

Cass. Pen. Sez. VI, 24/6-1/9-2010, n. 32571

Prima applicazione dei principi sanciti dalle Sezioni Unite Penali per la pratica attuazione del diritto ad avere copia delle intercettazioni sulle quali si basa il provvedimento cautelare.

Come è noto la Corte costituzionale, con la sentenza N° 36/2008, ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 268 c.p.p. *"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."*

Con tale decisione, però, si è soltanto affermata la sussistenza del diritto difensivo ad ottenere una copia della traccia fonica subito dopo l'esecuzione dell'ordinanza di custodia cautelare, senza fornire alcuna indicazione per quanto concerne la pratica attuazione di questo diritto, lasciando così all'interprete la individuazione: a) dell'autorità alla quale rivolgere la richiesta di trasposizione su nastro; b) dei termini entro i quali tale richiesta va avanzata; c) delle conseguenze della omessa positiva evasione della stessa.

Ciò ha determinato, da subito, un contrasto giurisprudenziale tra le varie sezioni della Corte di Cassazione, su quali effetti abbiano sulla procedura di riesame 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.

Tale contrasto è stato risolto dal nostro massimo organo nomofilattico con la sentenza 20300/2010, in seno alla quale sono stati 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*.

Con la stessa, sono stati affermati i seguenti principi:

- a) il diritto di accesso è stato riconosciuto solo al difensore, e non anche all'indagato;
- b) l'autorità giudiziaria cui spetta il rilascio della copia va identificata nel pubblico ministero che procede;
- c) 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;
- d) tale diritto è esercitabile dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale;
 - e) al diritto del difensore di accedere alle registrazioni corrisponde un obbligo del pubblico ministero di assicurarlo;
 - f) poiché l'acquisizione della copia è 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, a condizione che la richiesta sia stata proposta in tempo; l'omessa soddisfazione della richiesta deve essere motivata;
 - g) il mancato rilascio della copia può essere dedotto anche davanti al Tribunale del riesame, a condizione che sia documentato; il tribunale del riesame nel riscontrato, immotivato inadempimento dell'obbligo da parte del pubblico ministero e nella sua, a quel momento, persistente inerzia, non ha poteri officiosi al riguardo;
 - h) Ove al difensore sia stato ingiustificatamente impedito il diritto di accesso alle registrazioni poste a base della richiesta del pubblico ministero, tanto comporta una nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell'art. 178 c.p.p., lett. c), soggetta al regime, alla deducibilità ed alle sanatorie di cui agli artt. 180, 182 e 183 c.p.p.. 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.

La sentenza in epigrafe, in applicazione di alcuni soltanto dei suddetti principi, ha escluso che, nel caso in specie, fosse stato leso il diritto alla estrazione di copie, e ciò a causa della tardività della richiesta del difensore.

Questi, infatti, ricevuto l'avviso di fissazione dell'udienza davanti al Tribunale del riesame per il 18/2 in data 12/2, soltanto il successivo 16/2 avanzava richiesta di copie delle intercettazioni al P.M., il quale si limitava ad autorizzare l'accesso agli atti depositati.

La Corte, evidenziando come tra i principi fissati dalle SS.UU. vi fosse quello della "distribuzione dell'onere di diligenza" tra il pubblico ministero ed il difensore, con riferimento al tema della tempestività della richiesta medesima in relazione all'udienza del tribunale per il riesame, ha ritenuto non diligente e, quindi, "oggettivamente tardiva" una richiesta avanzata a 48 ore dall'udienza del Tribunale del riesame, rigettando il ricorso.

Se, nella sostanza, appare logica la valutazione della Corte di cassazione sulla tardività della richiesta, pur tuttavia desta più di una perplessità la circostanza che detta valutazione sia stata effettuata sostituendosi al P.M., così violando due arresti fondamentali delle SS.UU.-

- 1) Invero, nella sentenza 20300/2010 si è affermato che "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."-

Nel caso in questione il P.M. non ha fornito alcuna motivazione sulla impossibilità di rilasciare le copie e tale omissione ha impedito, di fatto, al Tribunale del riesame di esercitare il controllo dovuto.

- 2) A sua volta la Corte di cassazione, formulando un giudizio sulla tempestività della richiesta, si è sostituita indebitamente al P.M., in aperta violazione del *dictum* delle SS.UU., contenuto nella sentenza Campenni (2737/2005), secondo il quale "Non è dato al giudice, sotto un profilo di ordine generale, di integrare un atto di parte, ancorché pubblica; né - proprio per quella riserva di attribuzione deliberativa al pubblico ministero - gli è dato, comunque, di sostituirsi a quest'ultimo nel rendere una motivazione giustificatrice, che quello non ha affatto reso.".

In ipotesi, pertanto, l'omessa consegna delle copie potrebbe non essere dipesa dalla tardività della richiesta (si pensi, ad esempio, ad un ufficio di Procura che abbia seguito il consiglio delle SS.UU., secondo il quale "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."), che soltanto dal P.M. avrebbe potuto essere accampata, per cui vi è stata, da parte della Corte di cassazione, una ingiustificata ed inammissibile valutazione che la legge non consente, potendo il Giudice soltanto deliberare la congruità di una motivazione, ma non sostituire la propria a quella mancante.

Non mancherà, ad avviso dello scrivente, un nuovo intervento sul punto delle Sezioni Unite.

Avv. Ernesto Pino, componente della Commissione di diritto e procedura penale.