In tal caso, invero, occorrerebbe un nuovo e aggiornato provvedimento restrittivo cui seguano l'interrogatorio ed il riesame della misura¹³ posto che - in linea generale - le ragioni del disaccordo rispetto al provvedimento reiettivo (e che delimitano i confini dell'originaria domanda cautelare in relazione ai fatti ed alle circostanze oggetto della contestazione) non possono essere modificati *in peius* se non successivamente all'esercizio - da parte del p.m - di una nuova e distinta azione cautelare ex art. 291 c.p.p.

Detto altrimenti: un conto è che il p.m contesti l'erroneo convincimento del

¹¹ Sul punto si rimanda a CRISCUOLO, *Il Giudicato e il giudicando cautelare*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche (1999)*. Nuova serie A, 2014, 65, I, 108

¹² Cfr. INDINNIMEO, *L'appello cautelare personale*, in DI NICOLA - INDINNIMEO (a cura di), *L'appello cautelare nel processo penale*, Torino 2013, 76

¹³ Cass., sez. un., 5 luglio 2000, *Monforte* in *Cass.pen.*, 2001, 1158

Gip in ordine alla presunta (in)sussistenza dei presupposti applicativi di una misura individuati nelle sue originarie richieste (evenienza che gli consentirebbe di esperire il rimedio di cui all'art. 310 c.p.p., nei limiti cui si accennava poc'anzi); altro è che venga avanzata una richiesta di modifica peggiorativa di una misura già adottata - riconducibile ad un aggravamento delle originarie esigenze cautelari e ferma la medesimezza del fatto storico contestato - dovendosi seguire in tal caso la procedura "ordinaria" di cui all'art. 299 co. 4 c.p.p.¹⁴.

Esiste, inoltre, un'altra ipotesi - anch'essa già scrutinata dalla giurisprudenza pregressa¹⁵ - da tenere in debito conto: *i.e* quella concernente l'ingresso di documenti "nuovi", "sopravvenuti" o "preesistenti ma non valutati dal Gip" proprio nel procedimento conseguente all'appello proposto dal p.m contro l'ordinanza di reiezione della misura cautelare: in questo caso, si è sostenuto che il Tribunale delle libertà possa esprimersi solo al ricorrere di due presupposti: a) che il materiale riguardi lo stesso fatto; b) che sia assicurato nel procedimento camerale il contraddittorio delle parti, anche mediante la concessione di un congruo termine a difesa.

Nonostante l'esplicito richiamo dell'art. 310 co.2 c.p.p "all'ordinanza appellata" e "agli atti su cui la stessa si fonda" ("atti necessari per decidere sull'impugnazione ai sensi dell'art. 101 disp.att.c.p.p.) e, per contro, alla luce del mancato rinvio della norma ai commi 6 e 9 dell'art. 309 c.p.p - modellati "a puntino" per il solo riesame - pare ragionevole affermare che al rilevato allargamento del *devolutum* a tutti i profili della domanda, indipendentemente dallo specifico *petitum* contenuto nei motivi di gravame, debba corrispondere una analoga ampiezza del materiale cognitivo. In effetti, perchè sia valorizzato realmente il contraddittorio camerale in posizione di parità tra le parti e sia consentito al giudice dell'appello *de libertate* di pronunciarsi sulla vicenda sottoposta al suo vaglio evitando epiloghi incoerenti o contrari ai profili di concretezza, attualità ed adeguatezza della misura, non può negarsi l'ammissibilità dei "*nova*" anche da parte del pubblico ministero¹⁶; in caso contrario, si avrebbe

¹⁴ Cfr. BASSI, *La decisione del riesame*, in BASSI - EPIDENDIO (a cura di), *Guida alle impugnazioni dinanzi al tribunale del riesame*, Milano 2008, 408-409.

¹⁵ Cass., sez. un., 31 marzo 2004, *Donelli*, in *Mass. UII*, n. 227357

¹⁶ Quest'ultimo, infatti, ben potrebbe disporre di elementi informativi "preesistenti" e già allegati alla richiesta ma non presi affatto in esame dall'ordinanza reiettiva, perciò "nuovi" rispetto agli "atti su cui la stessa si fonda", o di elementi "preesistenti" e non allegati alla richiesta perchè allora ritenuti inconferenti ma divenuti poi rilevanti alla luce della ratio decidendi dell'ordinanza impugnata e dei rilievi della difesa, ovvero, infine, di elementi "sopravvenuti" in senso stretto, frutto cioè di indagini compiute medio tempore, idonei a dimostrare la fondatezza della prospettazione accusatoria per il profilo indiziario e per le

non solo un (irragionevole) depotenziamento della funzione di controllo ma anche un contraddittorio camerale “dimidiato”, aperto esclusivamente ai contributi della difesa. Inoltre, stanti le non rigide scadenze temporali del rimedio ex art. 310 c.p.p. (a dispetto di quelle perentorie previste per il riesame), il Tribunale avrebbe comunque la possibilità di modulare gli spazi del confronto fra le parti in modo da riconoscere all’indagato congrui termini per contestare l’efficacia dimostrativa di quanto tardivamente prodotto dall’accusa. Si vuol dire, insomma, che anche nel procedimento incidentale cautelare ciò che conta è garantire l’esistenza di un contraddittorio pieno ed anticipato rispondente all’esigenza di verificare costantemente il permanere dei presupposti di applicabilità delle disposte misure, sia che l’input provenga dalla parte pubblica che dalla difesa.

Per l’indagato/imputato, la possibilità di interloquire su ciascun singolo profilo cautelare permette di ricondurre a razionalità un sistema che, diversamente, non consentirebbe un’effettiva revisione critica nel merito del relativo provvedimento; e per favorire ciò non può che essere stimolato (e garantito) un “contraddittorio anticipato¹⁷” della stessa portata e contenuto di quello che si avrebbe ove la misura fosse adottata dal Gip e la parte avesse avanzato istanza di riesame ex art. 309 c.p.p.

Non a caso quest’ultima norma esclude la proponibilità del gravame “ove si tratti di ordinanza emessa a seguito di appello del pubblico ministero” (art. 309, co.1 c.p.p.). Sarebbe illogico, infatti, devolvere allo stesso organo la verifica dei presupposti applicativi delle misure già condotta nel procedimento di appello ex 310 c.p.p.

Per cui, a differenza di quanto affermato dal Tribunale delle libertà nell’ordinanza ricorsa per cassazione, non può dirsi in contrasto con i principi indicati dalla Consulta la richiesta della difesa di accedere ai file audio delle conversazioni intercettate ma, anzi, essa risponde pienamente alle esigenze di tutelare la posizione del proprio assistito mediante l’esercizio di ogni più ampia facoltà riconosciuta e presidiata dall’ordinamento.

esigenze cautelari, oppure a contraddire il contenuto della documentazione degli atti delle investigazioni difensive.

¹⁷ Sulla portata e sui contenuti di tale principio si veda PECORELLA, *Una proposta. Il giudice dei diritti e delle garanzie*, in *Parola alla difesa*, 2017, 2, 89 ss; DINACCI, *Processo penale e costituzione*, Milano 2010, 360; RANALDI, *Il contraddittorio anticipato in materia de libertate: ratio e profili di una proposta operativa “possibile”*, in *Dir.pen.proc.*, 2006, 1165 ss.

4. A parere degli ermellini una diversa opzione interpretativa potrebbe essere quella di consentire alla difesa, per correggere eventuali distonie, anche in pendenza del ricorso per cassazione, la proposizione un'istanza di revoca in modo da contestare "ab origine" la sussistenza dei presupposti cautelari e chiedere in tale sede l'accesso ai file audio delle conversazioni intercettate. Ma si tratterebbe comunque di un mero rimedio "aggiunto" a quello riconosciuto in sede di appello, non anche sostitutivo dello stesso e che implica inevitabilmente la produzione di nuovi elementi conoscitivi da sottoporre al vaglio del giudice adito (ipotesi quest'ultima solamente eventuale nei casi ordinari ex art. 299, co. 3 *ter* c.p.p.).

Non va sottaciuto, infatti, quel rischio di possibile "contaminazione" fra competenze funzionali diversificate, invero frequente nella prassi ma della cui legittimità nessuno dubita, laddove sia l'indagato a promuovere istanza di revoca o sostituzione della misura mentre è in corso - non importa in quale fase - un procedimento cautelare relativo alla stessa contestazione.

In passato la questione era stata già affrontata, con riferimento alla parte pubblica, nella nota pronuncia *Donelli*¹⁸ ove si affermò che qualora il p.m. avesse coltivato contemporaneamente entrambe le vie (da un lato rinnovando al giudice per le indagini preliminari la richiesta di misura cautelare, nei confronti dello stesso indagato e per lo stesso fatto, mediante l'allegazione di elementi "nuovi", e dall'altro insistendo nell'appello avverso il provvedimento reiettivo), al giudice stesso fosse preclusa, in pendenza dell'appello avverso la sua prima decisione, la potestà di statuire ancora in ordine alla medesima domanda devoluta in sede di gravame al vaglio del Tribunale della Libertà, non potendosi consentire il perseguimento di un duplice abnorme, identico, titolo, l'uno "a sorpresa" e immediatamente esecutivo, l'altro disposto all'esito di contraddittorio camerale e del quale fosse rimasta sospesa l'esecutività fino alla decisione definitiva. La regola dell'alternatività imposta dal Supremo consesso¹⁹ derivava dalla esigenza di inibire una superfetazione di domande cautelari nei confronti

¹⁸ Cass., sez. un., 31 marzo 2004, *Donelli*, cit.; conf. Cass., sez. un., 1 marzo 2011, n. 7931, in *Proc.pen.giust.*, 2011, 69 ss con nota di MAGGIO, *Con la "litispendenza cautelare" le Sezioni Unite intervengono sul catalogo delle preclusioni alle iniziative del pubblico ministero*

¹⁹ Una questione analoga, concernente i tentativi di estensione analogica dell'efficacia preclusiva del giudicato penale ex art. 649 c.p.p., è stata affrontata con riferimento all'esercizio dell'azione penale da parte del p.m nella pronuncia a Sezioni unite Donati, 28 giugno 2005, n. 34655, in *Cass.pen.*, 2006, 239. Cfr. ABRUSCI, *Decisioni extrapenali e preclusioni nel processo penale*, in MARAFIOTI - DEL COCO (a cura di), *Il principio di preclusione nel processo penale*, Torino 2012, 106 ss.

della stessa persona per un identico fatto ed era riconducibile al potere di azione del pubblico ministero, cui si rimetteva in definitiva la scelta tra l'una e l'altra soluzione conseguendone una vera e propria preclusione imposta dalla situazione di "litispendenza cautelare"²⁰ riassumibile nel noto brocardo "*electa una via non datur recursus ad alteram*". Analoghe considerazioni dovrebbero valere, invero, anche per la difesa²¹.

Ma ove venisse esclusa la possibilità per la stessa di esercitare davanti al tribunale dell'appello un contraddittorio simile a quello tipico del riesame, il procedimento di cui all'art. 299 c.p.p. risulterebbe l'unico esperibile (che, si rammenta, oltre a poter essere avanzato in qualunque fase del procedimento, non ha natura impugnatoria) per contestare nel merito l'eventuale accoglimento disposto dal Tribunale: l'interessato verrebbe, così, privato di uno mezzo di impugnazione potendo contare sul solo ricorso di legittimità (con tutti i limiti che connotano tale strumento).

Inoltre si arriverebbe al paradosso di limitare, nel gravame di appello potenzialmente "nocivo" per l'indagato/imputato, l'esercizio di un diritto che la Costituzione stessa, oltre a definire inviolabile, riconosce "in ogni stato e grado del procedimento" (art. 24 Cost.).

La tutela del diritto di difesa a "maglie larghe" riconosciuta dal Collegio, dunque, risponde all'esigenza di garantire, senza neanche particolari sforzi esegutici, una coesione dell'intero ordito codicistico restio a contrazioni delle principali guarentigie costituzionali ed improntato indubbiamente al *favor libertatis*. Striderebbe, invero, con lo stesso principio di ragionevolezza l'idea di consentire da un lato l'accesso al materiale istruttorio (nel caso di specie, ai file audio delle conversazioni intercettate) a fronte di una mera istanza di revoca e, dall'altro, ostacolarlo, ove la medesima richiesta venisse avanzata nell'unica sede processualmente destinata per legge ad accogliere le doglianze della pubblica accusa. Qualora l'esercizio di un contraddittorio pieno ed anticipato non fosse riconosciuto anche nell'ipotesi dell'appello cautelare, il Tribunale delle libertà, a differenza del giudice competente sull'istanza ex art. 299 c.p.p., rischierebbe di avere una cognizione solo parziale della vicenda sottoposta al suo scrutinio (priva, per esempio, di quei classici rilievi sull'effettivo significato probatorio da riconoscere ai dialoghi intercettati)²².

²⁰ LOZZI, *Preclusioni (Dir.proc.pen.)*, *Enc.giur.*, XXIII, Roma, 1990, 4

²¹ Ex multis, Cass., sez. I 27 dicembre 1995, n. *Biasioli* in *Mass. Uff.* n. 203164; Cass., sez. I, 13 settembre 1999, *Piroddi* in *Mass. Uff.* n. 214095; Cass., sez. IV, 19 aprile 2010, *Testini*, in *Mass. Uff.* n. 247023.

²² Sul punto cfr. CORBO, *Il diritto del difensore di accedere*, cit. 868 secondo il quale non vi sarebbero

Si è perfettamente concordi, quindi, con il Collegio nel riconoscere ogni più ampia facoltà per la difesa nell'esercizio dei suoi diritti anche nel corso dell'appello cautelare considerato che, come si ebbe già modo di rilevare, *“la conoscenza degli atti di investigazione si pone come presupposto essenziale e inderogabile dell'esercizio del diritto di difesa. Da tanto consegue non solo il diritto di ottenere fisicamente copia del materiale probatorio posto a base della richiesta della misura cautelare, ma anche, e forse soprattutto, la necessità che tale materiale sia in concreto completo, ordinato e, pertanto, agevolmente consultabile in considerazione dei ritmi accelerati e dei tempi ristretti entro i quali i difensori e la persona in vinculis sono chiamati ad elaborare le linee difensive e ad instaurare eventualmente i meccanismi di controllo più adeguati”*²³.

Impostazione, oltretutto, oggi come mai più che attuale data la modifica, intervenuta ad opera del d.lgs n.216/2018, dell'art. 293, co.3 c.p.p con la quale il legislatore, nell'interpolare la normativa concernente gli “adempimenti esecutivi”, ha dato ampio seguito alla già citata pronuncia della Consulta n. 336/2008, garantendo al difensore la trascrizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione della misura cautelare²⁴. Al fine di eliminare ogni possibile perplessità, infatti,

motivi ostativi al riconoscimento del diritto di estrarre copia anche in presenza: a) di misure cautelari interdittive; b) dell'appello presentato dal pubblico ministero avverso il rigetto della richiesta di applicazione della misura cautelare personale; c) dei provvedimenti che rimettano o dispongono misure cautelari reali (ma anche di decreti di sequestro probatorio) e ne sia proposta impugnazione.

²³ GAITO, *La difesa dell'arrestato e la prova per intercettazioni (tra adempimenti formali e omissioni sostanziali)* in *Giur. It.*, 2011, 714

²⁴ Si riportano le considerazioni di RENZETTI, *Una riforma (radicale?) per tornare allo spirito originario della legge: la nuova disciplina acquisitiva delle intercettazioni tra legalità, diritto vivente e soft law*, in www.la-legislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2018/04/Renzetti-Studi.pdf secondo la quale l'intervento del legislatore sembra allargare le prerogative riconosciute alla difesa da parte del giudice delle leggi nella misura in cui elimina ogni dubbio circa il diritto di ottenere la copia dei verbali, oggi espressamente previsto dall'art. 292, co. 3 c.p.p. Nel testo si legge, inoltre: “ Quanto alle registrazioni, un'analoga tendenza espansiva si potrebbe ravvisare ove il sintagma «in ogni caso», accostato al diritto di trasposizione, venga interpretato come superamento dell'onere di attivazione da parte della difesa per ottenere l'accesso ai supporti fonici. Resta, però, da stabilire se dal nuovo assetto si possa implicitamente desumere un obbligo di allegazione dei supporti fonici alla richiesta cautelare. A fronte del diritto vivente, che consente al pubblico ministero di limitarsi a presentare i soli brogliacci di ascolto, le indicazioni provenienti dalla riforma non contribuiscono a fare chiarezza, poiché sia l'art. 291 Cpp nella sua nuova versione, sia l'art. 268 ter co. 1 fanno esclusivo riferimento ai “verbali” o, al massimo, agli “atti”. E però un obbligo in tal senso deve necessariamente assumere consistenza nel momento in cui l'incidente cautelare si erge a procedura acquisitiva del materiale intercettato, a meno di comprimere ingiustificatamente i diritti difensivi, polverizzando anche il contraddittorio posticipato. I difensori, infatti, per poter partecipare, sia pure ex

la nuova norma prevede che: “*il difensore ha diritto di esame e di copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate. Ha in ogni caso diritto alla trasposizione, su supporto idoneo alla riproduzione dei dati, delle relative registrazioni*²⁵”.

Parimenti condivisibile risulta la scelta di ancorare le modalità di esercizio del diritto in questione ad una condotta propulsiva della difesa secondo gli schemi già collaudati della pronuncia a Sezioni unite *Lasala*²⁶: in tale occasione si è, infatti, definito un vero e proprio riparto degli oneri di diligenza fra accusa e difesa improntato ad un criterio di buona fede oggettiva²⁷ e che implica sia l'obbligo per la parte pubblica di assicurare il soddisfacimento della istanza difensiva in tempo utile per lo svolgimento del procedimento *de libertate*, che l'onere per la difesa²⁸ di presentare una richiesta tempestiva rispetto alle scadenze temporali indicate dalle norme processuali tenuto conto della complessità o meno delle relative operazioni.

Negli anni la casistica sottoposta ai giudici di piazza Cavour è stata piuttosto eterogenea e ha favorito, in assenza di un intervento normativo *ad hoc* - le soluzioni più disparate: si è già detto dei casi in cui all'attivazione del difensore consegue l'inerzia del p.m ovvero un suo ingiustificato diniego ritenendosi, in

post, alla fase di acquisizione, devono avere accesso da subito alle registrazioni utilizzate nel provvedimento cautelare e, quindi, successivamente acquisite dal pubblico ministero, senza doverle ricercare nell'archivio riservato oppure nelle stanze della polizia giudiziaria, ove l'iniziativa cautelare intervenisse prima della trasmissione del materiale”.

²⁵ La piena conoscibilità del materiale intercettato, del resto, oggi deriva da quel processo di immediato inserimento delle comunicazioni o conversazioni utilizzate nel corso delle indagini preliminari per l'adozione di una misura cautelare all'interno del fascicolo del pubblico ministero secondo il nuovo art. 268-ter c.p.p., testimonianza di come, in tal caso, non sussistano più esigenze di segretezza per il proseguimento delle indagini.

²⁶ Cass., sez.un., 22 aprile 2010, *Lasala*, cit..

²⁷ Cfr. SANTORIELLO, *Diritto alla copia della traccia fonica: tanto rumore per nulla*, in *Giur. It.*, 2011, 3, 716; si veda Cass., Sez. VI, 6 novembre 2014, n. 48649, in *C:E:D. Cass.*, n. 261085, secondo cui il diritto del difensore della persona sottoposta a provvedimento limitativo della libertà personale ad avere copia (cartacea o digitale) delle registrazioni delle intercettazioni può essere limitato, mai nell'an, ma solo nel quando, in ragione di difficoltà obiettivamente riscontrabili - di natura tecnica piuttosto che organizzativa, dipendenti dal numero degli atti o dei file da ricercare e duplicare, dalla difficoltà di individuare le captazioni da riprodurre o altro - di cui l'inquirente è tuttavia tenuto a fornire adeguata giustificazione, suscettibile di verifica da parte del Gip e, soprattutto, del Collegio investito del giudizio di riesame.

²⁸ La circostanza che il diritto di accesso del difensore debba essere subordinato ad una precisa istanza di parte rende, secondo alcuni Autori, la pronuncia della Consulta “contraddittoria” in quanto, non essendo stato individuato alcun obbligo per il pubblico ministero di trasmissione delle bobine, il principio di diritto in parola sembrerebbe destinato a rimanere “nella pratica, lettera morta”. Così SOLA, *Le intercettazioni telefoniche tra “nuovi” assetti cautelari e “diritto di difendersi provando”*, in *Dir.pen.proc.*, 2010, 582.

entrambe le ipotesi, configurabile una nullità intermedia ex art. 178 lett. c) del procedimento acquisitivo - come tale sottoposta al relativo regime di deducibilità e sanatoria (artt. 182, 183, 184, 185 c.p.p.)- con conseguente regressione del procedimento alla fase processuale in cui fu compiuto l'atto nullo e sua rinnovazione, emendato dai vizi riscontrati²⁹; ma ci si è occupati anche dei contenuti che l'istanza difensiva debba presentare affinché possa essere esercitato il relativo diritto. Di recente, per esempio, la Cassazione ha sostenuto che a fronte del rilascio dell'autorizzazione del p.m., non vi sia spazio per una difforme valutazione del Tribunale del riesame il cui unico compito resta quello di verificare la doverosa attivazione della parte nell'accedere ai competenti uffici giudiziari per sollecitarne l'esecuzione escludendosi, dunque, l'onere per il ricorrente di provare l'eventuale impedimento dell'ufficio giudiziario alla materiale consegna delle copie richieste³⁰. O ancora, in materia di videoriprese, non è stata ritenuta lesiva del diritto di difesa la mancata possibilità di visionare le registrazioni effettuate dalla polizia giudiziaria, trascritte su dvd, e presenti in atti presso la cancelleria del giudice dell'impugnazione, a causa dell'indisponibilità presso il predetto ufficio del software idoneo qualora le riprese siano state mostrate ai difensori attraverso la trasmissione al Tribunale del riesame dei supporti che le contengono, non coincidendo, il diritto di difesa, con l'esame in cancelleria dei predetti file informatici³¹.

Quanto alle tempistiche, i primi commentatori, nel tentativo di individuare quale potesse essere il congruo termine entro il quale evadere la richiesta di

²⁹ 14 A riguardo si è parlato di un'inutilizzabilità provvisoria, infatti si avrebbe un temporaneo "congelamento" dell'intercettazione che non potrà essere utilizzata fino a quando non venga corredata dalle registrazioni richieste, di modo da rendere possibile il riscontro della conformità fra queste ed i brogliacci, dato che per le Sezioni unite solamente in questo caso si potrà attribuire valore definitivo alla prova, cfr. CONTI, *Intercettazioni e inutilizzabilità: la giurisprudenza aspira al sistema*, in *Cass. pen.*, 2011, 3638. Con la pronuncia Lasala delle Sezioni unite si affermò che l'ingiustificato diniego o l'inerzia del pubblico ministero non comportano la nullità della misura (adottata legittimamente sulla base degli atti trasmessi al gip), non determinano nemmeno l'inutilizzabilità delle intercettazioni (perché nulla prevede in tal senso l'art. 271 c.p.p.), non provocano infine la perdita di efficacia della misura (giacché ciò avviene solo nei casi tassativamente previsti), ma integrano un vizio nel procedimento di acquisizione della prova per la illegittima compressione del diritto di difesa, senza intaccare l'attività di ricerca ed il risultato probatorio, configurandosi in tal senso una nullità generale a regime intermedio ex art. 178 lett. c) c.p.p.

³⁰ Così Cass., sez. VI, 14 dicembre 2011, *Pizzata*, in *Dir.pen.proc.*, 2012, 5, 561 ss con nota di SPINELLI, *Intercettazioni e difesa: il diritto alla copia delle registrazioni nel procedimento de libertate*. Sul punto v. Cass., sez. I, 10 novembre 2009, *Campolo*, in *Ced Cass.*, 245688; Cass., sez. III, 30 settembre 2009, *Kasa*, in *Arch.n.proc.pen.*, 2010, 783; Cass., sez. VI, 7 maggio 2009, *Gullo*, in *Arch.n.proc.pen.*, 2010, 622; Cass., sez. II, 7 luglio 2010, *Russo*, in *Giur.it.*, 2011, 180.

³¹ Cass., sez. VI, 24 ottobre 2012, *De Paolis e altri* in *Arc.pen.*, 2013, 2.

accesso, ritennero di dover ricercare una soluzione all'interno dell'art. 268 c.p.p., *i.e.* nei "cinque giorni" prescritti dalla norma per il deposito dei verbali e delle registrazioni delle operazioni, ma voci dissonanti si registrarono in ordine all'indicazione del *dies a quo*: per alcuni, questo sarebbe decorso dalla notificazione al difensore dell'avviso di deposito dell'ordinanza³²; per altri dall'istanza presentata dalla difesa³³. La giurisprudenza non accolse alcuno dei predetti indirizzi, scegliendo piuttosto la verifica "caso per caso" della tempestività sia della richiesta che della relativa soddisfazione³⁴.

La presentazione di un'istanza non pretestuosa e nei termini (prima cioè dello svolgimento dell'udienza camerale), avente ad oggetto le sole intercettazioni poste alla base del provvedimento non può che costituire, dunque, il presupposto logico di partenza per l'esercizio dei propri diritti.

Pena, una disfunzione patologica del sistema di impugnativa cautelare mediante recupero e "rimessa in carreggiata" di una difesa poco accorta (se non addirittura in mala fede).

Ma di questo, la Corte, sembra averne ormai piena contezza.

³² MILANI, *Le conseguenze della violazione del diritto della difesa all'ascolto delle registrazioni di conversazioni intercettate e utilizzate a fini cautelari*, in *Cass.pen.*, 2011, 486

³³ CORBO, *Il diritto di conoscere il contenuto integrale delle intercettazioni impiegate per un provvedimento cautelare personale*, in *Cass.pen.*, 2009, 3, 873

³⁴ La Suprema corte, per esempio, ha ritenuto manifestamente tardiva una richiesta di copia avanzata a meno di quarantotto ore dall'udienza di riesame. Cfr., Cass., sez. I, 24 giugno 2010, *Vinci*, in *Dir.pen.proc.*, 2011, 321.