

## **L'ADDEBITO PROVVISORIO NELLA FASE DELLE INDAGINI, IN MATERIA DI INTERCETTAZIONI E DI MISURE CAUTELARI**

### **1. IMPUTAZIONE PROVVISORIA ED INTERCETTAZIONI.**

Le principali questioni problematiche in materia di rapporti tra addebito provvisorio, attività d'intercettazione ed utilizzabilità dei relativi risultati sono essenzialmente tre, ovvero:

1) se il G.i.p. possa autorizzare o convalidare le intercettazioni per una fattispecie di reato diversa od ulteriore rispetto a quella ipotizzata dal P.M., ma evincibile dalla descrizione dei fatti operata da quest'ultimo e rilevabile dagli atti prodotti dallo stesso, nonché ricompresa nel catalogo dell'art. 266, c.p.p. (ovvero tra i reati di cui all'art. 13, L. n°203/1991);

2) se siano utilizzabili i risultati delle intercettazioni disposte per un titolo di reato che le consente, qualora, all'esito delle stesse e/o delle ulteriori indagini, i fatti accertati integrino una fattispecie che non le avrebbe consentite (cc.dd. reati "sotto soglia");

3) se siano utilizzabili i risultati delle intercettazioni disposte per un titolo di reato che le consente, anche per la prova di un fatto di reato diverso, risultante da esse, ma non rientrante tra quelli previsti dall'art. 266, c.p.p. (ovvero tra i reati di cui all'art. 13, L. n°203/1991).

La prima questione, in realtà, non pone soverchi problemi: si tratta, in altri termini, esclusivamente di stabilire se il giudice possa o meno procedere alla corretta qualificazione giuridica dei fatti su cui il P.M. fonda la sua richiesta.

Alla soluzione affermativa sembra potersi accedere con sufficiente tranquillità.

Laddove, ossia, nei fatti descritti dal P.M. nella sua richiesta o nel suo decreto autorizzativo d'urgenza, e negli atti allegati a sostegno di questi, il G.i.p. ravvisi fattispecie di reato diverse, ed anche più gravi di quelle ipotizzate dall'a.g. inquirente (ad es., una concussione, anziché una corruzione propria), ovvero ulteriori rispetto a queste, purchè comunque annoverabili tra quelle che permettono le intercettazioni, ben potrà disporre tale mezzo di ricerca della prova in relazione al reato da lui ritenuto.

Per la verità, sullo specifico punto, non c'è giurisprudenza immediatamente reperibile<sup>1</sup>, e la ragione può facilmente intuirsi: in effetti, nella pratica quotidiana, o le intercettazioni hanno buon

---

<sup>1</sup> L'unica o, comunque, la più citata è Cass. pen., sez. II, 21.4.1997, n° 2873, ric. Viveri: *"in tema di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, poiché l'indicazione del titolo di reato effettuata dal pubblico ministero nella sua richiesta di autorizzazione ha un carattere generico e non vincolante, il giudice per le indagini preliminari, sulla base degli atti trasmessigli a corredo della richiesta, ben può indicare il reato che da tali atti è ipotizzabile e che consente di avvalersi di tale mezzo di ricerca della prova, poiché ciò che conta è che il provvedimento autorizzativo riguardi la fattispecie criminosa emergente dalle indagini fino a quel momento compiute e che questa rientri nella categoria di quelle tassativamente indicate dalla legge"*. In letteratura giungono alla medesima conclusione E. APRILE - F. SPIEZIA, *Le intercettazioni telefoniche e ambientali*, ed. Giuffrè, 2004. Contra, APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, ed. Jovene, Napoli, 2010, p. 235 ss..

esito, e quindi, di solito, la fattispecie si definisce *in itinere*, risolvendosi da sè il problema della più corretta qualificazione giuridica dei fatti; oppure tale attività istruttoria non approda a nulla di rilevante, e quindi quei provvedimenti del G.i.p. rimangono quiescenti negli *interna corporis* del fascicolo.

La soluzione affermativa, allora, può ragionevolmente fondarsi sui principi di un sistema, qual è il nostro, *accusatorio ma non troppo*, che affida ad un'autorità giudiziaria diversa da quella inquirente ampi poteri di controllo anche nella fase delle indagini. E, tra tali prerogative, certamente un ruolo di primo piano è assegnato al potere-dovere di corretta qualificazione giuridica del fatto, riconosciuto al g.i.p. in ambiti assai più delicati, come le misure cautelari - tema sul quale ci intratterremo più avanti - od anche in materia di archiviazione.<sup>2</sup>

Sicuramente più interessanti si presentano le altre due questioni, che, peraltro, conviene trattare congiuntamente, dal momento che, non di rado, dalla giurisprudenza, anche da quella di legittimità, non sono state nitidamente percepite nella loro differenza. Questioni, peraltro, di frequente verifica pratica, di immediato impatto sul procedimento e dalla cui risoluzione dipende la perdita di materiale istruttorio spesso prezioso ovvero, da altro versante, la compromissione di fondamentali diritti del cittadino, attraverso il c.d. fenomeno della "*criptoimputazione*", come suole indicarsi il disinvoltato ricorso alla prospettazione di addebiti che sembrano rientrare nelle categorie indicate dall'art. 266, c.p.p., ma che devono ritenersi esclusi.

Orbene, sulla utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni là dove i **fatti** accertati risultino **diversamente qualificabili rispetto all'ipotesi di reato originaria**, pur quando si tratti di fattispecie non comprese tra quelle per le quali è consentito sperimentare tale mezzo istruttorio, non v'è più alcun significativo contrasto.

Del resto, una siffatta lettura appare sviluppo coerente di un altro dato ormai acquisito: quello per cui, ossia, i "*gravi indizi di reato*" vanno intesi "*non in senso probatorio (ossia come valutazione del fondamento dell'accusa), ma come vaglio di particolare serietà delle ipotesi delittuose configurate, che non devono risultare meramente ipotetiche, richiedendosi una ricognizione sommaria degli elementi dai quali sia dato desumere la probabilità dell'avvenuta consumazione di un reato e non un'esposizione analitica, né tanto meno l'evidenziazione di un esame critico degli stessi*" (in questi termini, **Cass. pen., sez. VI, 7.11.2006, ric. Froncillo; idem, 26.2.2010, n° 10902**).

Tra le pronunce di legittimità più recenti, nel senso qui sostenuto, si può leggere **sez. I, sentenza n° 24163 del 19.5.2010, Rv. 247943**: "*sono utilizzabili i risultati delle intercettazioni disposte in riferimento ad un titolo di reato per il quale le medesime sono consentite, anche quando l'imputazione venga successivamente modificata e il giudizio di colpevolezza venga conseguentemente emesso per una fattispecie di reato per cui non sarebbe stato possibile autorizzare le operazioni di intercettazione*".

Per i precedenti conformi, tra i più significativi, si vedano: di recente, sez. I, sentenza n° 19852 del 20.2.2009, ric. Gioffrè; risalendo più indietro nel tempo, sez. VI, sentenza n° del 7.1.1997, n° 7, ric. Pacini Battaglia<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> In generale, sin d'ora si può evidenziare come anche in dottrina si sia giunti a parlare di "*mera accessorietà della qualificazione giuridica del fatto rispetto al nucleo materiale dell'addebito mosso all'indagato*", muovendo dall'osservazione per cui l'art. 335, cpv., c.p.p., per l'ipotesi del mero mutamento di tale qualificazione, preveda soltanto l'aggiornamento dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato, e non una nuova iscrizione (DEAN, *Qualifica giuridica del fatto nella fase delle indagini preliminari*, in Giur. it., 1990, II, c. 412).

<sup>3</sup> Questa sentenza ha segnato uno dei primi e più significativi asserti nella materia. La sua citazione, pertanto, si potrebbe dire *obbligata*, quantunque essa si sia occupata *ex professo*, in realtà, del regime di utilizzabilità delle intercettazioni disposte per reati di criminalità organizzata, ai sensi dell'art. 13, L. n° 203/1991. Uno dei passaggi argomentativi, tuttavia, si attaglia perfettamente alla questione di cui si va trattando e, pertanto, può essere utile riportarlo per esteso: «... *sul punto se il delitto per il cui perseguimento è stata disposta l'intercettazione non rientra fra quelli per l'autorizzazione alle intercettazioni introdotto con l'art. 13 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152,*

Ma una ricostruzione puntuale ed articolata del profilo in esame l'ha compiuta, piuttosto di recente, **Cass. pen., sez. VI, sentenza n° 50072 del 20.10.2009 (dep. 31.12.2009), Rv. 245699, ric. Bassi**: nella quale, peraltro, si è dato pure atto che il ricorso era stato rimesso alle SS.UU. e che, tuttavia, il presidente lo aveva restituito alla sezione rimettente, proprio perché non aveva ravvisato un contrasto di giurisprudenza sul punto.<sup>4</sup>

Qui di seguito si riportano i passi più rilevanti della relativa motivazione:

*«La diversa qualificazione del fatto può essere frutto, come nella specie, di una successiva valutazione del pubblico ministero in sede di formalizzazione dell'accusa all'atto dell'esercizio dell'azione penale ovvero di un apprezzamento del giudice, sia in udienza preliminare sia nei vari gradi di giudizio; e tale distinzione potrebbe in astratto implicare soluzioni differenti rispetto alla questione di diritto accennata.*

*Va però considerato che, come riconosciuto dalla sentenza impugnata e dallo stesso Ufficio ricorrente, sul tema, senza particolari affermazioni di principio relativamente a distinzioni che tengano conto del momento in cui interviene la nuova qualificazione del fatto, sono registrabili due risalenti decisioni in seno alla giurisprudenza di legittimità, che divergono circa l'interpretazione dell'espressione "l'intercettazione ... è consentita nei procedimenti relativi ai seguenti reati", contenuta nell'alinella dell'art. 266 c.p.p., comma 1, a seconda che ad essa si attribuisca un significato storico (ipotesi di reato apprezzata nel momento in cui si dispone l'intercettazione) ovvero ontologico (ipotesi di reato su cui verte l'accertamento giudiziale).*

*Secondo Sez. 6<sup>a</sup>, 22 marzo 1994, Dell'Erba, è consentito al giudice di valutare i risultati di intercettazioni telefoniche o ambientali, ritualmente autorizzate per lo stesso fatto - sia pure inquadrato in una diversa ipotesi di reato - purchè in seguito alla mutata qualificazione giuridica di tale fatto, esso resti punibile con una delle pene indicate nell'art. 266 c.p.p., comma 1, lett. a).*

*Stando invece a Sez. 3<sup>a</sup>, 28 febbraio 1994, Rocca, nell'ipotesi in cui una intercettazione venga ritualmente ordinata con riferimento al reato per il quale si procede e successivamente l'imputazione venga mutata in altra, per la quale l'intercettazione stessa non sarebbe stata ammissibile, la prova acquisita è utilizzabile, in quanto il divieto di cui all'art. 271 c.p.p. è imposto soltanto con riferimento ai provvedimenti adottati in casi non consentiti.*

*Se l'atto è invece legittimo, i suoi risultati mantengono tale carattere anche se la modifica della qualificazione giuridica del reato fa diventare, con valutazione postuma, non più conforme alla previsione processuale la intercettazione eseguita.*

*Tale seconda linea interpretativa può dirsi ormai consolidata, essendo stata seguita da numerose altre decisioni (in particolare rese in tema di applicazione della L. n. 269 del 1998): Sez. 3<sup>a</sup>, 25*

---

*convertito dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, l'intercettazione deve ritenersi legittimamente disposta ed è perciò utilizzabile a fini di prova quando sia stata autorizzata con riferimento ad un'ipotesi delittuosa rientrante nella categoria dei reati di criminalità organizzata ed all'esito dell'istruttoria l'azione penale venga esercitata per un reato non compreso nella detta categoria (cfr. Sez. VI, 24 febbraio 1995, Galvanin).*

*L'affermazione di quest'ultimo principio, che conduce comunque a ricondurre la legittimità dell'intercettazione disposta adottando la disciplina dell'art. 13 al momento procedimentale in cui la captazione viene richiesta e autorizzata, con impossibilità sulla base del panorama retrospettivamente derivante dal prosieguo delle intercettazioni e delle altre acquisizioni, è la risultante di una soluzione interpretativa alla quale questa Corte era già pervenuta nell'indicare il regime di utilizzazione delle intercettazioni. Si era, più in particolare, precisato che nell'ipotesi in cui una intercettazione venga ritualmente ordinata con riferimento al reato per il quale si procede, che in astratto preveda la pena massima superiore a cinque anni, e successivamente l'imputazione venga mutata in altra, per la quale l'intercettazione stessa non sarebbe stata ammissibile, la prova acquisita è utilizzabile, in quanto il divieto di cui all'art. 271 c. p. p. è imposto soltanto con riferimento ai provvedimenti adottati in casi non consentiti (Sez. III, 28 febbraio 1994, Rocca, 197616). Una soluzione interpretativa, oltre che del tutto corretta, anche di assoluto rilievo, perché con essa vengono fissati ambiti di puro ordine formale al sindacato sui provvedimenti autorizzatori delle intercettazioni e che è da ritenere ius receptum nella giurisprudenza di questa Corte Suprema, che mentre, per un verso, ha affermato l'insindacabilità dell'atto di autorizzazione, ha, per un altro verso, sotto il profilo della utilizzazione del contenuto della captazione, comunque riferito all'opera di controllo della richiesta nel momento della sua proposizione il rispetto delle regole riguardanti il regime di utilizzabilità.»*

<sup>4</sup> In letteratura, invece, persistono voci dissenzienti: L. FILIPPI, Commento all'art. 271, in *Codice di procedura penale Commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, IPSOA, 2010.

settembre 2008, Barotto; Id., 3 giugno 2008, Malentacca; Id., 6 dicembre 2007, Gulli<sup>5</sup>; e altre conformi della stessa Sezione Terza; nonchè, con riferimento al presupposto costituito dall'essere il reato di criminalità organizzata, ai fini dello speciale regime di cui all'art. 13 maggio 1991, n. 152, derogativo della previsione di cui all'art. 266 c.p.p., comma 2, Sez. 6<sup>a</sup>, 24 febbraio 1995, Galvanin; Id., 7 gennaio 1997, Pacini Battaglia; Sez. 5<sup>a</sup>, 20 ottobre 2003, Altamura; Sez. 4<sup>a</sup>, 28 settembre 2005, Cornetto.

Appare invece non perfettamente centrata sul tema, benchè menzionata dal ricorrente a sostegno della sua tesi, Sez. 6<sup>a</sup>, 24 giugno 2005, Bellato, che, pur privilegiando il criterio della riferibilità alla fattispecie originaria, ha riguardo al diverso canone limitativo posto dall'art. 270 c.p.p., comma 1, a proposito della utilizzazione delle intercettazioni in altri procedimenti (caso in cui non sussiste alcuna originaria valutazione giudiziale circa la legittimità dell'utilizzazione delle intercettazioni in relazione alla natura dei reati, in mancanza di un decreto autorizzativo).

Peraltro, in simile fattispecie, Sez. 1<sup>a</sup>, 20 febbraio 2009, Gioffrè sembra attribuire rilievo alla valutazione di non arbitrarietà della originaria qualificazione giuridica del fatto da parte del pubblico ministero, poi rivisitata alla luce di nuove acquisizioni processuali.

Ritiene la Corte che sia da confermare l'orientamento consolidato, che potrebbe dirsi univoco, registrandosi, a quello che consta, almeno a livello di giurisprudenza di legittimità, un solo precedente in senso contrario, molto risalente nel tempo.

Invero, l'art. 266 c.p.p., nel delimitare le fattispecie per le quali sono attivabili le intercettazioni, si rapporta chiaramente al momento in cui è ravvisata l'ipotesi criminosa, e cioè a quello della richiesta del p.m. e del conseguente provvedimento autorizzativo del giudice; e tale indicazione risulta confermata dall'art. 267 c.p.p., comma 1, che, nell'individuare i presupposti di questo mezzo di ricerca della prova, fa riferimento a "gravi indizi di reato" e alla necessità che l'intercettazione sia "assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini".

Posto dunque che, normativamente, la base legale su cui fonda la richiesta del pubblico ministero e, soprattutto, il decreto autorizzativo del giudice, è la sussistenza di (gravi) indizi di uno dei reati contemplati dall'art. 266 c.p.p., per sostenere che una mutata qualificazione del fatto-reato renda successivamente inutilizzabili le intercettazioni legittimamente disposte dovrebbe farsi riferimento a una disposizione o a un principio da cui possa discendere tale conseguenza.

Ma una simile indicazione normativa o sistematica non si rinviene; che anzi proprio la norma che specificamente si occupa della inutilizzabilità delle intercettazioni, l'art. 271 c.p.p., comma 1, collega tale sanzione processuale all'evenienza che queste "siano state eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge" o "non siano state osservate le disposizioni previste dall'art. 267 e art. 268, commi 1 e 3", così riportandosi proprio al momento genetico dell'attività di intercettazione.

Nel provvedimento impugnato il G.u.p. rileva che, ammettendosi la possibilità di mutare la qualificazione giuridica del fatto nel successivo sviluppo del procedimento, si finirebbe per consentire un "facile aggiramento dell'art. 266", e che "l'iniziale autorizzazione all'intercettazione sarebbe comunque oggettivamente fondata su un errore nella qualificazione del reato, che non potrebbe certo ridondare in danno per l'indagato, alla cui esclusiva tutela l'art. 266 è inteso".<sup>6</sup>

Ma con tale argomento non si considera, in primo luogo, che la imprescindibile funzione del giudice, cui è demandato lo scrutinio dei presupposti di attivabilità delle intercettazioni è quella di affermare in ogni momento il rispetto della legalità del procedimento e non certo quella di prestarsi a "facili aggiramenti" delle norme di legge per compiacere alle richieste del pubblico ministero o di chicchessia; e, in secondo luogo, che la mutazione della qualificazione giuridica del fatto non è

<sup>5</sup> Valga per tutte la massima relativa a quest'ultima: "in tema di reati contro la libertà sessuale dei minori, gli elementi di prova acquisiti in conseguenza dell'attività di contrasto di agenti sotto copertura regolarmente autorizzata al fine di accertare una delle fattispecie delittuose contemplate dall'art. 14, comma 1, L. n. 269 del 1998 sono legittimamente utilizzabili quand'anche, successivamente, la condanna sia intervenuta in ordine ad altra fattispecie delittuosa che, ab origine, non avrebbe consentito la predetta attività." (la sentenza reca il n° 16665).

<sup>6</sup> Si allude, evidentemente, a quelle che, con termini più eleganti ma anche più espliciti, sono state definite "forme di abuso consistenti in fenomeni di iperqualificazione del fatto per fini endoprocessuali" (PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale*, Torino, 1997, p. 248).

di per sè indice di un "errore" del giudice che ha autorizzato le intercettazioni sulla base di una determinata ipotesi di reato, potendo tale evenienza derivare, come anzi normalmente avviene, da successivi approfondimenti investigativi o probatori, o anche solo da una diversa interpretazione in diritto, che conducano a rappresentare giuridicamente fatti e imputazioni in termini diversi da quelli inizialmente ravvisati, i quali pertanto, proprio perchè storicamente caratterizzati, non possono definirsi senz'altro frutto di un "errore".

Per di più, la qualificazione giuridica del fatto è compito assegnato al giudice in ogni fase e grado del procedimento (si veda la norma-chiave dell'art. 521 c.p.p.), sicchè essa può anche più volte mutare nel corso del procedimento, senza che possa affermarsi, se non con la sentenza irrevocabile quale sia la qualificazione formalmente "corretta".

Tutt'altra questione è quella dell'eventuale accertamento dell'"errore" del giudice apprezzabile sulla base dei dati di conoscenza acquisiti al momento del provvedimento autorizzativo.

Ove gli elementi adottati dal pubblico ministero a sostegno della richiesta siano chiaramente riferibili a una ipotesi di reato non annoverabile nell'elenco dell'art. 266 c.p.p. e ciononostante il giudice abbia, "per errore", autorizzato l'attività intercettativa, è certo possibile all'imputato di farne questione in ogni successiva fase o grado del procedimento.

E se la doglianza è fondata, le intercettazioni dovranno essere dichiarate inutilizzabili; per effetto però non di una mutata "qualificazione giuridica del fatto" ma dell'errore commesso dal giudice al momento del decreto autorizzativo da apprezzare con valutazione "ora per allora" e tenendo presente che esso deve risultare evidente e incontrovertibile, sulla base degli elementi investigativi, portati illo tempore a conoscenza del giudice e tenuto conto della inevitabile fluidità delle ipotesi criminose in un momento normalmente posto alle prime battute dell'attività investigativa.»

A confutazione di un simile assunto, alcuni sogliono fare appello ad un'altra nota sentenza, quella, ossia, emessa da **Cass. pen., sez. VI, 15.1.2004, n° 4942, ric. Kolakoswka Bozena**.

Nell'occasione, la Corte ha escluso che potessero essere utilizzate, quali prove del reato di favoreggiamento attribuito ad un avvocato, le conversazioni intervenute ed intercettate tra persone sottoposte ad indagini per rapina ed assistite da quel legale.

Il brano della motivazione che rileva per il tema di cui si va trattando è il seguente:

«Dirimente e quindi assorbente, comunque, appare il rilievo che in ordine al reato contestato all'imputata (art. 378 c.p.), punito con la pena massima fino ad anni 4 di reclusione, non è consentita l'intercettazione di comunicazioni o conversazioni telefoniche o di altre forme di telecomunicazione ai sensi dell'art. 266, c. 1, lett. a) c.p.p..

Nessun rilievo può avere il fatto che l'intercettazione sia avvenuta in altro procedimento, riguardante soggetti diversi e per reati in relazione ai quali l'intercettazione è consentita.

Infatti l'utilizzo in un procedimento, ove l'intercettazione è stata legittimamente effettuata e di cui peraltro la difesa pone in dubbio la connessione con quello attuale (ma il tema è eventualmente subordinato), non può comportarne l'utilizzo in un diverso procedimento contro altri imputati salvo far venir meno il presupposto fondamentale dettato dalla norma citata di cui all'art. 266, c. 1, lett. a), c.p.p..

Se così non fosse, la norma in questione sarebbe surrettiziamente (e facilmente) aggirabile attraverso l'istituto della connessione, con grave pregiudizio per gli interessi sostanziali tutelati dall'art. 266 c.p.p., che intende porre un limite alla interferenza nella libertà e segretezza delle comunicazioni in conformità all'art. 15 della Costituzione.

Si deve quindi affermare con chiarezza che, se nell'ambito di intercettazioni consentite per determinati reati, emergono indizi di colpevolezza a carico di terzi per reati in relazione ai quali le intercettazioni stesse non sono consentite (e quindi non sono utilizzabili), tali intercettazioni non possono costituire il presupposto per l'incriminazione del terzo.»

Non può tuttavia sfuggire ad un lettore attento che tale pronuncia non attiene affatto alla questione della diversa qualificazione giuridica dei fatti rispetto all'originaria ipotesi posta a fondamento

dell'intercettazione, quanto piuttosto a quella - che nell'esordio del paragrafo abbiamo indicato al punto n° 3) - in cui dalle intercettazioni emerge un **fatto di reato nuovo e diverso**, che, ovviamente, non avrebbe consentito, *ab origine*, l'impiego di tale mezzo istruttorio.

La differenza, in effetti, l'ha colta - e l'ha rappresentata nitidamente - **Cass. pen., sez. III, sentenza n. 12562 del 25.2.2010, ric. Preziosi e altri**.

La relativa vicenda giudiziaria riguardava una condanna per frode in competizioni sportive, fondata sui risultati di intercettazioni disposte per un'ipotesi di associazione per delinquere finalizzata alla *clonazione* di carte di credito (poi rivelatasi inesistente e, quindi, archiviata), e proseguite in relazione ad un ipotizzato traffico di prodotti *dopanti*.

Riguardo a quello che qui interessa, la Corte ha stabilito:

*«... non sussiste il ritenuto contrasto interpretativo tra le pronunce citate nella impugnata sentenza con riferimento alla specifica questione della utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche nel caso di cui ci si occupa, e, cioè, all'ipotesi delle intercettazioni disposte per l'accertamento di un reato diverso da quello per il quale si procede in giudizio; ipotesi che sostanzialmente rispecchia la situazione esaminata nella sentenza Kolakowska.*

*Con la sentenza n. 47331 del 2005, invero, questa Suprema Corte (...) in concreto ha affrontato la questione dell'utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche ed ambientali in un procedimento diverso da quello per il quale erano state disposte, nella sussistenza dei requisiti indicati dall'art. 270 c.p.p. (intercettazioni disposte per l'accertamento dei reati di associazione a delinquere e rapine ed utilizzate nel diverso procedimento afferente alle fattispecie del traffico ovvero detenzione e spaccio di stupefacenti). Altre pronunce di questa Corte, citate dai giudici di merito, o che comunque si sono occupate della questione della utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche e ambientali, si riferiscono sempre o alla individuazione dei limiti di applicabilità del disposto di cui all'art. 270 c.p.p., concernente l'utilizzazione delle intercettazioni in un procedimento diverso, che nel caso in esame, come affermato nelle impugnate sentenze, non ricorre (sez. 2, 2004/9579, Amato, RV 228384; conf. 1999/4007, RV 213587; 1999/14595, RV 216206; 1997/1972, RV 210044), ovvero all'ipotesi in cui le intercettazioni telefoniche o ambientali sono state utilizzate legittimamente per l'accertamento di una fattispecie criminosa per la quale erano consentite e successivamente venga mutata la qualificazione giuridica del fatto con la ritenuta sussistenza di un'ipotesi di reato diversa, che non avrebbe consentito le intercettazioni ai sensi dell'art. 266 c.p.p. (cfr. sez. 3, 28.2.1994 n. 5331, Rocca ed altri, RV 197616; sez. 6, 2005/33751, Beliate ed altri, RV 232046; sez. 1, 20.2.2009 n. 19852, Giofrè, RV 243780).*

*Diverso è ovviamente il caso in cui, disposte le intercettazioni per l'accertamento di un reato per il quale siano consentite o per il titolo della fattispecie criminosa ovvero per l'entità della pena comminata, non emergano elementi di prova di detto reato, bensì solo quelli di una diversa fattispecie, in relazione alla quale le intercettazioni non sono consentite ai sensi dell'art. 266 c.p.p.. Con riferimento all'ipotesi così precisata e di cui in concreto si tratta, questa Corte ritiene di non doversi discostare dall'indirizzo interpretativo espresso nella sentenza n. 4942 del 2004, che ha affermato la inutilizzabilità delle intercettazioni, e che, per quanto osservato, non risulta puntualmente contrastato da un'interpretazione contraria.*

*Giova ricordare, a sostegno della interpretazione della norma nei sensi indicati, che con reiterate pronunce la Corte Costituzionale, nell'affermare la infondatezza della questione di legittimità dell'art. 266 c.p.p., ha osservato che nell'art. 15 Cost. "trovano protezione due distinti interessi: quello inerente alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni, riconosciuto come connaturale ai diritti della personalità definiti inviolabili dall'art. 2 Cost., e quello connesso all'esigenza di prevenire e reprimere i reati, vale a dire ad un bene anch'esso oggetto di protezione costituzionale". Ha osservato, poi, il giudice delle leggi che gli art. 266 c.p.p. e seguenti, nello stabilire i limiti di ammissibilità delle intercettazioni e in modo puntuale i provvedimenti con cui devono essere disposte, le modalità con le quali eseguite ed i limiti alla loro utilizzabilità, costituiscono una attuazione dei predetti interessi costituzionalmente protetti, nel giusto temperamento che la loro applicazione necessariamente impone. Ed, infatti, "le speciali*

garanzie previste dalle norme appena ricordate a tutela della segretezza e della libertà di comunicazione telefonica rispondono all'esigenza costituzionale per la quale l'inderogabile dovere di prevenire e di reprimere reati deve essere svolto nel più assoluto rispetto di particolari cautele dirette a tutelare un bene, l'inviolabilità della segretezza e della libertà delle comunicazioni, strettamente connesso alla protezione del nucleo essenziale della dignità umana e al pieno sviluppo della personalità nelle formazioni sociali (art. 2 Cost.)." (Corte Cost. n. 81 del 1993; n. 366 del 1991; 223 del 1987; n. 120 del 1975; n. 98 del 1976).

Discende quale corollario logico dai citati principi che le norme del codice di rito in materia di intercettazioni telefoniche ed ambientali si pongono quale punto di equilibrio di interessi egualmente garantiti dalla Costituzione e devono, perciò, necessariamente formare oggetto di rigorosa interpretazione. È stato reiteratamente affermato dalla Corte Costituzionale (sent. n. 81 del 1993; n. 34 del 1973), con riferimento alle intercettazioni, a conferma dell'esigenza di un particolare rigore interpretativo in detta materia, che non possono validamente ammettersi in giudizio mezzi di prova che siano stati acquisiti attraverso attività compiute in violazione delle garanzie costituzionali poste a tutela dei fondamentali diritti dell'uomo o del cittadino.

Sicché, se il legislatore ha ritenuto che l'inviolabilità della segretezza e della libertà delle comunicazioni debba incontrare un limite nella esigenza di reprimere la commissione di reati di particolare gravità, quali quelli individuati nell'art. 266 c.p.p., è evidente che tale limite non può essere modificato mediante la utilizzazione in sede processuale delle risultanze di intercettazioni, al fine di accertare reati per i quali tale mezzo di indagine, invasivo della libertà e segretezza delle comunicazioni private, non è consentito, anche se originariamente disposto per l'accertamento di una diversa fattispecie criminosa, rivelatasi inesistente.

Diverso ovviamente è il caso in cui nell'ambito dello stesso procedimento vengano giudicati reati diversi, connessi tra loro, per alcuni dei quali le intercettazioni telefoniche o ambientali erano consentite, sicché ne risulti legittima l'utilizzazione. Si palesa opportuno osservare sul punto che i concetti di utilizzazione in altri procedimenti, contenuto nell'art. 270 c.p.p. e di inutilizzabilità di cui all'art. 271 c.p.p. appaiono identificativi dell'uso processuale del mezzo di prova (cfr. sent. Corte cost. n. 366 del 1991), sicché, una volta che le intercettazioni telefoniche o ambientali sono legittimamente entrate a far parte del processo, sia nell'ipotesi in cui vengano utilizzate per l'accertamento di un reato connesso, indipendentemente dall'esito del relativo giudizio, sia nell'ipotesi in cui il reato per il quale erano state disposte successivamente venga diversamente qualificato, non possono essere dichiarate inutilizzabili con riferimento alla fattispecie per la quale non sarebbero state consentite. Va anche osservato che proprio attraverso la utilizzazione processuale il contenuto delle conversazioni telefoniche o ambientali diviene, o dovrebbe divenire, di pubblico dominio.

Va, infine, precisato che la inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni afferenti a reati che non le consentano, ai sensi dell'art. 266 c.p.p., non ne esclude la funzione di notizia di reato (cfr., tra le altre, la citata sent. n. 366 del 1991), come tale utilizzabile dalla pubblica accusa per l'espletamento delle necessarie indagini.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> A margine ed in conclusione, val la pena ricordare che, della questione di cui si va discorrendo, si è occupato anche il noto "d.d.l. Alfano" del 2008 in materia di intercettazioni, attualmente quiescente, ma non si sa per quanto. Con esso si vorrebbe vietare l'uso dei risultati delle intercettazioni, "qualora, nell'udienza preliminare o nel dibattimento, il fatto risulti diversamente qualificato e in relazione ad esso non sussistono i limiti di ammissibilità previsti dall'art. 266".

Il tema, come si sa, non è nuovo. Già in un precedente d.d.l. governativo, infatti, si era previsto che, «qualora il reato inizialmente ipotizzato venga modificato, nel corso delle indagini e fino alla conclusione dell'udienza preliminare, i risultati non sono inutilizzabili se l'intercettazione non è ammessa in relazione al nuovo titolo di reato in contestazione» (n° 3964/S/99).

La motivazione sottostante a tali intenti riformatori si percepisce agevolmente, ed è quella della incoercibile sfiducia del ceto politico verso i pubblici ministeri ed i g.i.p., per lo più visti come pedissequi "passacarte" dei primi. Ma sarebbe agevole osservare - come ha fatto G. MELILLO, *Le intercettazioni tra diritto alla riservatezza ed efficienza delle indagini*, in Cassaz. pen., 2000, 12, 3482 - che "l'effetto obiettivamente sanzionatorio connesso, sul piano delle utilità processuali, alla modificazione dell'originaria qualificazione del fatto potrebbe ben discendere, cristallizzandosi le condizioni di utilizzabilità soltanto al momento della conclusione dell'udienza preliminare, non già da atteggiamenti

## 2. IMPUTAZIONE PROVVISORIA E QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL FATTO NELLE MISURE CAUTELARI.

Se, per deferire qualcuno a giudizio, è necessaria “*l'enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto, delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza, con l'indicazione dei relativi articoli di legge*” [così recitano, infatti, con identica formula testuale, l'art. 417, co. 1, lett. b), l'art. 429, co. 1, lett. c), e l'art. 552, co. 1, lett. c), del codice di rito], per emettere una misura cautelare personale è sufficiente “*la descrizione sommaria del fatto con l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate*” [art. 292, co. 1, lett. b), stesso codice].

Si tratta di una formula che certamente segna un passo in avanti, nell'ottica delle garanzie difensive, rispetto, per esempio, a quanto prevedeva il codice del 1930 per l'allora denominato “mandato di cattura”, il quale poteva limitarsi a contenere un “*cenno sommario del fatto, con l'indicazione degli articoli di legge che lo prevedono*” (art. 264, co. 1, n° 2). E', però, innegabile che essa richiede contenuti descrittivi decisamente inferiori, o - se si preferisce - meno precisi, rispetto a quelli della *imputazione* in senso proprio.

Quali siano codesti contenuti minimi lo hanno spiegato più volte le **Sezioni Unite** della Cassazione: “*l'ordinanza che dispone la misura cautelare richiede, ai sensi di legge, soltanto... una sintetica e sommaria precisazione delle linee esterne della contestazione, atta a consentire all'indagato di conoscere il fatto nelle sue linee generali e di esercitare il diritto di difesa*” (**sent. 25.3.1998, n° 9, ric. D'Abramo**); ed ancora: “*il requisito della descrizione sommaria del fatto con l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate... ha la funzione di informare l'indagato o l'imputato circa il tenore delle accuse che gli vengono mosse, al fine di consentirgli l'esercizio del diritto di difesa: ne consegue che esso può dirsi soddisfatto quando i fatti addebitati siano indicati in modo tale che l'interessato ne abbia immediata e compiuta conoscenza, a nulla rilevando che risultino richiamati esclusivamente gli articoli di legge relativi all'oggetto della contestazione*” (**sent. 14.7.1999, n° 16, ric. Ruga**).<sup>8</sup>

---

*«un po' troppo disinvolti» ovvero comunque da lacune investigative od erranee valutazioni del rilievo degli indizi raccolti, bensì dalle stratificazioni istruttorie possibili soltanto a seguito delle deduzioni difensive eventualmente conseguenti all'avviso della chiusura delle indagini preliminari ovvero alle iniziative istruttorie ufficiose del giudice dell'udienza preliminare.*

Ma, ancor prima, tali conati legislativi peccano di approssimazione. Come è stato acutamente osservato (F. RUGGIERI, “*Il disegno di legge governativo sulle intercettazioni : poche note positive e molte perplessità*”, in Cass. pen., 2008, 06, 2239), “*se il legislatore, come sembra pensare anche quello del 2008 e come pare perfettamente conforme a Costituzione [e come ha sancito anche la Cassazione nelle sentenze evocate nel testo: n.d.e.], ritiene che la riserva giurisdizionale al fine di poter limitare legittimamente il diritto alla privacy possa e debba essere garantita al momento in cui le intercettazioni sono disposte, delle due l'una. Se al momento della richiesta sussistono i gravi indizi per uno dei reati di cui all'art. 266 c.p.p., può anche essere del tutto fisiologico che le indagini successive o addirittura le stesse risultanze intercettative consentano di prospettare un altro reato; e in tal caso l'estromissione dal processo di intercettazioni perfettamente conformi al dettato legislativo non ha alcuna ragione di essere. Se, viceversa, il provvedimento autorizzativo è stato emesso fuori dai casi consentiti, perché non sussistevano i gravi indizi del reato per cui la limitazione della inviolabilità della corrispondenza sarebbe stata consentita, la norma è del tutto inutile perché in tal caso le intercettazioni sono inutilizzabili ai sensi dell'art. 271, comma 1, c.p.p.*”.

<sup>8</sup> Per un tentativo di definizione della “imputazione cautelare”, vds. VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, Padova 2004, pag. 89, che parla di “*attribuzione, ad un soggetto determinato, di un fatto penalmente significativo, accompagnato dagli eventuali elementi accidentali sfavorevoli, idonei a produrre, alla stregua del sottosistema cautelare, effetti immediati di regolamento della fattispecie*”.

A questo aggiungasi, che - a differenza di quanto previsto dal cit. art. 417 per la richiesta di rinvio a giudizio, o dall'art. 552, anch'esso già ricordato, per il decreto di citazione diretta a giudizio - nessuna norma indica con precisione il contenuto della *contestazione cautelare* da parte del P.M.. L'art. 291, co. 1, c.p.p., infatti, prevede solamente che questi esponga al giudice "*gli elementi su cui la richiesta si fonda*", senza alcun obbligo di descrizione del fatto né, ancor meno, di indicazione del titolo di reato.<sup>9</sup>

Peraltro, privilegiando una lettura in chiave teleologica e sostanzialistica di tali già scarni dati normativi, la Cassazione ha escluso la necessità di particolari formalità, affermando che la descrizione del fatto non richiede la redazione di un formale capo di incolpazione e può essere desunta anche dal contesto motivazionale del provvedimento, dal richiamo alla richiesta del P.M., ovvero dalle contestazioni effettuate in udienza, nel caso di convalida dell'arresto o del fermo di p.g.: purchè - è l'indefettibile denominatore comune di tali affermazioni - tale descrizione presenti il requisito della inequivocabilità.<sup>10</sup>

E' di solare evidenza, pertanto, che l'ambito entro il quale può muoversi il giudice della cautela, in materia di valutazione dei fatti portati a sua conoscenza e di qualificazione giuridica degli stessi, è

---

<sup>9</sup> "*La domanda cautelare, necessaria anche per il ripristino della custodia carceraria a norma dell'art. 307 c.p.p., deve essere qualificata dall'allegazione degli atti su cui si fonda ma può anche non essere connotata da una specifica e puntuale motivazione, che invece è oggetto di obbligo per il giudice chiamato a provvedere sulla domanda stessa*" (Cass. pen, sez. fer., 25.8.2009, n° 34201, Trovato). Non manca, tuttavia, giurisprudenza che ha ritenuto rituale un provvedimento, da parte del G.i.p., di restituzione al P.M. della richiesta cautelare, con l'invito a precisarla (Cass. pen., sez. III, 28.9.2004, ric. Marchesin).

<sup>10</sup> Per una minima rassegna di giurisprudenza sul punto, si possono leggere le seguenti massime:

*"non è viziata da nullità l'ordinanza applicativa della custodia cautelare in carcere priva dell'indicazione delle norme di legge violate e della descrizione sommaria del fatto, qualora la carenza di detti elementi sia compensata dal giudice nel corso dell'udienza di convalida dell'arresto, con la precisazione dei motivi di quest'ultimo e la contestazione all'indagato dei reati ravvisati a suo carico, nonché con la lettura della richiesta di misura formulata dal P.M."* (sez. I, sentenza n. 7452 del 23/1/2008, Rv. 238649, ric. Zheng);

*"in materia di misure cautelari, ai fini dell'osservanza del disposto di cui all'art. 292, comma secondo, lett. b), cod. proc. pen., secondo cui tra i requisiti dell'ordinanza applicativa di misura cautelare deve esservi quello costituito dalla "descrizione sommaria del fatto con l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate", deve ritenersi sufficiente che tali elementi siano ricavabili dalla richiesta del P.M., cui nell'ordinanza sia stato fatto espresso riferimento, ovvero anche dal contesto motivazionale dell'ordinanza medesima"* (sez. VI, sentenza n. 1158 del 9/10/2007, Rv. 238411, ric. Palmiero);

*"ai fini della validità dell'ordinanza che disponga una misura cautelare, il requisito della descrizione sommaria del fatto, pur non dovendo necessariamente essere formalizzato in un autonomo capo di imputazione, deve tuttavia risultare in modo inequivocabile, e sin dal momento dell'emissione, dal contesto del provvedimento, in quanto funzionale all'esigenza dell'indagato di difendersi mediante il confronto tra i fatti contestati e la valenza indiziaria degli elementi posti a sostegno della misura (fattispecie nella quale la Corte ha ritenuto non sufficiente un generico rinvio alla richiesta del P.M. in una corposa ordinanza di custodia cautelare emessa per partecipazione ad associazione di tipo mafioso e priva di indicazioni specifiche dei passi in cui dovesse ricercarsi la descrizione dei fatti ascritti all'indagato: sez. V, sentenza n. 15134 del 7/3/2007, Rv. 236148, ric. Milano);*

*"la descrizione sommaria del fatto, con l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate... può considerarsi adeguatamente compiuta quando il provvedimento restrittivo, deliberato contestualmente alla convalida dell'arresto o del fermo, sia inserito nel verbale della relativa udienza, ed in quest'ultimo sia dato atto della intervenuta lettura della richiesta introduttiva del P.M., la quale risulti contenere una precisa descrizione del reato contestato"* (sez. IV, sentenza n. 20895 del 13/4/2005, Rv. 231824, ric. Aouini);

*"ai fini dell'osservanza del disposto di cui all'art. 292, comma primo, lett. b), cod. proc. pen.,... deve ritenersi sufficiente che tali elementi siano ricavabili dalla richiesta del P.M., cui nell'ordinanza sia stato fatto espresso riferimento, ovvero anche dal contesto motivazionale dell'ordinanza medesima, sempre che, in detta seconda ipotesi, la loro indicazione risulti funzionale all'adozione della misura cautelare e non trattisi, invece, di affermazioni discorsive o di "obiter dicta"* (sez. I, sentenza n. 29653 del 17/6/2003, Rv. 226138, ric. Santimone);

*"qualora venga disposta una misura cautelare dopo la pronuncia della sentenza di condanna, è sufficiente ad integrare il requisito dell'ordinanza applicativa richiesto dall'art. 292, comma 2, lett. b), c.p.p., l'indicazione del titolo giuridico delle imputazioni per le quali la condanna è intervenuta, in considerazione della possibilità di completa identificazione da parte degli imputati dei fatti oggetto delle imputazioni, di cui sono a piena conoscenza a seguito del contraddittorio dibattimentale e della decisione adottata all'esito di esso"* (sez. VI, 12.3.2003, n° 30580, ric. Maesano).

ben più ampio di quello a disposizione del giudice del dibattimento, nonché delimitato da confini meno netti.

La *pietra angolare* della costruzione giurisprudenziale nella materia è rappresentata certamente dalla sentenza delle **Sezioni Unite del 22.10.1996, n° 16, ric. Di Francesco**, che non solo ha tracciato i limiti del difetto di correlazione tra contestazione e decisione, ma - per la parte che qui più interessa - ha riconosciuto a chiare lettere, anche in capo al giudice delle misure cautelari, il potere di riqualificare i fatti, purchè immutati.

La massima ufficiale, *in parte qua*, è perentoria, ma forse un po' troppo sintetica: *“al giudice per le indagini preliminari, in sede di applicazione della misura cautelare ai sensi dell'art. 292 cod. proc. pen., ed al tribunale, in sede di riesame o di appello ai sensi degli artt. 309 e 310 cod. proc. pen., è consentito modificare la qualificazione giuridica data dal pubblico ministero al fatto per cui si procede”*.

E' più utile, pertanto, richiamarne testualmente alcuni passi della motivazione, nella quale la Corte ha affrontato, tra gli altri, anche l'aspetto dei rapporti e delle eventuali interferenze, riguardo al profilo in esame, tra procedimento cautelare e processo di cognizione.

Hanno spiegato, dunque, le Sezioni Unite che *«la definizione giuridica del fatto non è il fatto e che “modificare la definizione giuridica del fatto” non solo non significa modificare il fatto, ma non significa neppure modificare l'imputazione (...)*.

*Se la modificazione della definizione giuridica del fatto non è modificazione della imputazione, deve dirsi che “la imputazione formulata dal p.m.”, che, secondo la direttiva, deve essere enunciata nel decreto che dispone il giudizio, altro non è se non la formulazione del fatto così come descritta dal p.m. originariamente o a seguito delle modificazione previste nell'articolo 423 c.p.p.. Questa formulazione deve essere accompagnata, è vero, - lo richiede l'articolo 417 c.p.p. - dalla indicazione dei relativi articoli di legge; ma, siffatta indicazione, non toccando, appunto, il fatto, essendo attinente alla fattispecie astratta e non a quella concreta, non incidendo sull'esercizio dell'azione penale o sui diritti della difesa, come si argomenta dall'articolo 521 c.p.p., può ben essere modificata dal giudice senza che ciò implichi che il giudice non enunci la imputazione formulata dal p.m.. (...)*

*... nella fase delle indagini preliminari - il giudice - il g.i.p., il tribunale in sede di riesame o in sede di appello - non ha, oltre tutto, dinanzi a sé una imputazione formulata dal p.m., ma, una richiesta “contenente spesso, addebiti provvisori e anche sommari”, richiesta per il cui controllo il p.m. deve trasmettere al giudice, insieme con la stessa, tutti gli elementi sui quali si fonda, dai quali il giudice può legittimamente dedurre che quel fatto, tradotto in una certa fattispecie astratta, corrisponde, in verità, ad un'altra fattispecie astratta, anche se - e questo vale, ovviamente, per tutti i procedimenti de libertate - la correzione della qualificazione giuridica non va oltre il procedimento incidentale de libertate. (...)*

*Il ricorrente ha, altresì, eccepito che la diversa qualificazione giuridica è stata data in sede di appello e non in sede di riesame e che, se in sede di riesame il tribunale ha la stessa piena cognizione del Giudice che ha emesso il provvedimento, in sede di appello ha poteri circoscritti ai punti che hanno formato oggetto di censura”.*

*La censura non ha pregio sol che si rifletta che tra i poteri del giudice di appello l'articolo 597 c.p.p. contempla anche quello di dare al fatto una diversa definizione giuridica ed è noto che la giurisprudenza della corte di cassazione è nel senso che all'impugnazione prevista 310 c.p.p. si applicano i principi che regolano in generale il giudizio di appello (Cass., 16 febbraio 1994, Zellino; 31 marzo 1992, Fiorini). Di tal che, il problema non è se il giudice delle misure possa, in sede di appello, dare al fatto una diversa qualificazione giuridica, ma il problema, positivamente risolto, se il giudice delle misure possa dare al fatto una diversa qualificazione giuridica.(...)*

*... il problema della possibilità di dare al fatto una diversa qualificazione o definizione giuridica si pone anche per i procedimenti sulle misure che si svolgono nelle fasi del processo diverse dalla*

*fase delle indagini preliminari e, come si è accennato, lo stesso deve essere risolto, anche in questi casi, nello stesso modo, pur dovendo prendersi atto che in alcune di queste ulteriori ipotesi - si pensi al procedimento cui si dia vita dopo la sentenza del giudice di primo grado o dopo la sentenza di appello - il procedimento si svolge dopo che, nel processo, il giudice del dibattimento può avere dato al fatto una diversa qualificazione giuridica avvalendosi della norma dell'articolo 521 o della norma dell'articolo 597, c.p.p.. Ma, l'autonomia del giudice del procedimento che ha ad oggetto le misure, procedimento che, oltre tutto, vede investito del riesame o dell'appello un giudice che nel processo non ha avuto e non ha alcun ruolo, non può non essere autonomia completa che gli consenta, senza che egli tocchi minimamente il fatto, di definirlo, di qualificarlo, a quei fini, in modo diverso da come gli è stato prospettato nella richiesta, anche se con l'accortezza di chi deve prendere atto che del fatto è stato già vagliato anche lo schema legale.»*

Dunque, su quella che potremmo definire la *proposizione principale* della sentenza, ovvero sul riconoscimento anche al giudice della cautela di un generale potere di autonoma qualificazione giuridica dei fatti, non sembrano ormai esservi più dubbi.<sup>11</sup>

Numerose, infatti, sono state le pronunce a sezioni semplici, che si sono collocate nel solco tracciato dalla “sentenza Di Francesco”. Tra le tante, si possono qui rammentare:

- **Cass. pen., sez. II, 29.10.2008, n° 47563, Mauri:** che ha evidenziato un “*principio di legittimità, relativo alle misure cautelari sia reali che personali, che statuisce che il giudice, pur potendo disporre misure cautelari solo su richiesta del P.M. e sulla base di elementi dallo stesso presentati, è tuttavia investito del potere dovere di qualificare ed inquadrare autonomamente i detti elementi, collocandoli nell'ambito di quella o di quelle, tra le disposizioni normative regolanti la materia, che meglio appaiono atte a giustificare l'adozione della misura richiesta (Cass. pen., sez. V, 29.4.2002, n. 22868, depositata 13.6.2002, rv. 221927; Cass. pen., sez. 3^, 4.11.1998, n. 2861, depositata 8.12.1998, rv. 212538)*”; spiegando che “*il provvedimento che dispone l'applicazione della misura cautelare è proprio esclusivamente del GIP, titolare del potere dovere di motivarlo nel modo che ritenga più adeguato, in relazione a tutti i requisiti di validità stabiliti dalla legge*”;

- **Cass. pen., sez. III, 4.12.2007, n° 4549, Giustacchini:** “*nella fase delle indagini preliminari la imputazione formulata dal pubblico ministero è ancora "fluida", e... il giudice cautelare, fermo restando il principio della immutabilità del fatto materiale contestato, può mutarne la qualificazione giuridica, senza per ciò incidere sull'autonomo potere di iniziativa del pubblico ministero; in altri termini, il giudice cautelare (di merito o di legittimità) è vincolato al fatto materiale contestato, ma resta dominus del nomen juris ai fini e per gli effetti del procedimento incidentale;*

- **Cass. pen., sez. II, 20.10.1999, n° 4638, Schettino:** “*anche in materia de libertate vige il principio della immutabilità del fatto contestato, inteso come accadimento della realtà, sul quale l'indagato è stato chiamato a difendersi, non già il principio dell'immutabilità della definizione giuridica data al fatto stesso del p.m.; ne consegue che è sempre consentito al giudice dell'applicazione della misura, o a quello del riesame o dell'appello, attribuire la corretta qualificazione giuridica al fatto descritto nel capo d'imputazione; così come l'esercizio di tale potere da parte del giudice della cognizione piena non produce ex se, effetti sul procedimento incidentale, se non quelli derivanti dal mutamento stesso della qualificazione giuridica*”.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Nemmeno in dottrina, ove si è evidenziato come tale potere, benché non sancito *claris verbis* da alcuna norma del codice di rito, comunque si ricavi dalla necessità per il giudice di verificare la propria competenza (art. 291, co. 2, c.p.p.), di accertare se e quale misura si applicabile (*ex artt. 280 e 287, stesso codice*), di stabilire il relativo termine di durata (artt. 303 e 308), di indicare nell'ordinanza le “*norme di legge che si assumono violate*” (art. 292, co. 1, lett. b). Inoltre - è stato osservato - se il giudice può escludere la rilevanza penale del fatto, per l'effetto respingendo la richiesta del P.M., ben potrà anche soltanto riqualificarlo (vds. APRATI, *La notizia di reato...*, cit. p. 204 ss., con richiami bibliografici).

<sup>12</sup> Per la verità, non è mancata, anche in tempi recenti, una pronuncia di segno contrario, e precisamente Cass. pen., sez. VI, 26.5.2009, n° 24489, ric. Olivieri: che tuttavia non può convincere. E' sufficiente leggerne la stringata motivazione,

Ma la “sentenza Di Francesco” rileva, ai fini che qui interessano, anche per l’enunciato - si potrebbe dire - più noto di essa: quello, ossia, relativo alla definizione del **mutamento del fatto oggetto di contestazione**.

Dopo aver precisato, infatti, che l'articolo 521, c.p.p., è “*norma che esprime un valore che non può non essere di portata generale*”, e che, pertanto, essa trova applicazione anche al di fuori della disciplina del dibattimento, e quindi non solo per le sentenze, le Sezioni Unite hanno stabilito: “*con riferimento al principio di correlazione fra imputazione contestata e sentenza, per aversi mutamento del fatto occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume la ipotesi astratta prevista dalla legge, sì da pervenire ad un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa; ne consegue che l'indagine volta ad accertare la violazione del principio suddetto non va esaurita nel pedissequo e mero confronto puramente letterale fra contestazione e sentenza perché, vertendosi in materia di garanzie e di difesa, la violazione è del tutto insussistente quando l'imputato, attraverso l'iter del processo, sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi in ordine all'oggetto dell'imputazione.*”

Se ne dovrebbe coerentemente desumere che anche il giudice cautelare possa porre a fondamento della sua decisione fatti non descritti nella domanda cautelare, ma comunque risultanti dagli atti allegati dal P.M. a sostegno della sua richiesta: a condizione, tuttavia, che anche in relazione a tali fatti diversi l’indagato “*sia venuto a trovarsi nella condizione concreta di difendersi*”.

Ma - ed è qui che si rinviene la peculiarità del procedimento cautelare, in quanto procedimento a contraddittorio differito - l’ordinanza applicativa della misura, tranne rarissime eccezioni, viene emessa *inaudita altera parte*: sicchè, al di fuori di ipotesi veramente residuali (ad es., art. 289, cpv., c.p.p.), l’indagato, allorché ne viene attinto, non ha avuto modo di esplicitare in concreto le sue difese con riferimento a codesti fatti ulteriori.

A tanto aggiungasi che - come dianzi s’è evidenziato - l’addebito cautelare non richiede la redazione di un formale capo di incolpazione e può essere desunto anche dal contesto motivazionale del provvedimento: ond’è che, dilatando nella loro massima estensione tali principi giurisprudenziali, non potrebbe escludersi un serio rischio di prassi distortamente elusive del principio della domanda.

La situazione cambia del tutto, invece, con riferimento alle impugnazioni, a cominciare dal riesame. Esse presuppongono, infatti, l’avvenuta integrazione del contraddittorio, con la correlata possibilità dell’indagato di accedere a tutti gli atti istruttori allegati a corredo della domanda cautelare e, quindi, di difendersi - nel corso dell’interrogatorio *ex art. 294, c.p.p.* ovvero durante l’udienza di riesame - anche sui fatti ulteriori, da quelli comunque emergenti. Ne riviene che ben potrà il tribunale del riesame individuare fatti più specifici rispetto a quelli indicati dal P.M., ovvero descrivere diversamente il fatto, oppure ancora individuare fatti di reato diversi e/o ulteriori.<sup>13</sup>

In giurisprudenza, con specifico riferimento a cosa debba intendersi per identità del fatto oggetto di contestazione e di quello posto a fondamento della misura, nonché per il riconoscimento del potere del giudice di valorizzare, a tal fine, anche fatti ulteriori rispetto a quelli indicati dal P.M. nell’imputazione provvisoria, ma comunque rilevabili degli elementi di prova adottati a sostegno della richiesta, può essere utile rammentare **Cass. pen., sez. II, 23.4.2008, n° 19715, Bazzana**.

In essa la Corte ha spiegato, infatti, che, “*in relazione alla applicazione di una misura cautelare, nessuna violazione del... principio di correlazione può ravvisarsi, qualora, pur facendo riferimento la rubrica del capo di imputazione ad una determinata condotta, il contenuto del provvedimento impositivo della misura cautelare faccia espresso, organico e dettagliato riferimento ad ulteriori*

---

invero, per cogliere come essa si sia fondata, richiamandolo integralmente ed acriticamente, su un unico precedente, risalente nel tempo, ma soprattutto anteriore alla “sentenza Di Francesco” delle Sezioni Unite.

<sup>13</sup> Per una riflessione sul punto, APRATI, *La notizia di reato...*, cit. p. 219 ss., che, con specifico riferimento ai poteri del g.i.p., o comunque del giudice investito in prima battuta della richiesta cautelare, si spinge ad affermare che esso “*non potrebbe mai toccare il fatto: o ritiene che vi siano i gravi indizi di colpevolezza rispetto al fatto concreto individuato dal P.M., o deve respingere l’istanza.*”

*fatti delittuosi, considerati dal GIP nell'applicazione della misura, atteso che in tal caso nessuna violazione dei diritti della difesa può ritenersi in alcun modo verificata.*<sup>14</sup>

Come già s'è avuto modo di accennare (vds., per tutte, la cit. sent. n° 47563/2008, ric. Mauri), un generale potere di qualificazione giuridica del fatto, nei limiti più sopra evidenziati, viene riconosciuto al giudice cautelare anche in relazione alle **misure reali**: per le quali, anzi, il parametro di riferimento, prescindendo del tutto dalla attribuzione del fatto di reato ad un soggetto determinato, sovente consente al giudice spazi di - legittima - discrezionalità ancor più ampi.<sup>15</sup>

In argomento, si possono leggere: **Cass. pen., sez. I, sentenza n° 41948 del 14.10.2009, ric. Weijun**: *“in tema di riesame di misure cautelari reali, il tribunale deve avere riguardo al fatto in relazione al quale si rappresenta l'esistenza di un fumus di reato, ma ben può confermare il provvedimento cautelare anche sulla base di una diversa qualificazione giuridica del fatto*; **Cass. pen., sez. VI, 8.5.2008, n° 24126, ric. Fratello** (nello stesso senso, sez. V, 18.12.2004, n° 49376, ric. Manieri): *“il giudice del riesame può confermare il provvedimento di sequestro anche sulla base di una diversa qualificazione giuridica del fatto in relazione al quale è stato ravvisato il fumus commissi delicti; ma non può porre a fondamento della decisione un fatto diverso, da lui ritenuto”*.

Ed ancora, successiva a quest'ultima di soli pochi giorni, **Cassazione penale, Sez. Un., 29.5.2008, n° 25932**, secondo cui: *“in sede di riesame del sequestro preventivo, è legittima la decisione con la*

---

<sup>14</sup> Nella fattispecie, con riferimento al delitto di cui all'art. 416-bis, c.p., il g.i.p. aveva posto a fondamento della misura le emergenze istruttorie riguardanti anche un'attività finalizzata al controllo ed alla gestione degli appalti pubblici relativi ai lavori di rifacimento ed ammodernamento di un tratto autostradale, non tenuta in considerazione dal P.M. nella sua incolpazione. E la Corte, in proposito ha spiegato che *“sia sotto il profilo sostanziale che sotto il profilo puramente formale, deve escludersi che il fatto posto a fondamento della misura restrittiva sia... diverso da quello contestato, atteso che, dalla valutazione globale dei fatti contestati e dallo svolgimento dell'iter procedimentale, emerge in maniera inequivoca che [l'indagato] era ben a conoscenza dei fatti posti a fondamento della misura applicata, di talchè nessun pregiudizio dei diritti della difesa può ritenersi nel caso di specie verificato.”*

Analogamente, Cassazione penale, sez. I, 16.1.2009, n° 5623: *“ai fini dell'emissione di misura cautelare personale richiesta dal p.m., il g.i.p. può sviluppare l'iter argomentativo incentrandolo su aspetti diversi e ulteriori rispetto a quelli valorizzati nella domanda, purché essi siano desumibili dagli elementi trasmessi dall'ufficio di Procura a norma dell'art. 291 c.p.p.”*.

<sup>15</sup> Il tema della relazione e gli stretti spazi a disposizione non consentono di trattarsi sulla mai risolta questione dei poteri del giudice nella individuazione del *“fumus commissi delicti”*, probabilmente condizionata da una infelice massimazione delle prime pronunce delle Sezioni Unite intervenute sul punto (vds. sent. 4.5.2000, n° 7, ric. Mariano: *“la verifica delle condizioni di legittimità della misura cautelare..., non può tradursi in anticipata decisione sulla questione di merito, concernente la responsabilità del soggetto indagato in ordine al reato oggetto di investigazione, ma deve limitarsi al controllo di compatibilità tra la fattispecie concreta e quella legale ipotizzata”*; con riferimento specifico al sequestro probatorio, ma comunque con una proposizione per intero estensibile anche a quello preventivo, stante l'identità di presupposti tra i due istituti per questa parte, vds. sent. n° 23 del 29.1.1997, ric. Bassi: *“al giudice spetta il dovere d'accertare la sussistenza del c.d. fumus commissi delicti, che, pur se ricondotto nel campo dell'astrattezza, va sempre riferito ad un'ipotesi, ascrivibile alla realtà effettuale e non a quella virtuale”*; il giudice, ossia, *“deve, nell'ambito degli elementi di fatto indicati dall'accusa, verificare la loro congruità, ai fini della legittimità del provvedimento di sequestro; al giudice è soltanto inibito l'espletamento di un'attività dimostrativa della fondatezza concreta della contestazione mossa all'indagato”*).

La giurisprudenza, com'è noto, è sempre più orientata, seppur con ampia varietà di asserti, sovente non conciliabili tra loro, a reclamare un controllo più penetrante da parte del giudice cautelare sull'ipotesi accusatoria, escludendo, comunque, che esso possa limitarsi alla verifica cartolare della corrispondenza tra quella e la fattispecie astratta individuata dal P.M..

L'opinione di chi scrive - da prendersi, come tale, solo quale strumento di discussione, benché abbia trovato conferma in alcune pronunce emesse dalla Corte di cassazione in sede di impugnazione avverso i relativi provvedimenti - è che il giudice non possa certo limitarsi a prendere atto della ipotesi accusatoria, ma sia tenuto a verificare la consistenza degli elementi di fatto su cui il P.M. fonda e la corrispondenza di tale fattispecie concreta rispetto a quella astratta tipica, tenuto conto delle eventuali contestazioni difensive. Ma qui deve fermarsi: non può, ossia, vagliare pure l'efficacia probante degli elementi istruttori eventualmente adottati dalla difesa, poiché, ove tanto fosse tenuto a fare, non si riesce francamente a comprendere in cosa la sua indagine differirebbe da quella commessa al giudice della cognizione o, per lo meno, a quello delle misure cautelari personali.

quale il tribunale conferma il relativo decreto per ragioni non coincidenti con quelle che lo sorreggono, in quanto, data la natura interamente devolutiva del citato mezzo di gravame, il tribunale, da un lato, ha il potere di sottoporre a nuovo scrutinio l'atto di impulso del p.m. e, dall'altro, pur non potendo supplire con argomentazioni proprie a carenze motivazionali del provvedimento impugnato di portata tale da renderlo giuridicamente inesistente, è tuttavia abilitato a modificarne e integrarne la struttura logica nei termini ritenuti meglio rispondenti allo scopo legittimamente perseguito in concreto dall'organo di accusa" (in senso conforme, Cass. pen., Sez. Un., sent. 26 giugno 2008, n° 25933; *idem*, sez. II, sent. 26 giugno 2007, n° 11940).

Com'è detto chiaramente nella "sentenza Di Francesco", e come ribadito dalle SS.UU., con precipuo riferimento alle misure reali, nella sentenza da ultimo citata, al tribunale del **riesame** e dell'**appello** è riconosciuto un potere di qualificazione giuridica dei fatti, ai fini cautelari, in nulla differente da quello del g.i.p.<sup>16</sup>

E' inutile ripetere quanto già è stato detto, in proposito, nelle sentenze dianzi citate che si sono soffermate sul punto.

Può essere utile aggiungere, piuttosto, che la Cassazione ha avuto modo di occuparsi anche delle eventuali ricadute di una diversa qualificazione giuridica dei fatti sulla competenza, ed in particolare su quella funzionale per i reati di criminalità organizzata. E, in proposito, **sez. II, sentenza n° 24492 del 17.7.2006, Rv. 234682, ric. P.M. in proc. Leone**. ha statuito che, "*nel procedimento de libertate, la diversa qualificazione giuridica operata dal tribunale del riesame, che, confermando il provvedimento impugnato, esclude la riconducibilità dei fatti alle ipotesi criminose ricomprese nell'art. 51, co. 3-bis, cod. proc. pen., e quindi nelle attribuzioni ex art. 328, cod. proc. pen., del giudice per le indagini preliminari del tribunale del capoluogo del distretto in cui ha sede il giudice competente, non comporta una pronuncia di incompetenza e non incide sulla validità del provvedimento impugnato, perchè il giudice dell'impugnazione, nei limiti della competenza per materia del primo giudice, può dare al fatto una definizione giuridica diversa, e le valutazioni in sede cautelare sono formulate allo stato degli atti e non incidono sulla competenza per il processo principale*".<sup>17</sup>

Peraltro, il potere di riqualificazione giuridica del fatto da parte del giudice dell'impugnazione cautelare, non solo non è meno ampio di quello del G.i.p., ma anzi, nel concreto della pratica giudiziaria, ha certamente maggiori opportunità di esplicarsi, poiché quel giudice è chiamato a decidere a seguito dell'instaurazione di un contraddittorio tra le parti.

In proposito, vale la pena rammentare che, finanche nel corso dell'udienza di riesame, il P.M. non solo ha facoltà, al pari dell'indagato e del suo difensore, di produrre nuovi elementi di prova, siano essi preesistenti o sopravvenuti all'applicazione della misura, ma ha pure il potere di integrare e modificare l'imputazione provvisoria, e non soltanto di mutarne la qualificazione giuridica.

Così ha statuito, ad esempio, **Cassazione penale, sez. I, 1.6.2006, n° 22027, ric. Tonelli**: "*in sede di riesame di una misura cautelare reale è consentito al p.m. di modificare o integrare l'imputazione, in quanto nella fase delle indagini preliminari la contestazione è soggetta a*

---

<sup>16</sup> Con specifico riferimento ai poteri, sul punto, del c.d. "tribunale della libertà", si possono leggere anche Cass. pen., sez. VI, 11.3.2003, ric. Ceglia, Rv. 225216; *idem*, sez. IV, 11.12.2003, ric. Sangiuolo, Rv. 228566.

<sup>17</sup> Identico principio, peraltro, sempre con riferimento alla medesima vicenda giudiziaria, quantunque nell'ambito di un diverso ricorso presentato dall'indagato e non dal P.M., è stato affermato dalla stessa sez. II relativamente alle misure reali. La massima è la seguente: "*in sede di impugnazione del provvedimento di sequestro emesso per il delitto di associazione di tipo mafioso dal giudice per le indagini preliminari del tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il giudice competente, secondo il criterio di competenza fissato dall'art. 328 cod. proc. pen., la riqualificazione del fatto in termini di associazione per delinquere ex art. 416 cod. pen. operata dal tribunale non invalida il provvedimento, perché il giudice dell'impugnazione, nei limiti della competenza per materia del primo giudice, può dare al fatto una definizione giuridica diversa, e non si risolve in una declaratoria di incompetenza del giudice che ha emesso il provvedimento, dato che le valutazioni in sede cautelare sono formulate allo stato degli atti e non incidono sulle determinazioni da assumere nel processo principale*" (sent. n° 23943 dell'11.7.2006, Rv. 234418, ric. Leone).

*evoluzione e l'iniziativa nell'esercizio dell'azione penale appartiene esclusivamente alla parte pubblica*". Analogamente si era già espressa **Cassazione penale, sez. VI, 24.5.2005, n° 36307, ric. Saracino**: *"il p.m. nella fase delle indagini preliminari può procedere in qualsiasi momento alle modificazioni fattuali della contestazione, anche nel corso dell'udienza per il riesame delle misure cautelari*. E, coerentemente, più di recente, **Cass. pen., sez. II, 26.5.2010, n° 35356, ric. Susco**, ha spiegato che *"la modifica dell'addebito cautelare ad opera del pubblico ministero in sede di riesame non impedisce al tribunale di confermare la misura coercitiva in riferimento alla nuova ipotesi accusatoria"*.

Altro profilo di sicuro interesse, e dalle significative ricadute pratiche nella quotidiana attività giudiziaria, è quello relativo alle possibili **interferenze**, per quel che attiene alla qualificazione giuridica dei fatti che ne sono oggetto, **tra procedimento cautelare e processo di cognizione**.

Tanto può accadere, per esempio, nell'ipotesi in cui il giudice cautelare, magari in sede di riesame o, più frequentemente, di appello *ex art. 310, c.p.p.*, sia chiamato a decidere della qualificazione giuridica degli stessi fatti per i quali è in corso il dibattimento o, comunque, per cui sia stata già esercitata l'azione penale, e dunque sia stata formulata una imputazione in senso proprio. Può il giudice del procedimento incidentale dissentire da quest'ultima, sotto il profilo della qualificazione giuridica dei fatti? E, in caso affermativo, su quale fattispecie, ad esempio, dovrà essere calibrato il termine di durata della misura cautelare, in ipotesi differente per le diverse fattispecie ipotizzate in merito agli stessi fatti?

La questione - come s'è visto - è stata affrontata, o forse poco più che lambita, dalle Sezioni Unite nella "sentenza Di Francesco", che si è espressa in termini di assoluta autonomia, sul punto, da parte del giudice cautelare, tuttavia curandosi di precisare che la relativa decisione spiega comunque i suoi effetti esclusivamente nell'ambito del procedimento incidentale (*"l'autonomia del giudice del procedimento che ha ad oggetto le misure... non può non essere autonomia completa che gli consenta, senza che egli tocchi minimamente il fatto, di definirlo, di qualificarlo, a quei fini, in modo diverso da come gli è stato prospettato nella richiesta*).

Non è chiaro, però, in verità, l'inciso finale, con cui la Corte ha raccomandato che tale valutazione debba avvenire *"con l'accortezza di chi deve prendere atto che del fatto è stato già vagliato anche lo schema legale"*. Il giudice, ogni giudice, si presume che sia, o debba essere, sempre accorto, quanto meno nella misura che gli viene richiesta dalla delicatezza della questione che è chiamato ad esaminare. Qui sarebbe stato lecito, e preferibile, attendersi dalla Cassazione, nel suo massimo consesso, una pronuncia più netta sulle eventuali limitazioni, per il giudice cautelare, derivanti dall'essere stata già elevata una formale imputazione; ovvero, nel caso in cui - come parrebbe aver divisato la Corte - siffatte limitazioni non vi siano, l'affermazione precisa e perentoria di quale debba essere la fattispecie da tenere in considerazione agli effetti cautelari (ed in relazione alla quale stabilire, ad esempio, la durata della misura, ovvero la scelta di essa, od ancora l'esistenza o meno della presunzione di cui all'art. 275, co. 3, c.p.p., e così via).

Né è stata più chiara e dirimente Cass. pen., sez. II, 20.10.1999, n° 4638, Schettino, anche questa dianzi già citata (*"è sempre consentito al giudice dell'applicazione della misura, o a quello del riesame o dell'appello, attribuire la corretta qualificazione giuridica al fatto descritto nel capo d'imputazione; così come l'esercizio di tale potere da parte del giudice della cognizione piena non produce ex se, effetti sul procedimento incidentale, se non quelli derivanti dal mutamento stesso della qualificazione giuridica"*).

Anzi, entrambe tali sentenze parrebbero essere contraddette da alcune più recenti, per lo meno relativamente all'ipotesi in cui nel procedimento di cognizione sia intervenuta sentenza, ancorché non definitiva.

Infatti, **Cass. pen., sez. II, sent. n° 3173 del 22.1.2009, ric. Di Martino**, ha ritenuto che, *"una volta intervenuta una decisione di merito (anche se non ancora definitiva), resta ormai precluso al giudice della cautela fornire una difforme ricostruzione della vicenda operata in sede di giudizio"*

(per effetto di una diversa valutazione in fatto e/o in diritto) e ciò per evidenti ragioni di certezza e razionalità del sistema (cfr. Cass. Sez. I, n. 29107 del 14.7.2006, dep. 10.8.2006; Cass. Sez. I, n. 28378 del 15.6.2006, dep. 8.8.2006; Cass. Sez. I n. 6825 del 4.12.1997, dep. 28.1.1998), nonché per l'ovvia funzione servente che il procedimento cautelare ha riguardo a quello di merito, rispetto al quale non può certo porsi come sede decisoria alternativa e potenzialmente in conflitto.

Tale ratio impone che, dopo una pronuncia di merito, pure la valutazione delle esigenze cautelari ex art. 274 c.p.p. debba mantenersi nell'ambito della ricostruzione di merito operata in sede di giudizio, avuto riguardo non solo all'affermazione di colpevolezza e alla qualificazione giuridica, ma anche a tutte le circostanze di fatto, che il giudice della cautela non può apprezzare in modo diverso. In altre parole, l'avvenuta condanna costituisce preclusione processuale a che gli stessi fatti vengano diversamente delibati (sia pure in conseguenza di una difforme valutazione in punto di diritto circa l'utilizzabilità o meno delle prove) nel procedimento incidentale de libertate (cfr. Cass. Sez. 5, n. 1709 del 9.4.1997, dep. 23.5.1997; Cass. S.U. n. 38 del 25.10.1995, dep. 27.11.1995)".

In senso conforme si è espressa pure **Cass. pen., sez. I, sentenza n° 5469 del 13.2.2006, ric. Cancellieri**: “ai fini dell'applicazione di misure cautelari personali, il giudice de libertate è vincolato alla decisione assunta nella pienezza del contraddittorio in sede di merito; ne consegue che, nel valutare le esigenze cautelari in vista dell'adozione della misura ad esse proporzionata e adeguata, egli non può prescindere dalla qualificazione data al fatto con la sentenza di condanna”.

Il problema rimane evidentemente insoluto, tuttavia, anche là dove si voglia accedere alla lettura proposta da tal ultime sentenze, nell'ipotesi in cui una condanna non sia ancora intervenuta e sia, dunque, in corso il giudizio di primo grado.

In questo caso, chi intendesse valorizzare il principio della autonomia del procedimento incidentale cautelare da quello principale di cognizione (sostenuto dalle stesse Sezioni Unite anche in relazione a profili diversi da quello in esame: vds., ad es., sent. 23.6.2000, n° 14, ric. Piscopo, in materia di cause di inefficacia della misura cautelare) dovrebbe coerentemente ritenere che, in caso di diversa qualificazione giuridica dei fatti, il titolo di reato sul quale si fonda la misura sia esclusivamente quello ritenuto dal giudice cautelare (g.i.p. o tribunale della libertà), ancorché, in ipotesi, più grave rispetto a quello consacrato nell'imputazione formale.

Per converso, la funzione famulativa della misura cautelare rispetto al giudizio di colpevolezza, nonché la natura incidentale del procedimento cautelare rispetto a quello principale, dovrebbero condurre logicamente a concludere che la *editio actionis* riverberi i suoi effetti sulla misura cautelare, in termini di qualificazione giuridica dei fatti, già prima della eventuale sentenza di condanna non definitiva, se non altro quando - in ossequio al generale principio del *favor rei* - il titolo di reato per il quale è stato disposto il giudizio sia meno grave rispetto a quello posto a fondamento della misura.

Non possono concludersi questi brevi appunti senza un accenno alla notissima “sentenza Drassich” (CEDU, sez. II, 11.12.2007) ed alle ricadute di essa nella materia delle misure cautelari, per il vero meno rilevanti rispetto a quel che concerne il giudizio di cognizione.

Secondo la **giurisprudenza della CEDU**, la nozione di “accusa”, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione, ricomprende anche gli addebiti preliminari alla formulazione della imputazione in senso proprio, e riguarda non soltanto il fatto, inteso nella sua materialità, ma anche la qualificazione giuridica di esso: di entrambi tali aspetti, dunque, l'accusato dev'essere informato nel più breve tempo possibile, per preparare le sue difese.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Per la verità, non sempre la CEDU ha recepito la nozione di accusa comprensiva della qualificazione giuridica del fatto, limitando invece la stessa ai soli fatti materiali, allorquando, ad esempio, per effetto di una diversa qualificazione giuridica di essi, si sarebbe potuto pervenire ad un'elusione del principio del *ne bis in idem* (vds. Grande Camera, 10.2.2009, Zolotukhin c/ Russia).

In applicazione di tale generale principio, nella sentenza Drassich è stato, dunque, stabilito che i giudici dello Stato, là dove il diritto interno riconosca loro il potere di riqualificare i fatti, debbano informare l'imputato, in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica da loro impressa, e debbano farlo in tempo utile per consentire a costui di apprestare, in maniera concreta ed effettiva, le proprie difese.

Si è, inoltre, affermato che tali garanzie difensive non sono rispettate, qualora non sia “*sufficientemente prevedibile*”, per il ricorrente, che l'accusa inizialmente formulata nei suoi confronti possa essere riqualificata.

In applicazione di tali principi, con due sentenze pressoché coeve, la Cassazione ha quindi affermato, in generale, che “*la garanzia del contraddittorio in ordine alle questioni inerenti alla diversa qualificazione giuridica del fatto deve essere concretamente assicurata all'imputato sin dalla fase di merito in cui si verifica la modifica dell'imputazione*” (**sez. VI, sentenza n° 20500 del 19.2.2010, Rv. 247371, ric. Fadda**); ed ha specificato che detta garanzia risulta assicurata “*quando l'imputato abbia comunque avuto modo di interloquire sul tema in una delle fasi del procedimento, ed in particolare anche nell'ipotesi in cui la diversa qualificazione giuridica abbia formato oggetto di discussione nel corso del procedimento incidentale de libertate* (**sez. I, sentenza n° 9091 del 18.2.2010, Rv. 246494, ric. Di Gati e altri**): fattispecie relativa alla derubricazione del reato, ad opera del giudice di appello, da partecipazione ad associazione mafiosa in favoreggiamento aggravato; tale ultima qualificazione giuridica, in precedenza, era stata prospettata dal pubblico ministero nel ricorso per cassazione proposto avverso la decisione del tribunale del riesame che aveva annullato la misura cautelare applicata per il reato associativo; inoltre, in una memoria presentata dalla difesa nel corso del giudizio di merito, erano state richiamate decisioni del tribunale del riesame che avevano qualificato analoghe condotte come favoreggiamento).

E' difficile che un siffatto apparato di garanzie informative possa trovare spazio con riferimento alla ordinanza impositiva di una misura cautelare: non solo perché essa, almeno secondo quanto di solito avviene, non è preceduta da alcun momento di *interlocuzione* con l'indagato (salvo il caso dell'interrogatorio preventivo di cui all'art. 289, cpv., c.p.p.); ma anche in ragione del fatto che si tratta di un atto necessariamente a sorpresa, il quale finirebbe ovviamente per rimanere frustrato, se si imponesse al giudice di informare preventivamente il destinatario dei fatti posti a fondamento e della diversa qualificazione giuridica degli stessi, che esso giudice intende dare, rispetto a quanto ipotizzato dal P.M. richiedente.

Una diversa soluzione, invece, potrebbe prospettarsi per il procedimento di riesame o di appello, essendovi, in tali casi, la necessità del contraddittorio con il destinatario della misura.

**Martino ROSATI**  
**g.i.p. Tribunale Taranto**