

Manualetto pratico di sopravvivenza (forse) nella giungla della  
contestazione a catena

(Fabio Cosentino<sup>1</sup>)

\*\*\*

Premessa

Quella dell'applicazione della disciplina sulla c.d. 'contestazione a catena' – complice (anche) la non brillantissima formulazione del terzo comma dell'art. 297 c.p.p. – rimane per il giudice di merito una delle questioni più faticose e complicate: non è un caso, d'altronde, che – in materia – la produzione giurisprudenziale di legittimità continua ad essere copiosa e variegata (quanto a profili specificamente scrutinati)<sup>2</sup>, nonostante negli ultimi anni la Corte costituzionale e le Sezioni Unite della Cassazione, con le tre pronunce di cui ha già parlato il dott. Santalucia<sup>3</sup>, abbiano concorso a fissare, con encomiabile sforzo di chiarificazione storico-sistematica, 'paletti' ricostruttivi che ormai rappresentano per l'interprete ineludibili punti di riferimento.

In questo quadro, le note che seguono<sup>4</sup> cercheranno di offrire – senza pretese di (impensabile) esaustività – indicazioni utili ad orientare l'approccio pratico a fattispecie che impongano di deliberare il problema della operatività della citata disposizione.

Le 'certezze' consolidatesi grazie agli interventi della Corte costituzionale e delle  
Sezioni Unite della Cassazione

Ad una lettura combinata delle tre pronunce richiamate alla nota n° 3 – si accennava – nel complesso scenario normativo della 'contestazione a catena' riescono oggi a rintracciarsi alcune 'acquisizioni interpretative' che così possono schematicamente rappresentarsi<sup>5</sup>:

- a) nell'ipotesi di più ordinanze emesse **nello stesso procedimento** in relazione al **medesimo fatto**, ovvero in relazione a **fatti diversi ma legati da connessione qualificata**<sup>6</sup>, la retrodatazione opera

---

<sup>1</sup> Giudice della sezione per il riesame del Tribunale di Palermo: la relazione è stata redatta per l'incontro svoltosi in data odierna in sede di 'formazione decentrata'.

<sup>2</sup> Lo dimostrano plasticamente i risultati di una ricerca su 'italgiure' – circoscritta agli ultimi quattro-cinque anni – che muova dal 'riferimento normativo' al citato art. 297, 3° comma, c.p.p.

<sup>3</sup> Si allude in particolare a Corte cost. 3 novembre 2005 n° 408, a Cass. SS.UU. 22 marzo 2005 n° 21957 ed a Cass. SS.UU. 19 dicembre 2006 n° 14535.

<sup>4</sup> Sullo sfondo di quanto già in generale illustrato, ben più autorevolmente, dal dott. Santalucia.

<sup>5</sup> E' proprio l'ultima delle pronunce in questione (Cass. SS.UU. n° n° 14535/2006) a dar conto – con la stessa schematica sintesi – di quale fosse lo 'stato dell'arte' fin lì delineato, in particolare, dalla precedente sentenza delle Sezioni Unite.

<sup>6</sup> Le ipotesi di **connessione qualificata** sono quelle del concorso formale, della continuazione e del nesso teleologico.

automaticamente sul solo (comunque necessario) presupposto della anteriorità dei fatti (contestati con le ordinanze successive) rispetto alla data di emissione della prima ordinanza, nel senso che, in questi casi, non si pone alcun problema di c.d. desumibilità dagli atti

- b) nell'ipotesi di più ordinanze emesse **in procedimenti diversi**, in relazione a **fatti diversi legati da connessione qualificata**, la retrodatazione opera – sempre sul presupposto della anteriorità dei fatti – all'ulteriore condizione che tali fatti (quelli contestati con le ordinanze successive) fossero desumibili dagli atti prima del rinvio a giudizio<sup>7</sup> intervenuto per il fatto od i fatti contestati con la prima ordinanza
- c) nell'ipotesi di più ordinanze emesse **nello stesso procedimento**, in relazione a **fatti diversi non legati da connessione qualificata**, la retrodatazione (sul presupposto della anteriorità dei fatti) opera – si badi bene – “*quando risulti che gli elementi per emettere la nuova ordinanza*” (o le nuove ordinanze) “*erano già desumibili dagli atti al momento della emissione della precedente ordinanza*”<sup>8</sup> (il riferimento temporale al quale va rapportato il requisito della desumibilità dagli atti, dunque, è quello della adozione della prima ordinanza).

### La fattispecie più problematica

Se questi sono quindi ‘tasselli’ ricostruttivi che possono dirsi acquisiti<sup>9</sup>, mantiene invece più marcati connotati di fluidità l'ipotesi in cui le ordinanze cautelari siano emesse per **fatti diversi non legati da connessione qualificata**, ma **in procedimenti diversi**.

Di questa ipotesi si occupa invero – problematicamente – tutta l'ultima parte della citata sentenza delle Sezioni Unite del 2006<sup>10</sup>, che finisce con l'offrire una soluzione

---

<sup>7</sup> Od atti equiparabili: ad es., in particolare, l'ordinanza che disponga il giudizio abbreviato.

<sup>8</sup> Così, testualmente, Corte cost. 3 novembre 2005 n° 408; ma analogo concetto si era visto già adoperato da Cass. SS.UU. n° 21957/2005 e analogo concetto ha poi valorizzato Cass. SS.UU. n° 14535/2006; in questi casi – insomma – la desumibilità dagli atti ha una portata più ‘impegnativa’, ché non si riferisce agli elementi atti a far meramente configurare i fatti di reato, bensì agli elementi che rispetto a tali fatti di reato avrebbero consentito l'emissione di una misura cautelare: secondo quel che se ne può desumere, insomma, quei fatti di reato dovevano rappresentarsi già, al momento dell'emissione del primo provvedimento, in termini di ‘gravità indiziaria’.

<sup>9</sup> Ancorché in relazione a ciascuna delle tre fattispecie dianzi richiamate possono sorgere varie ‘sub-questioni’ interpretative.

<sup>10</sup> Cass. SS.UU. n° 14535/2006: è opportuno evidenziare che, secondo questa pronuncia, di “*retrodatazione*” in senso stretto deve parlarsi con riferimento all'ipotesi in cui le plurime ordinanze cautelari siano emesse **nello stesso procedimento**, ché nel caso di adozione di più ordinanze **in procedimenti diversi** “*la durata della misura disposta nel primo viene imputata al secondo [...] dando luogo a un fenomeno concettualmente differente da quello della retrodatazione, benché per consuetudine è definito con lo stesso vocabolo*” (il distinguo si vede poi adesivamente valorizzato da Cass. SS.UU. 23 aprile 2009, di cui meglio parlerà la dott.ssa Pappalardo).

‘aperta’, nello spettro della quale sono cioè destinate ad assumere rilievo, più che mai, le specificità del ‘caso concreto’.

La sentenza muove infatti dall’assunto secondo cui, al cospetto dell’ampia “*formula*” utilizzata dalla citata decisione della Corte costituzionale<sup>11</sup>, deve ritenersi che essa (decisione) abbia inteso precipuamente riferirsi al solo caso in cui le ordinanze siano adottate **nello stesso procedimento**.

Ma segnala poi (la sentenza delle Sezioni Unite) come la stessa decisione della Corte costituzionale, in motivazione, abbia sancito il generale principio per cui “*nessuno spazio può residuare in capo agli organi titolari del “potere cautelare” di scegliere il momento a partire dal quale possono essere fatti decorrere i termini di custodia in caso di pluralità di titoli e di fatti reato cui essi si riferiscono*”.

Principio dal quale le stesse Sezioni Unite inferiscono che, sebbene “*di regola*” la retrodatazione sia rimedio ‘endoprocedimentale’, la sua operatività tuttavia “*non si può escludere [...] nei casi in cui i procedimenti*” – dunque **diversi** – “*avrebbero potuto essere riuniti e risultano separati per una scelta del pubblico ministero*”, poiché appunto “*l’autorità giudiziaria non può “scegliere” momenti diversi dai quali far decorrere i termini delle relative misure quando si trova in presenza di più fatti per i quali i provvedimenti restrittivi potrebbero essere adottati contemporaneamente*”.

In questo modo, il giudice di legittimità – nell’ ‘aprire’ prudentemente (“*non si può escludere*”) alla possibilità che il meccanismo della retrodatazione<sup>12</sup> si applichi (per **fatti non connessi**) anche al cospetto di **procedimenti differenti** – accentua decisamente il rilievo del profilo che la stessa sentenza della Cassazione definisce “*soggettivo*”: ad orientare la decisione relativa alla operatività (o meno) del suddetto meccanismo – infatti – dovrà essere la valutazione sull’esistenza (o meno) di una “*scelta*” del pubblico ministero di separare procedimenti che avrebbero potuto essere “*riuniti*”.

Su queste basi, la questione della applicabilità della disposizione di cui al terzo comma dell’art. 297 c.p.p. nell’ipotesi di cui qui si sta precipuamente parlando<sup>13</sup> – ancorata ad un tipo di valutazione nello spettro della quale inevitabilmente si amplifica l’importanza delle contingenze ‘fattuali’ di volta in volta rintracciabili nel ‘caso concreto’ – conserva allora, come si è anticipato, margini di problematicità e di fluidità

---

<sup>11</sup> “*Va, pertanto, dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 297, 3° comma, c.p.p., nella parte in cui non si applica anche a fatti diversi non connessi ...*”

<sup>12</sup> *Lato sensu* intesa.

<sup>13</sup> Quella, si ribadisce, relativa a **fatti diversi non legati da connessione qualificata**, per i quali siano state emesse ordinanze cautelari **in procedimenti diversi**.

più accentuati, in presenza dei quali i compiti del giudice di merito si fanno senz'altro più impegnativi.

Quel che è certo è che comunque, anche in questo caso<sup>14</sup>, in tanto il meccanismo della 'retrodatazione-imputazione' può operare, in quanto ricorra la duplice condizione della anteriorità dei fatti<sup>15</sup> e della desumibilità dagli atti degli elementi atti a giustificare l'emissione delle ordinanze successive<sup>16</sup> al momento dell'adozione della prima ordinanza.

Dopodiché, si tratta appunto di stabilire se ricorra quella "scelta" indebita del pubblico ministero, obiettivo in vista del quale le Sezioni Unite<sup>17</sup> si preoccupano di offrire al giudice di merito – in termini più o meno assertivi – talune indicazioni di segno più che altro negativo (o 'preclusivo'), che così possono riassumersi:

- 1) l'applicabilità del meccanismo va – comunque – esclusa allorquando "*la seconda misura viene disposta in un **procedimento pendente davanti a un diverso ufficio giudiziario***"<sup>18</sup>, atteso che in questo caso i procedimenti "*non avrebbero potuto essere riuniti*"
- 2) allorquando i procedimenti, nell'ambito del quale siano state adottate in successione le misure, "*appartengono alla competenza del medesimo giudice*"<sup>19</sup>, l'operatività del meccanismo va tendenzialmente esclusa laddove tali procedimenti abbiano avuto "*origine da diverse notizie di reato*", "*pervenute al pubblico ministero a distanza di tempo*" ed "*a conclusione di indagini svolte separatamente*" (da differenti autorità di polizia giudiziaria), ché in tal caso non può "*in linea di massima*" ritenersi che "*la separazione sia il frutto di una scelta*" dell'organo dell'accusa<sup>20</sup>
- 3) non è di per sé indicativo di una "*scelta indebita*" il fatto che la seconda ordinanza si fondi (o le successive ordinanze si fondino) su emergenze già in sé 'atomicamente' acquisite nel primo procedimento, perché "*in molti casi*" gli "*elementi probatori non manifestano immediatamente e in*

---

<sup>14</sup> Come in quello di cui alla lettera c) del paragrafo precedente.

<sup>15</sup> L'unico requisito sempre necessario.

<sup>16</sup> Torna – dunque – il concetto di cui s'è ragionato alla nota n° 7: l'elemento della desumibilità dagli atti è il principale, imprescindibile indice rivelatore di una 'scelta indebita' dell'ufficio requirente.

<sup>17</sup> Si parla ancora di Cass. SS.UU. n° 14535/2006.

<sup>18</sup> Diverso – s'intende – da quello che abbia adottato la prima misura.

<sup>19</sup> Fattispecie che in generale rende il "*discorso [...] più complesso*", dice la Cassazione.

<sup>20</sup> Le tre caratteristiche valorizzate dalla sentenza – diverse notizie di reato, distanza temporale tra la ricezione dell'una e dell'altra, indagini separate – sono quelle che in combinato connotavano la fattispecie concretamente esaminata dalla Cassazione: questo per dire che qui (più che ad elaborare un'indicazione sistematica) la Cassazione ha provveduto ad individuare la soluzione adatta a quella precisa fattispecie, alla quale – dunque – è bene accostarsi con approccio non troppo schematico.

*modo evidente il loro significato*”, potendo essi rivelare la loro attitudine probatoria (od almeno indiziaria) soltanto all’esito di un procedimento di organica elaborazione (che quindi può dar ragione di un eventuale iato temporale tra il momento dell’emersione degli elementi medesimi ed il momento dell’attivazione del nuovo procedimento)<sup>21</sup>.

*Di alcune questioni ricorrenti con riferimento ai vari presupposti di applicabilità della disposizione ex art. 297, 3° comma, c.p.p.*

Il primo (indefettibile) requisito di operatività del meccanismo della retrodatazione – s’è visto – è quello della anteriorità dei fatti contestati con le ordinanze successive alla data di emissione della prima ordinanza.

A proposito di questo requisito, la questione che più frequentemente assume rilievo è quella relativa all’ipotesi in cui l’ordinanza successiva<sup>22</sup> sia stata emessa in relazione ad un **reato associativo (dunque permanente)** rispetto al quale il *tempus commissi delicti* sia individuato con formula c.d. ‘aperta’: tale per cui, in particolare, il *dies a quo* della contestazione sia anteriore alla data della prima ordinanza e il *dies ad quem* venga invece individuato con locuzioni che postulino che la condotta delittuosa si sia protratta oltre quella data<sup>23</sup>.

Sul punto, il giudice di merito può trovare oggi una ‘rassicurante’ soluzione nella citata sentenza delle Sezioni Unite del 2006<sup>24</sup>.

La sentenza, invero – confutando l’argomento del ricorrente, che faceva leva su un precedente di legittimità che aveva ritenuto rilevante la data “*iniziale*” della contestazione – afferma perentoriamente di condividere l’impostazione di quella che essa stessa definisce “*giurisprudenza prevalente*”, accreditando così la tesi secondo cui, nel caso di reato associativo contestato con “*formula cosiddetta aperta*” (nel senso dianzi specificato), la “*retrodatazione*” non può operare per difetto del presupposto della anteriorità dei fatti.

---

<sup>21</sup> La sentenza, in via di esemplificazione, fa riferimento alla acquisita disponibilità di numerosi colloqui intercettati che necessitano però di esser unitariamente interpretati o di complessi documenti che richiedano di esser sottoposti alla valutazione di un consulente tecnico: è chiaro, peraltro, che nello sviluppare questi argomenti la pronuncia delle Sezioni Unite offre un’importante e più generale chiave di lettura del requisito della desumibilità dagli atti.

<sup>22</sup> Per semplificare, qui si ragiona sull’esempio che sia uno soltanto il provvedimento per il quale si ponga il problema della retrodatazione.

<sup>23</sup> Del tipo ‘fino alla data odierna’: all’ipotesi di contestazione ‘aperta’, ai fini che qui rilevano, è assimilabile quella in cui anche il *dies ad quem* coincida con una data specificamente indicata che sia comunque posteriore a quella dell’adozione della prima ordinanza.

<sup>24</sup> Cass. SS.UU. n° 14535/2006.

Su questa linea, d'altronde, s'è attestata la successiva giurisprudenza di legittimità<sup>25</sup>.

Un'applicazione del principio consacrato dalle Sezioni Unite si trova poi operata – per guardare alla giurisprudenza di merito – in un'ordinanza del 'Tribunale del riesame' di Palermo dell'8 gennaio 2010<sup>26</sup>.

Nel caso esaminato dal Tribunale, in particolare, con ordinanza del 27 ottobre 2009 era stata applicata all'indagato la misura della custodia cautelare in carcere per il delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p. e per altre nove fattispecie<sup>27</sup>, tutte aggravate dalla circostanza contemplata dall'art. 7 D.L. n° 152/1991; e la difesa chiedeva che gli effetti di detta ordinanza fossero fatti 'retroagire' alla data del 20 dicembre 2005: data alla quale era stato emesso, nei confronti del medesimo indagato, un altro provvedimento cautelare, in relazione ad una diversa fattispecie di estorsione (aggravata anch'essa ex art. 7 D.L. n° 152/1991)<sup>28</sup>.

Ed il Tribunale ha respinto l'appello sulla base del rilievo che il delitto di associazione di tipo mafioso si vedeva contestato, con l'ordinanza del 27 ottobre 2009, per un lasso di tempo che trovava il suo termine iniziale nell'anno 2004<sup>29</sup> ma il suo termine finale nella data della richiesta del Pubblico Ministero e cioè nella data del 3 giugno 2009<sup>30</sup>: e – quindi – sulla base del rilievo che “*il tempus commissi delicti*” doveva reputarsi “*successivo alla data di emissione della prima ordinanza*”, con conseguente inconfigurabilità del requisito della anteriorità dei fatti<sup>31</sup>.

Rilievo assorbente ed esaustivo, evidentemente, rispetto alla ipotetica soluzione delle questioni prospettate dalla difesa in relazione agli altri requisiti (connessione 'qualificata' tra i fatti e desumibilità dagli atti prima del rinvio a giudizio): una

---

<sup>25</sup> V., in particolare, Cass. 8 maggio 2009 n° 34576, Cass. 21 aprile 2010 n° 20882.

<sup>26</sup> Adottata in un procedimento ex art. 310 c.p.p.

<sup>27</sup> Violazione di domicilio, estorsioni tentate o consumate, detenzione di un'arma comune da sparo.

<sup>28</sup> La difesa fondava la richiesta di retrodatazione sulla deduzione secondo cui i delitti per cui era stato adottato il provvedimento del 27 ottobre 2009 dovevano reputarsi legati da un rapporto di connessione 'qualificata' a quello oggetto della precedente ordinanza, e sulla deduzione secondo cui detti delitti (rivelati da intercettazioni eseguite nel 2004 e nel 2005) erano conoscibili già alla data in cui (13 giugno 2006) nel primo procedimento era stato disposto il rinvio a giudizio: ed invocava (la difesa) la “*revoca*” della misura cautelare, sul presupposto che, una volta operata la retrodatazione, il termine di fase doveva ritenersi decorso.

<sup>29</sup> Quindi in epoca anteriore alla data di emissione della prima ordinanza.

<sup>30</sup> Successiva, pertanto, alla data di emissione della prima ordinanza: l'individuazione del *dies ad quem* nella data della richiesta del P.M., peraltro, nella specie riguardava anche ad un altro delitto contestato con la seconda ordinanza (quello di detenzione di arma comune da sparo).

<sup>31</sup> Il provvedimento del Tribunale invocava peraltro un ulteriore precedente di legittimità – Cass. 12 giugno 2008 n° 27785 – successivo alla sentenza delle Sezioni Unite: nel rigettare l'appello integralmente (sebbene l'argomento decisivo riguardasse due delle nove imputazioni formulate con la seconda ordinanza) il provvedimento medesimo ha d'altronde fatto applicazione del principio (affermato in particolare da Cass. 18 febbraio 2008 n° 18148) secondo cui “*la scarcerazione dell'imputato per decorrenza dei termini di fase della custodia cautelare alla quale non si sia tempestivamente provveduto deve essere disposta nella fase successiva [...] purché la scadenza di detti termini riguardi tutte le imputazioni oggetto del provvedimento coercitivo e non solo alcune di esse, dovendosi escludere, in quest'ultimo caso, un interesse concreto dell'imputato ad un provvedimento cui non consegua il riacquisto della libertà*”.

scansione ‘fisiologica’ degli accertamenti affidati al giudice di merito è invero quella che contempla anzitutto la delibazione attinente (appunto) al presupposto della anteriorità dei fatti, poi quella attinente al presupposto della connessione ‘qualificata’ (ove in concreto rilevante) ed infine quella attinente al presupposto della desumibilità dagli atti<sup>32</sup>.

Un’applicazione del principio ora sancito dalla Sezioni Unite in materia di **reato associativo** si rinviene poi in un’altra (più recente<sup>33</sup>) ordinanza d’appello del ‘Tribunale del riesame’ di Palermo, che merita di esser richiamata perché presenta un ulteriore profilo di interesse.

Nel caso esaminato da questa ordinanza, infatti, entrambe le ordinanze cautelari<sup>34</sup> contestavano all’indagato il delitto di cui all’ art. 416 *bis* c.p., la prima con “*contestazione chiusa*” (“*fino al novembre 2004*”), la seconda con contestazione “*aperta*” ad un periodo successivo al novembre del 2004 (“*dal 5 novembre 2004 sino alla data odierna*”).

E l’ordinanza si è anzitutto curata di disattendere la fondatezza dell’allegazione difensiva che – al fine di supportare l’invocazione del meccanismo della retrodatazione – sosteneva che i due provvedimenti cautelari riguardavano in realtà il **medesimo fatto**: rilevando (l’ordinanza) che, proprio in ragione delle modalità di individuazione del *tempus commissi delicti*, il secondo fatto doveva intanto ritenersi “*nuovo*” rispetto al primo, e dunque “*diverso*”<sup>35</sup>.

Dopodiché, la stessa ordinanza ha appunto affermato che, comunque – “*anche a volere ammettere la sussistenza*”, semmai, “*di un rapporto di continuazione*” (e quindi di “*connessione qualificata*”) “*tra le due ipotesi associative*” – l’operatività del meccanismo della retrodatazione era preclusa per il difetto del presupposto dell’anteriorità del fatto contestato con la seconda ordinanza.

\*\*\*

L’elemento della **connessione qualificata** – tra i fatti contestati con la prima ordinanza ed i fatti contestati con le ordinanze successive – può essere di decisiva rilevanza ai fini dell’applicabilità del meccanismo della retrodatazione (od ‘imputazione’).

---

<sup>32</sup> Fermo restando che in concreto può accadere che pure l’accertamento relativo al profilo della desumibilità dagli atti riveli un’attitudine a risolvere esaustivamente la questione dell’applicabilità della previsione del terzo comma dell’art. 297 c.p.p.

<sup>33</sup> 15 dicembre 2010.

<sup>34</sup> L’una del 27 ottobre 2007, l’altra del 19 gennaio 2009.

<sup>35</sup> Sul punto, il provvedimento del Tribunale ha in particolare richiamato Cass. 3 giugno 1995 n° 2410.

Alla luce di quanto inizialmente (e schematicamente) rappresentato, in particolare, l'esistenza di un tale nesso:

- a) se le ordinanze sono state adottate **nello stesso procedimento**, comporta senz'altro l'applicazione di quel meccanismo, alla sola condizione che ricorra il presupposto della anteriorità dei fatti
- b) se le ordinanze sono state adottate **in procedimenti diversi**, consente l'applicazione del meccanismo ove i fatti contestati con le ordinanze successive fossero desumibili dagli atti prima del rinvio a giudizio (laddove, nell'ipotesi in cui la connessione manchi, la desumibilità dagli atti va riferita alla data di emissione della prima ordinanza<sup>36</sup>).

Si può dunque comprendere quanto importate possa essere l'accertamento della sussistenza di detta **connessione qualificata**.

Giova allora brevemente ricordare, al riguardo – per parlare di una delle questioni che con più frequenza si pongono al giudice di merito – che è pressoché costante l'orientamento della giurisprudenza di legittimità<sup>37</sup> secondo cui la continuazione tra reato associativo e reati-fine si configura solo allorquando si possa affermare che detti reati-fine fossero stati già programmati, quantomeno nelle loro linee essenziali, sin dal momento della costituzione del sodalizio criminoso<sup>38</sup>.

Ed è interessante notare che, in un'ipotesi del genere, il giudice di legittimità<sup>39</sup> ha pure sostenuto la tesi – discutibile<sup>40</sup> – secondo cui è legittimo che il “*giudice dell'appello cautelare*” escluda, “*nel procedimento incidentale de libertate*”, la rilevanza delle “*statuizioni favorevoli all'applicazione della continuazione*” che pure siano state già “*adottate dal giudice del processo principale*” (e ciò sul presupposto della “*separatezza dei due procedimenti*”<sup>41</sup>).

Quello dell' ‘iniziale programmazione’ è d'altronde elemento che – ai fini della configurabilità della **continuazione** – può declinare il suo rilievo anche nell'ipotesi in cui il problema riguardi due (o più) reati-fine, entrambi (o tutti) aggravati dalla

---

<sup>36</sup> Il parametro temporale, insomma, decisamente ‘arretra’, con effetti di evidente diminuzione delle possibilità di operatività del meccanismo.

<sup>37</sup> Si allude alle pronunce specificamente adottate in materia di applicabilità (o di inapplicabilità, sarebbe il caso di dire) dell'art. 297, 3° comma, c.p.p. (pronunce rese su ordinanze cautelari, dunque, e non su decisioni rese all'esito di processi di cognizione).

<sup>38</sup> In questo senso, tra le altre, v. Cass. 28 marzo 2006 n° 12639: la sentenza, come altre pronunce, puntualizza che “*occorre che vi sia la prova specifica di ciò e cioè che anche i reati fine siano stati già programmati al momento della costituzione della associazione*” (laddove la “*prova specifica*” deve fornirla la difesa); e rileva altresì che “*la ipotesi più ricorrente*”, in realtà, è quella in cui “*i singoli reati fine non siano inizialmente né programmati né programmabili e che vengano poi decisi di volta in volta, quando se ne presenta la occasione, nel corso della vita della associazione criminale*”.

<sup>39</sup> Cass. 21 gennaio 2009 n° 8451.

<sup>40</sup> Anche per chi, come il sottoscritto, esercita funzioni di ‘giudice della cautela’.

<sup>41</sup> Il ‘giudice della cautela’, insomma, potrebbe negare la sussistenza del vincolo della continuazione tra determinati fatti di reato, ancorché il giudice della *plena cognitio* abbia nel frattempo affermato che, tra quei medesimi fatti, il vincolo in realtà ricorre.

circostanza prevista dall'art. 7 D.L. n° 152/1991, per i quali siano state emesse in successione due (o più) ordinanze cautelari.

Al proposito giova allora richiamare un'ordinanza d'appello del 'Tribunale del riesame' di Palermo, del 20 luglio 2007, resa in un caso in cui la difesa sosteneva ricorrente il **vincolo della continuazione** tra una fattispecie di tentata estorsione (aggravata appunto *ex art. 7 D.L. n° 152/1991*) ed una fattispecie rilevante *ex art. 12 quinquies D.L. n° 306/1992* (corredata dalla medesima aggravante)<sup>42</sup>.

L'allegazione difensiva era nel senso che i due reati dovevano reputarsi riconducibili ad un medesimo disegno criminoso perché, secondo quanto emergeva dalla stessa lettura dei capi di contestazione, l'indagato aveva commesso entrambi i reati *“avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 bis c.p. e con l'ulteriore scopo di agevolare l'attività dell'associazione cosa nostra”*.

Il Tribunale, tuttavia, ha escluso che potesse nella specie parlarsi di **connessione qualificata, sub specie di continuazione**, proprio affermando che *“la circostanza che ciascuno di quei due singoli reati sia stato di per sé – oggettivamente – commesso [...] con il supporto delle condizioni tratteggiate dal suddetto art. 416 bis c.p. e sia stato, di per sé, funzionalizzato agli interessi collettivi dell'organizzazione mafiosa, non è significativo [rectius: significativa] del fatto che l'uno e l'altro sono stati anche oggetto di quell'unitario processo – di previsione e di volizione – che costituisce il connotato soggettivo (essenziale) del concetto di medesimo disegno criminoso”*.

\*\*\*

Una rapida lettura delle pronunce di legittimità degli ultimi due-tre anni conferma che l'ipotesi più problematica e dibattuta, in punto di applicazione dell'art. 297, 3° comma, c.p.p., rimane quella che riguarda le ordinanze emesse **in procedimenti diversi per fatti diversi non legati da connessione qualificata**.

Conferma, in particolare, come tale problematicità si riconnetta al permeante rilievo che in ipotesi del genere – sullo sfondo di quanto affermato dalle Sezioni Unite con la sentenza n° 14535 del 2006 – finiscono con l'assumere profili 'fattuali' troppo connotati da caratteri di 'indefinitezza' e perciò destinati a mantenere assai dilatati i margini della discrezionalità valutativa del giudice di merito<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Per il reato di 'intestazione fittizia' era stata adottata ordinanza cautelare il 3 marzo 2006 e per quello di tentata estorsione era intervenuto un nuovo provvedimento cautelare il 19 febbraio 2007: degli effetti di quest'ultimo la difesa chiedeva la retrodatazione, appunto, al 3 marzo 2006.

<sup>43</sup> Il quale, non va dimenticato, è pur sempre il giudice di un procedimento cautelare: che – per sue caratteristiche strutturali – non si presta davvero a consentire un accertamento così approfondito e dettagliato delle sfaccettature che abbiano scandito il processo decisionale sotteso all'adozione della misura retrodatanda (ché questo, alfine, è il problema).

L'enfaticizzazione di tali profili fattuali trova spazio, soprattutto, allorché si tratti di valutare l'elemento della desumibilità dagli atti, che – poi – è quello che nella gran parte dei casi si rivela la 'chiave di volta' della decisione sulla possibilità che il meccanismo della retrodatazione operi<sup>44</sup>.

A questo proposito è opportuno tornare per un momento sulle indicazioni che complessivamente promanano dalla pronuncia delle Sezioni Unite testé richiamata.

Giova in particolare puntualizzare che – a guardare al percorso argomentativo seguito dalla Cassazione – quella della desumibilità dagli atti **non** è circostanza **dirimente** ai fini della valutazione sull'applicabilità di quel meccanismo<sup>45</sup>.

Nella prospettiva 'sistematica' delle Sezioni Unite, invero, l'interprete è chiamato **essenzialmente** a stabilire se 'a monte' dell'emissione delle due (o più) ordinanze vi sia stata quella più volte evocata **scelta indebita** del pubblico ministero: tant'è che il suddetto percorso argomentativo si conclude con l'affermazione che la retrodatazione può operare laddove "*gli elementi giustificativi della seconda erano già desumibili dagli atti al momento della emissione della prima*", ma pur sempre "*se [...] la loro separazione [dei procedimenti] può essere frutto di una scelta del pubblico ministero*".

E tuttavia – anche alla luce del fatto che (come s'è detto) la sentenza di cui si parla ha infine offerto indicazioni di segno più che altro negativo<sup>46</sup> – nella pratica l'aspetto della desumibilità dagli atti è quello al quale la giurisprudenza successiva, più o meno esplicitamente, ha<sup>47</sup> attribuito il ruolo di essenziale indice rivelatore dell'esistenza di quella **scelta indebita**: nel tessuto motivazionale di molte pronunce – insomma – l'accertamento attinente ai due profili finisce in realtà con l'essere intimamente 'intrecciato'.

Sullo sfondo di questa importante precisazione, può allora anzitutto evidenziarsi come la giurisprudenza più recente – nell'ambito (si ripete) della fattispecie di ordinanze emesse **in procedimenti diversi per fatti diversi non legati da connessione qualificata** – riveli la decisa tendenza a valorizzare l'elemento della **data dell'informativa di p.g.**: tendenza comprensibile – ed anche condivisibile – posto che

---

<sup>44</sup> Secondo quel che appunto emerge dall'esame della giurisprudenza più recente.

<sup>45</sup> Nel senso – più precisamente – che la ricorrenza di tale circostanza non è in sé **sufficiente** (pur essendo **necessaria**) a render operante il meccanismo.

<sup>46</sup> Escludendo cioè l'applicabilità della retrodatazione per il caso di procedimenti devoluti alla competenza di autorità giudiziarie diverse o, in linea di massima – con soluzione precipuamente 'tarata' sul caso che in quella sede era oggetto di delibazione – per il caso di procedimenti originati da notizie di reato differenti, pervenute a distanza di tempo e scaturenti da indagini curate da organi di polizia giudiziaria anch'essi differenti: d'altronde, è ovvio, non si poteva richiedere alla sentenza di fare una rassegna di tutte le fattispecie suscettibili in concreto di verificarsi.

<sup>47</sup> Ben comprensibilmente.

siffatto elemento ha il pregio di offrire un ancoraggio fattuale ‘netto’ (non sfuggente) alla valutazione del giudice di merito.

In linea con l’affermazione delle Sezioni Unite – secondo cui non è in sé l’‘atomistica’ disponibilità<sup>48</sup> di elementi investigativi a disvelare l’esistenza della **scelta indebita** del pubblico ministero – il giudice di legittimità<sup>49</sup> ha così confermato, in particolare, la decisione con cui il giudice di merito aveva negato l’applicabilità dell’art. 297, 3° comma, c.p.p. in una fattispecie in cui gli elementi fondativi della seconda ordinanza<sup>50</sup> “*esistevano*” già alla data dell’adozione della prima, sostenendo (il giudice di merito) che “*soltanto con l’informativa*”, successiva alla suddetta data, “*il PM aveva potuto avere una visione di sintesi ed aveva avuto modo di compiere una completa valutazione delle risultanze investigative*”.

L’elemento della anteriorità della data dell’**informativa di P.G.**<sup>51</sup> – rispetto alla data di emissione della prima ordinanza – ha d’altronde trovato valorizzazione in una recente<sup>52</sup> ordinanza del ‘Tribunale del riesame’ di Palermo, sull’ulteriore presupposto che (peraltro) “*dagli atti*” non risultavano “*acquisizioni probatorie successive (alla predetta informativa ed alla data di emissione della prima ordinanza)*”.

La decisione rivela un profilo di specifico interesse – d’altronde – laddove, sulla base di questo rilievo essenzialmente relativo (appunto) alla data della seconda informativa, ha ritenuto configurabile il requisito della desumibilità degli atti ancorché le indagini da cui era scaturito il primo provvedimento fossero state condotte dai Carabinieri (che avevano trasmesso una loro, autonoma, C.N.R.) e le indagini i cui esiti erano stati poi compendiate nella suddetta informativa (per poi essere posti a fondamento del secondo provvedimento cautelare) fossero state invece condotte dalla Polizia di Stato.

Al riguardo, giova allora richiamare un’altra pronuncia del giudice di legittimità<sup>53</sup> che (rigettando il ricorso proposto dall’organo requirente) ha confermato una decisione di merito che aveva ritenuto operante la retrodatazione, sul presupposto che “*il Pubblico Ministero aveva a disposizione l’informativa di reato*”, “*esplicativa del*

---

<sup>48</sup> Nell’ambito del primo procedimento: o, meglio, **già al momento dell’emissione della prima ordinanza**.

<sup>49</sup> Cass. 4 novembre 2009 n° 2724: la sentenza si muove infatti a ribadire che “*il concetto di desumibilità*” (che quindi è quello di cui alfine precipuamente ragiona) “*non va rapportato ad un parametro rigorosamente temporale, riferito, cioè, alla mera presenza in atti del dato investigativo, quanto piuttosto al momento valutativo, postulando quel dato una necessaria valutazione anche in rapporto alle altre risultanze della indagini*”.

<sup>50</sup> Nella specie, essenzialmente, erano esiti di “*captazioni telefoniche*”.

<sup>51</sup> Si allude sempre all’informativa contenente le acquisizioni investigative sulla base delle quali sia stata emessa la seconda ordinanza cautelare.

<sup>52</sup> 30 luglio 2010.

<sup>53</sup> Cass. 8 gennaio 2010 n° 8839.

*compendio indiziario*” relativo al reato oggetto della seconda ordinanza, già “*al momento della emissione della prima ordinanza*”: e l’ha confermata negando espressamente rilievo – la Cassazione – proprio alla circostanza che si trattava “*di notizie di reato provenienti da investigatori diversi*” ed altresì sostenendo (si badi) che “*ciò che interessa, a prescindere dalla conoscenza effettiva da parte del singolo magistrato addetto all’ufficio, è il dato della conoscibilità da parte dell’ufficio*”.

Il profilo della rilevanza della data dell’**informativa di P.G.** trova inoltre spazio in un’altra sentenza della Cassazione<sup>54</sup>, che merita peraltro di essere segnalata<sup>55</sup> perché dà conto di come nella casistica si veda talora valorizzato l’ulteriore elemento della **congruità del tempo** trascorso tra la ricezione della stessa informativa e l’attivazione del procedimento penale (nell’ambito del quale sia applicata la seconda ordinanza cautelare): elemento che è uno di quelli che, non sfuggirà, manifesta quei caratteri di eccessiva ‘indefinitezza’ in presenza dei quali la questione dell’operatività del meccanismo della retrodatazione (nell’ipotesi di cui si sta qui discutendo) rischia di rimanere contraddistinta da connotati di fluidità troppo accentuati.

In quel caso, invero, l’**informativa** relativa ai fatti oggetto della seconda ordinanza era del 21 febbraio 2008, laddove la prima ordinanza era stata emessa il 17 marzo 2008 (quindi in data successiva): e però, il giudice di merito – nel rigettare ugualmente l’istanza difensiva di retrodatazione – aveva pure affermato (tra gli altri argomenti) che “*davvero non si vede come il P.M. [...] potesse muoversi con maggiore sollecitudine, avendo meno di quattro settimane disponibili*”.

La Cassazione, censurando proprio questo (solo) passaggio motivazionale, ha annullato la decisione, sostenendo che il giudice di merito avrebbe dovuto individuare più “*analiticamente*” (se esistenti) le ragioni atte a “*giustificare*” il “*tempo trascorso*” – per quanto esso fosse appunto pari a meno di quattro settimane – “*tra l’acquisizione della fonte di prova e l’inizio del procedimento penale*”.

#### Un ultimo, breve, spunto di riflessione

La lettura di tre pronunce di merito adottate in questo Distretto offre l’occasione per affidare all’odierno dibattito il compito di sviluppare, sotto vari profili, la discussione sulle modalità con cui alfine la ‘retrodatazione’ – od il diverso fenomeno

---

<sup>54</sup> Cass. 18 gennaio 2010 n° 9990.

<sup>55</sup> Oltre che per alcune indicazioni in ordine alla ripartizione degli oneri di ‘produzione-acquisizione’ documentale nel contesto di un procedimento ex art. 310 c.p.p.

dell' 'imputazione', di cui parlano le Sezioni Unite<sup>56</sup> con riferimento all'ipotesi di procedimenti diversi – devono produrre i loro effetti: essendo accomunate, quelle tre pronunce – sia pure su basi differenti – dall'assunto di fondo che l'affermazione della astratta applicabilità della disposizione *ex art. 297, 3° comma, c.p.p.* non necessariamente comporta, poi, una declaratoria di inefficacia della misura applicata con la seconda ordinanza (o con le plurime ordinanze successive).

La prima decisione, del 'Tribunale del riesame' di Palermo<sup>57</sup> – per meglio dire – ha anzi attribuito assorbente ed esaustivo rilievo – al fine di respingere la richiesta difensiva di 'retrodatare' gli effetti di un'ordinanza del 19 novembre 2007 al 14 marzo 2007<sup>58</sup> – alla circostanza che **comunque**, anche a voler ritenere sussistenti i presupposti per quella 'retrodatazione', il **termine di fase annuale** che in concreto avrebbe trovato applicazione<sup>59</sup> in quel momento non era proprio trascorso<sup>60</sup> (nel senso che non era passato un anno dall'esecuzione della prima ordinanza).

Ed è il caso di richiamare ancora, al riguardo, una pronuncia del giudice di legittimità<sup>61</sup> che ha confermato una decisione di merito che, in analoga fattispecie, aveva dichiarato **inammissibile** l'appello della difesa: e lo ha fatto – la Cassazione – muovendosi a sostenere che *“vi deve essere un interesse concreto e attuale a ottenere una decisione sulla verifica della realizzazione della fattispecie di retrodatazione della decorrenza dei termini di custodia”*.

Una recentissima ordinanza del G.I.P. del Tribunale di Palermo<sup>62</sup>, d'altronde – dopo aver ritenuto che tra i fatti oggetto di due ordinanze cautelari successive emesse in procedimenti diversi v'era un rapporto di connessione qualificata ed aver altresì ritenuto che ricorresse il requisito della 'desumibilità dagli atti'<sup>63</sup> – ha tuttavia rigettato

---

<sup>56</sup> La più volte citata Cass. SS.UU. n° 14535/2006.

<sup>57</sup> In data 11 marzo 2008: giova subito rilevare che dal provvedimento non emerge se in quella fattispecie le due ordinanze cautelari fossero state adottate in uno stesso procedimento od in procedimenti diversi.

<sup>58</sup> Data di **esecuzione** di un precedente provvedimento cautelare.

<sup>59</sup> Alla luce dell'imputazione più grave contestata con la prima ordinanza.

<sup>60</sup> E non lo era nemmeno se si considerava quale *dies a quo* la data di adozione della prima ordinanza (12 marzo 2008), anziché quella della sua effettiva esecuzione, come è più che corretto che sia atteso che i termini di custodia decorrono se la custodia è materialmente operante; al proposito giova segnalare – per la portata generale che possono assumere alcuni suoi passaggi motivazionali – Cass. 18 febbraio 2009 n° 19047: che afferma (in una fattispecie di ordinanze adottate in procedimenti diversi, poi riuniti) che, una volta 'retrocessi' gli effetti della seconda ordinanza *“alla data della prima”*, la sospensione dei termini disposta per la prima misura deve riverberarsi anche sulla seconda misura, con conseguente concreta incidenza sul computo del relativo termine di fase (e ciò, si badi, sull'assunto che *“una volta unificato il regime detentivo a quello del primo procedimento sarebbe ingiustificato farlo per gli aspetti favorevoli all'inquisito, esimendolo però da quelli comportanti una maggiore durata ...”*).

<sup>61</sup> La già citata Cass. n° 18148/2008.

<sup>62</sup> In data 27 gennaio 2011.

<sup>63</sup> Dopo aver insomma argomentato della sussistenza di tutti i presupposti di operatività della disposizione *ex art. 297, 3° comma, c.p.p.* (compreso, anzitutto, quello della 'anteriorità dei fatti').

l' "*istanza di scarcerazione*" sul presupposto che il **primo termine di fase**<sup>64</sup> non era interamente decorso.

Laddove il ragionamento che ha condotto a questa conclusione ha fatto leva sulla circostanza che, nel primo procedimento, tra la data di "*esecuzione*" della prima ordinanza (21 ottobre 2009) e la data di emissione del decreto di giudizio immediato (8 gennaio 2010) erano trascorsi solo ottanta giorni, con la conseguenza che l'esecuzione del secondo titolo custodiale<sup>65</sup> poteva ancora protrarsi, prima di 'completare' il **termine annuale** concretamente applicabile per la 'fase delle indagini', per "*ulteriori*" duecentottantacinque giorni (decorrenti dalla data della seconda ordinanza).

E l'ordinanza è stata confermata in appello dal 'Tribunale del riesame', con provvedimento del 15 febbraio 2001 (il terzo di quelli di cui si parlava), che nel condividere la decisione del G.I.P. – è importante sottolinearlo – ne ha ancorato la fondatezza proprio all'affermazione delle Sezioni Unite secondo cui, nel caso di **procedimenti diversi**, il meccanismo che scandisce l'applicazione del terzo comma dell'art. 297 c.p.p. è più propriamente quello per il quale "*la durata della misura disposta nel primo viene imputata al secondo*": procedimento di "*imputazione*" che "*correttamente*" il G.I.P., secondo il Tribunale, aveva adottato '**scomputando**' gli ottanta giorni di esecuzione della custodia cautelare, seguita all'emissione della prima ordinanza, dal termine annuale di fase operante per la misura disposta con la seconda ordinanza.

*Palermo 3 marzo 2011*

---

<sup>64</sup> Quello di cui all'art. 303, 1° comma, lett. a), n° 3 c.p.p.

<sup>65</sup> Emesso il 10 gennaio 2011.