

8388 / 09



n. /09

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE PENALI

composte dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

dott. Torquato	GEMELLI	Presidente	
dott. Giuseppe Maria	COSENTINO	Componente	Camera di consiglio
dott. Giorgio	LATTANZI	"	del 22 gennaio 2009
dott. Francesco	MARZANO	"	Sent. n. 3 /09
dott. Antonio	AGRO'	"	R.G. n. 9856/08
dott. Secondo Libero	CARMENINI	"	
dott. Giovanni	CANZIO	" (relatore)	
dott. Gennaro	MARASCA	"	
dott. Franco	AMEDEO	"	

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

nato il 30/10/1935 a Genova

avverso l'ordinanza emessa il 25 febbraio 2008 dal Tribunale di Genova.

Letti gli atti, l'ordinanza impugnata e il ricorso;

Udita la relazione fatta dal Consigliere dott. Giovanni Canzio;

Udito il Procuratore Generale Aggiunto, dott. Giovanni Palombarini, il quale ha concluso per il rigetto del ricorso;

Uditi i difensori dell'imputato, Avv.ti Massimo Krogh e Cesare Manzitti, i quali hanno concluso per l'annullamento dell'ordinanza impugnata.

CASSAZIONE.NET

RITENUTO IN FATTO

1. - Il giudice per le indagini preliminari del tribunale di Genova, sulla richiesta in data 13/12/2007 dei pubblici ministeri assegnatari del procedimento, disponeva con ordinanza del 4/2/2008 l'applicazione della misura degli arresti domiciliari nei confronti di _____, indagato per plurime ipotesi delittuose (artt. 110, 353, comma 2, 317 e 640, comma 2 n. 1 c.p.).

Come risulta dagli atti del fascicolo processuale, l'originaria richiesta reca in calce l'annotazione del procuratore della Repubblica del 17 dicembre, con la quale si esprime "dissenso" in ordine alla misura degli arresti domiciliari poiché "all'indagato, ultrasettantenne ed incensurato, sono addebitati reati commessi, senza fine di lucro personale, nella sua veste di presidente dell'autorità portuale, carica pubblica in scadenza tra circa quaranta giorni (è già stata espressa la terna entro cui scegliere il successore); nella più severa delle ipotesi, appare maggiormente adeguata ed ugualmente efficace, per far fronte alle prospettate esigenze cautelari, la misura interdittiva della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio di cui all'art. 289 c.p.p.". Segue in calce l'ordine di inoltro "all'ufficio GIP" sottoscritto dallo stesso procuratore il successivo 18 dicembre.

La richiesta cautelare, con le annotazioni in calce del procuratore della Repubblica, venne quindi depositata nella cancelleria del giudice per le indagini preliminari il 20 dicembre, con una nota dei magistrati dell'ufficio del pubblico ministero assegnatari del procedimento, dal seguente tenore: "Si trasmette l'allegata richiesta di misure cautelari (reali e personale), ritenendo di mantenere le determinazioni espresse anche laddove non concertate con il procuratore che, pur non prestando il proprio assenso alla misura cautelare personale, peraltro sotto l'esclusivo profilo dell'adeguatezza del tipo di misura richiesta, ha comunque disposto per la trasmissione dell'atto a codesto g.i.p. per la libera valutazione dell'organo giurisdizionale"

Il tribunale di Genova, con ordinanza emessa il 25/2/2008 in sede di riesame, confermava il provvedimento applicativo della misura coercitiva, nelle more revocata il 15/2/2008 per sopravvenuta cessazione delle esigenze cautelari, rilevando che il ricorrente aveva interesse all'impugnazione nonostante la revoca della misura, con riguardo all'eventuale esercizio del diritto all'equa riparazione per ingiusta detenzione, ma che, nel caso concreto, sussistevano gli estremi della gravità indiziaria.

Il tribunale non ravvisava, invece, la nullità, ex artt. 178 comma 1 lett. b) e 179 c.p.p., dedotta dal ricorrente sotto il profilo del difetto di una valida domanda cautelare, che potesse assumere rilievo ai fini dell'eventuale richiesta di riparazione per ingiusta detenzione, per asserita violazione dell'art. 3, comma 2 d.lgs. n. 106 del 2006, in ragione della mancanza di assenso scritto del procuratore della Repubblica alla richiesta dei magistrati assegnatari del procedimento, in quanto: - la richiesta della misura coercitiva era sottoscritta anche dal procuratore aggiunto, titolare, per assetto organizzativo interno all'ufficio, delle stesse prerogative riconosciute al procuratore della Repubblica; - il dissenso di questi concerneva solo la scelta della misura cautelare personale più adeguata, ma non coinvolgeva il merito della contestazioni; - il procuratore della Repubblica aveva disposto l'inoltro della richiesta al g.i.p. senza

averne preteso dai magistrati assegnatari la modifica e senza avere altresì inteso revocare l'assegnazione, limitandosi a rimettere alla valutazione del giudice gli argomenti da lui prospettati.

2. - Avverso la suddetta ordinanza hanno proposto ricorso per cassazione i difensori del [redacted] i quali, anche con successive memorie illustrative, hanno ribadito la tesi della nullità assoluta, ex artt. 178 comma 1 lett. b), 179 e 291 c.p.p., del provvedimento applicativo della misura coercitiva, sotto il profilo della carenza di una valida ed efficace domanda cautelare per la violazione dell'art. 3, comma 2 d.lgs. n. 106 del 2006, in ragione della mancanza di assenso scritto del procuratore della Repubblica alla richiesta dei magistrati assegnatari del procedimento, la cui nota di trasmissione del 20/12/2007 sarebbe stata inefficace a fronte dell'inoltro al giudice da parte del procuratore della Repubblica di una richiesta emendata con la sostituzione della misura interdittiva a quella degli arresti domiciliari.

Ad avviso del ricorrente, l'assenso scritto, atto necessariamente preventivo e dal contenuto autorizzatorio, costituisce esclusiva "prerogativa" del procuratore della Repubblica (non delegata nella specie al procuratore aggiunto, mero co-assegnatario del procedimento) e si configura come condizione di validità della richiesta cautelare formulata nella fase delle indagini preliminari, non potendosi ritenere che la speciale norma dell'art. 3 d.lgs. n. 106 del 2006 riguardi esclusivamente l'organizzazione interna dell'ufficio di procura ed abbia valenza meramente ordinamentale e disciplinare, senza alcun riflesso nella sfera giuridica del soggetto che sia privato della libertà personale.

Di talché, in assenza di una valida richiesta del pubblico ministero o anche in caso di applicazione di una misura più grave di quella validamente richiesta, sostiene il ricorrente che, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 314, comma 2 c.p.p., sussiste l'interesse all'impugnazione, sulla base della illegittimità dell'ordinanza applicativa di una misura coercitiva per violazione del principio della domanda, pur quando la misura sia stata revocata, eccedendo in subordine la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale della suindicata norma in riferimento agli artt. 3, 24, 76 e 77 Cost.

3. - La sesta Sezione, con ordinanza del 3-23/10/2008, sul rilievo che il ricorrente, nonostante il giudice del riesame avesse ritenuto la sussistenza del presupposto della gravità indiziaria, aveva impugnato la relativa ordinanza nella parte in cui è stata esclusa la nullità assoluta del provvedimento coercitivo, dedotta sotto il profilo della mancanza di una valida domanda cautelare in difetto dell'assenso del procuratore della Repubblica, ha affermato che l'interesse all'impugnazione, pur quando nelle more sia intervenuta la revoca della misura e la rimessione in libertà, dovrebbe essere negato, dato che il diritto alla riparazione per ingiusta detenzione si configura, nella previsione dell'art. 314, comma 2 c.p.p. e nell'interpretazione della giurisprudenza di legittimità, solo se mancano le condizioni di applicabilità stabilite dagli artt. 273 e 280 c.p.p..

La Sezione rimettente ha osservato, tuttavia, che l'uniforme orientamento della giurisprudenza di legittimità circa la tassatività dei parametri normativi per la

configurazione del presupposto per la riparazione dell'ingiusta detenzione non è in linea con i principi espressi dalla Corte costituzionale, la quale, con plurime decisioni, ha esteso l'ambito dell'equa riparazione a situazioni non previste dalla disciplina codicistica, anche traendo argomenti dai contenuti di norme di fonte sopranazionale. E, concludendo nel senso che il riconoscimento della persistenza dell'interesse a impugnare, nonostante la sopravvenuta revoca della misura coercitiva, rispetto a tutte le condizioni che attengono alla "ontologica legalità e validità" del provvedimento impositivo, potrebbe dare luogo ad un contrasto giurisprudenziale, ha rimesso la decisione della questione di diritto alle Sezioni Unite, cui il ricorso è stato assegnato per l'odierna udienza in camera di consiglio.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. - Le Sezioni Unite sono chiamate anzitutto a rispondere al quesito "*se permanga l'interesse dell'imputato all'impugnazione dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare personale, ai fini del giudizio di riparazione per ingiusta detenzione, pur quando le censure contro il provvedimento, che nelle more sia stato revocato, non attengano alla mancanza dei presupposti di applicabilità di cui agli artt. 273 e 280 c.p.p. - in particolare dei gravi indizi di colpevolezza -, bensì all'asserita mancanza di una valida domanda cautelare (per il difetto di assenso o per l'espresso dissenso del procuratore della Repubblica sulla relativa richiesta del magistrato dell'ufficio del pubblico ministero assegnatario del procedimento)*".

1.1. - Occorre premettere che lo schema codicistico del procedimento di applicazione delle misure cautelari personali, come delineato dagli artt. 291 e 292 c.p.p. all'interno di un modello processuale che, anche alla luce del riformulato art. 111 comma 2 Cost., mira ad esaltare la netta separazione dei ruoli tra parti richiedenti e organo deliberante ed a preservare la terzietà del giudice, postula, come "indefettibile antecedente", uno specifico atto propulsivo rappresentato dalla "domanda" che il pubblico ministero rivolge al giudice, alla stregua di un atto di esercizio dell'"azione cautelare" (C. cost., n. 4 del 1992).

Nella logica accusatoria del nuovo processo penale, la direttiva n. 59 della legge-delega n. 81 del 1987, già sul piano semantico, correla intimamente il "potere-dovere del pubblico ministero di richiedere, presentando al giudice gli elementi su cui si fonda la sua richiesta", con il potere-dovere "del giudice di disporre con provvedimento motivato le misure di coercizione personale", in termini di interdipendenza necessaria tra richiesta e decisione. Avverte, in proposito, la Relazione al Progetto preliminare del nuovo codice di rito, privilegiando l'aspetto funzionale del rapporto tra domanda cautelare e decisione giurisdizionale, che, se dev'essere esclusa "una legittimazione ai provvedimenti cautelari in capo al pubblico ministero (salvo il potere di fermo), così è da escludersi l'adozione di misure cautelari che prescindano dall'iniziativa del pubblico ministero il quale è, sotto questo profilo, soggetto necessariamente <richiedente> senza legittimazione a disporre, mentre, per converso, il giudice è soggetto <decidente>, ma non *ex officio*".

Sicché, alla domanda della parte pubblica corrisponde la genesi di un fenomeno devolutivo, che assegna al giudice un potere decisorio che, pur integro in tutti i suoi

connotati e secondo gli ordinari parametri deliberativi, resta circoscritto all'interno dei confini tracciati dal *devolutum*. Nel senso che va coerentemente esclusa la possibilità non solo che il giudice applichi *ex officio* una misura cautelare in mancanza di domanda del pubblico ministero (*extra petita*), ma anche che egli adotti una misura, non già meno severa, bensì, *in peius*, più grave di quella richiesta (*ultra petita*). E, ove si verifichi l'inosservanza della preclusione nascente dal principio della domanda cautelare, si configura, sul piano interpretativo (Cass., sez. fer., 6/9/1990 n. 2668, Palma, rv. 185652; sez. III, 8/10/1998 n. 2554, P.M. in proc. Corigliano, rv. 212169; sez. VI, 26/6/2003 n. 35106, De Masi, rv. 226515; sez. VI, 10/7/2008 n. 33858, P.M. in proc. Maazouzi, rv. 240799), la nullità - di ordine generale ed assoluta, insanabile e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento - dell'ordinanza del giudice, riferita, ai sensi degli artt. 178 lett. b) e 179 comma 1 c.p.p., all'iniziativa indefettibile e riservata in via esclusiva al pubblico ministero nell'esercizio dell'azione cautelare.

1.2. - Ciò posto, è ben vero che le Sezioni Unite (Sez. Un., 12/10/1993 n. 20, Durante, rv. 195353-355, seguite da Sez. un., 13/7/1998 n. 21, Gallieri, rv. 211194 e Sez. Un., 28/3/2006 n. 26795, Prisco, rv. 234268, nonché dal conforme e costante indirizzo giurisprudenziale delle sezioni semplici), pur osservando, circa la persistenza dell'interesse ad impugnare l'ordinanza coercitiva nel caso di revoca *medio tempore* della misura e di liberazione dell'imputato, che la sopravvenuta revoca non può incidere sull'attualità dell'interesse a coltivare l'impugnazione ai fini della precostituzione di un titolo da far valere successivamente in sede di riparazione per ingiusta detenzione, hanno tuttavia qualificato come "tassativa" la formulazione dell'art. 314 comma 2 c.p.p., con riguardo alle cause di illegittimità della misura elencate negli artt. 273 e 280 c.p.p.. Donde l'inidoneità delle violazioni attinenti sia all'art. 274 per insussistenza delle esigenze cautelari, sia all'art. 275 per inadeguatezza o per difetto di proporzionalità della misura, ad atteggiarsi a fondamento giustificativo del diritto all'equa riparazione.

La qualificazione in termini di "tassatività" della norma, secondo un'interpretazione fedele al dato letterale, ha messo in evidenza il carattere "speciale" dello strumento riparatorio dell'ingiusta detenzione, diretto alla tutela delle ragioni di quanti siano stati condannati in relazione agli stessi fatti posti a fondamento del titolo cautelare illegittimo.

Va peraltro segnalato che un pur minoritario orientamento giurisprudenziale ha inteso accreditare un'interpretazione capace di superare i limiti letterali della disposizione dell'art. 314 comma 2 c.p.p., valorizzando le fonti normative sopranazionali e l'elaborazione della Corte costituzionale - di cui si dirà appresso - per giustificare talune soluzioni applicative, dirette alla verifica *ex post* dell'illegittimità della situazione detentiva (v. Cass., sez. I, 10/10/2000 n. 3346/01, Macrì, rv. 218175-176, nell'ipotesi di carcerazione protratta oltre il termine di durata previsto dalla legge, e Corte eur. d. uomo, 9/6/2005, Picaro c. Italia, con riferimento alla violazione, in tal caso, dell'art. 5, par. 5 Cedu; sez. VI, 27/5/2005 n. 26873, Frediani, rv. 231918, nel caso di proroga tardiva della misura cautelare; sez. IV, 6/11/2006 n. 42022, Carta, rv. 235676-677, nel caso di mancanza della richiesta del Ministro della

Giustizia; sez. III, 7/5/2008 n. 25201, Teodosiu, rv. 240388, nel caso di difetto del presupposto dell'urgenza per il giudice dichiaratosi territorialmente incompetente).

1.3. - D'altra parte, non può non rilevarsi che, a fronte di un diritto vivente pressoché uniformemente ancorato alla persistenza dell'interesse purché fatto valere nel perimetro tassativo delle condizioni di applicabilità stabilite dagli artt. 273 e 280 c.p.p., la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sui limiti normativi dell'equa riparazione per ingiusta detenzione, ne ha ripetutamente esteso lo spettro operativo a situazioni non previste dalla norma codicistica, sulla base di un comune percorso argomentativo, avvalorato soprattutto dal richiamo della direttiva n. 100 e del primo comma dell'art. 2 della legge-delega n. 81 del 1987, che prescrive la necessità di adeguamento del codice alle norme delle Convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale: con particolare riguardo alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e al Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, che prevedono rispettivamente, nell'art. 5 par. 5 e nell'art. 9 par. 5, il diritto ad un indennizzo in caso di detenzione illegale, senza alcuna limitazione o distinzioni di sorta circa il titolo dell'ingiustizia.

Vanno menzionate in proposito:

- sia le sentenze *tout court* dichiarative dell'illegittimità costituzionale dell'art. 314 c.p.p. (n. 310 del 1996, per la detenzione conseguente ad un ordine di esecuzione poi dichiarato illegittimo; n. 109 del 1999, per l'ingiusta detenzione subita in conseguenza di arresto in flagranza o di fermo di indiziato di delitto, quando, con decisione irrevocabile, siano ritenute insussistenti le condizioni per la convalida della custodia cautelare, per assenza dei presupposti o per inosservanza dei termini; n. 219 del 2008, per la custodia cautelare subita in misura superiore alla quantità della pena inflitta con la sentenza di primo grado, che sia stata riformata dalla sentenza di appello dichiarativa dell'estinzione del reato per prescrizione, decisione, questa, poi seguita dalla conforme sentenza delle Sezioni Unite, 30/10/2008 n. 4187/09, Pellegrino);

- sia quelle sentenze interpretative di rigetto, che hanno riconosciuto all'art. 314 c.p.p. un ambito applicativo più esteso rispetto al mero dato letterale (n. 284 del 2003, sull'ingiusta detenzione subita in esecuzione di un ordine di carcerazione inizialmente legittimo ma che, per un fatto sopravvenuto alla sua emissione correlato all'accertamento *ex post* che la pena risultava già espiata all'estero, era da revocare siccome in violazione del divieto di *bis in idem*; n. 230 del 2004, sul riconoscimento del diritto all'equa riparazione anche in favore di colui che abbia subito un periodo di custodia cautelare per un fatto dal quale sia poi stato prosciolto per la preclusione del giudicato *ex art.* 649 c.p.p.; n. 231 del 2004, sull'analogo riconoscimento dell'indennizzo in favore di un soggetto che, a seguito di richiesta di estradizione passiva di uno Stato estero, abbia subito un periodo di custodia cautelare provvisoria in Italia e sia poi stato messo in libertà, essendo stata accertata *ex post* la carenza di giurisdizione dello Stato estero; n. 413 del 2004, che ammette la riparazione per ingiusta detenzione anche in caso di archiviazione per morte del reo, qualora

successivamente sia stata pronunciata nei confronti dei coimputati, sulla base del medesimo materiale probatorio, sentenza di assoluzione perché il fatto non sussiste).

1.4. - Orbene, dall'analisi logico-sistematica e da una lettura costituzionalmente orientata della normativa di riferimento e delle fonti internazionali pattizie, pure recepite dal nostro ordinamento, sembra lecito concludere che, se l'equa riparazione per ingiusta detenzione è stata ammessa in taluni casi di non corretto esercizio della giurisdizione cautelare, a maggior ragione il fondamento solidaristico del diritto ad un equo indennizzo per la custodia cautelare ingiustamente subita dev'essere riconosciuto laddove venga messa radicalmente in discussione - addirittura - la "ontologica legalità e validità" del titolo coercitivo, a causa della violazione da parte del giudice del fondamentale principio della domanda, con riguardo al difetto, da accertare *ex post*, della iniziativa del pubblico ministero. Iniziativa nell'esercizio dell'azione cautelare che, siccome istituzionalmente riservata in via esclusiva all'organo dell'accusa, costituisce l' "indefettibile antecedente" e il *prius* logico del provvedimento restrittivo della libertà personale, ponendosi, quindi, "a monte" del perimetro delle condizioni di applicabilità della misura di cui agli artt. 273 e 280 c.p.p., la cui accertata insussistenza (soltanto) è tuttavia configurata, nella formulazione letterale del secondo comma dell'art. 314, come presupposto dell'azione di riparazione per l'ingiusta detenzione.

Né può considerarsi di ostacolo alla praticabilità della cennata operazione ermeneutica di adeguamento della normativa, che consenta di ricostruirne la portata in sintonia con i valori costituzionali e con i progressivi ed incisivi interventi del Giudice delle leggi, l'esistenza di una disciplina per il risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e per la responsabilità civile dei magistrati, posto che, secondo l'espressa previsione dell'art. 14 della legge n. 117 del 1988, le disposizioni di tale legge non pregiudicano il diritto alla riparazione a favore delle vittime di errori giudiziari e di ingiusta detenzione (v., in tal senso, C. cost., sent. n. 310 del 1996).

In ordine al quesito interpretativo riportato in premessa può pertanto enunciarsi il principio di diritto per cui *"persiste l'interesse all'impugnazione dell'ordinanza applicativa di una misura coercitiva, ai fini del giudizio di riparazione per l'ingiusta detenzione, pur quando le censure contro il provvedimento, che nelle more sia stato revocato con la conseguente rimessione in libertà dell'interessato, non attengano alla mancanza delle condizioni di applicabilità previste dagli artt. 273 e 280 c.p.p., bensì alla prospettata carenza di domanda cautelare"*.

2. - Ciò posto, resta peraltro ancora da dimostrare la fondatezza della dedotta nullità dell'ordinanza coercitiva, per la pretesa mancanza di domanda cautelare nel caso, denunziato dal ricorrente, di difetto di assenso o, come nella specie, di espresso dissenso del procuratore della Repubblica sulla richiesta di misura coercitiva avanzata dai magistrati dell'ufficio del pubblico ministero assegnatari del procedimento.

Le Sezioni Unite sono chiamate a rispondere, infatti, all'ulteriore quesito "se l'assenso scritto del procuratore della Repubblica, previsto dall'art. 3 comma 2 d.lgs. 20 febbraio 2006 n. 106, si configuri come condizione di ammissibilità della richiesta di misure cautelari

personali presentata dal magistrato dell'ufficio del pubblico ministero assegnatario del procedimento, e quindi di validità della conseguente ordinanza cautelare del giudice": quesito in ordine al quale non è dato rinvenire alcun precedente nella giurisprudenza di legittimità in considerazione della novità dell'assetto ordinamentale in materia.

2.1. - La "riorganizzazione dell'ufficio del pubblico ministero" ha costituito uno dei più significativi obiettivi della legge delega 25/7/2005 n. 150 per la riforma dell'ordinamento giudiziario di cui al r.d. n. 12 del 1941, i cui principi e criteri direttivi, dettati in particolare dagli artt. 1, comma 1 lett. d), e 2 comma 4, hanno trovato attuazione nel d.lgs. 20/2/2006 n. 106, successivamente modificato dalla legge 24/10/2006 n. 269.

Il vigente quadro normativo, pur non riproducendo il tradizionale modello gerarchico disegnato dall'originario art. 70 ord. giud. alla stregua della natura impersonale delle attività e della funzione dell'organo ("... i procuratori della Repubblica esercitano le loro funzioni personalmente o per mezzo dei dipendenti magistrati addetti ai rispettivi uffici": disposizione, questa, scrutinata positivamente dalla Corte costituzionale con sentenza n. 52 del 1976), si caratterizza tuttavia, da un lato, per l'accentuazione del ruolo di "capo" del procuratore della Repubblica, sia sul versante organizzativo sia su quello della gestione dei procedimenti e dei rapporti con i sostituti, e, dall'altro, per la corrispondente, parziale, compressione dell'autonomia dei singoli magistrati dell'ufficio.

Al fine di meglio assicurare le esigenze di efficienza, coordinamento, uniformità e ragionevole durata dell'azione investigativa, al procuratore della Repubblica, definito "preposto all'ufficio del pubblico ministero" e "titolare esclusivo" dell'azione penale, è affidato, tra l'altro, il potere-dovere: - di determinare i criteri generali di organizzazione dell'ufficio e di assegnazione dei procedimenti; - di stabilire, di volta in volta, gli specifici criteri ai quali il magistrato assegnatario deve attenersi nell'esercizio delle attività conseguenti all'atto di assegnazione del procedimento; - di revoca dell'assegnazione in caso di inosservanza dei principi e dei criteri definiti in via generale o con l'assegnazione, e in caso di "contrasto" circa le modalità di esercizio delle relative attività.

In particolare, il procuratore della Repubblica è titolare di speciali "prerogative" in materia di misure cautelari, prescrivendo l'art. 3, commi 1 e 2 d.lgs. n. 106/06 che "l'assenso scritto del procuratore della Repubblica ... è necessario", oltre che per il fermo di indiziato di delitto, "anche per la richiesta di misure cautelari personali" formulata da un magistrato dell'ufficio.

Si avverte peraltro autorevolmente in dottrina (cons. anche la Risoluzione 12/7/2007 del Consiglio Superiore della Magistratura) che, soprattutto all'esito delle sostanziali modifiche apportate all'impianto del d.lgs. n. 106/06 ad opera della l. n. 269/06 (in punto di eliminazione delle parole "sotto la propria responsabilità" in relazione all'esercizio dell'azione penale da parte del procuratore della Repubblica, di sostituzione del termine "delega" con quello di "assegnazione" in tema di distribuzione degli affari, di procedimentalizzazione della fattispecie di revoca dell'assegnazione), vanno comunque osservate, nell'esercizio della potestà di direzione e di organizzazione, le basilari regole di funzionamento dell'ufficio, ispirate

ai principi di legalità, imparzialità, buon andamento e trasparenza dell'amministrazione. E si aggiunge che, alla luce dei valori costituzionali espressi dagli artt. 101, 102, 105, 107 e 112 Cost., riferibili nel sistema di giustizia penale anche alla figura del magistrato del pubblico ministero, in virtù del "rapporto di compenetrazione organica a fine di giustizia" dell'attività di esercizio dell'azione penale con l'attività decisoria e della soggezione, al pari del giudice, soltanto alla legge (C. cost., n. 96 del 1975 e n. 88 del 1991), va altresì preservata per il singolo sostituto la sfera di autonomia professionale, di dignità e di responsabilità decisionale per le funzioni esercitate in conseguenza dell'assegnazione del procedimento.

Così come non si dubita che restano in vigore rispetto alle attività di udienza, anche non dibattimentale, le prescrizioni degli artt. 70, comma 4 ord. giud. e 53 c.p.p. (attuativo della specifica direttiva n. 68 della legge delega del 1987) circa la "piena autonomia" e la ordinaria insostituibilità del magistrato del pubblico ministero che esercita le relative funzioni di accusa: regola, questa della piena autonomia del magistrato in udienza, che è certamente destinata a riflettere i suoi effetti anche sul potere di iniziativa cautelare dallo stesso eventualmente attivato in tali fasi.

2.2. - Si è già detto del "necessario" e indeclinabile "assenso scritto" del procuratore della Repubblica per tutti gli atti che incidono sulla libertà personale, che, stabilizzando normativamente la prassi già invalsa del "visto" del capo dell'ufficio, limita l'autonomia decisionale del sostituto assegnatario del procedimento, ma trova razionale giustificazione nella finalità del corretto perseguimento di linee uniformi di indirizzo e di condotta dell'ufficio di procura, rispetto a quella che ben può dirsi intrinsecamente la più rilevante delle attività affidate all'organo dell'investigazione e dell'accusa.

L'assenso, che deve assumere la forma scritta, si colloca chiaramente in una fase che è immediatamente successiva alla formulazione della richiesta della misura cautelare da parte del magistrato assegnatario del procedimento, e però antecedente l'inoltro della medesima richiesta al giudice per le indagini preliminari.

Di talché, sembra evidente che, una volta esaurito inutilmente il pur doveroso metodo del confronto onde evitare il radicarsi di una situazione di conflitto e addivenire alla "concertazione" preventiva in merito alla richiesta, l'eventuale persistenza del "dissenso" del capo dell'ufficio sul provvedimento da adottare in materia di libertà personale segnali un'ipotesi di "contrasto" circa le concrete modalità di esercizio delle attività relative alla trattazione del procedimento assegnato al sostituto.

Vengono quindi a determinarsi le condizioni previste dal secondo comma dell'art. 2 d.lgs. n. 106/06, sost. dalla l. n. 269/06, perché il sostituto, il quale non intenda recedere dall'originaria richiesta, chieda di essere esonerato dalla trattazione del procedimento a tutela della sua autonomia professionale, ovvero il procuratore della Repubblica possa, con atto motivato, "revocare l'assegnazione", cui il magistrato può replicare presentando "osservazioni scritte": procedura, questa, rispetto alla cui legittimità non è escluso il potenziale intervento dei titolari dell'azione disciplinare e dello stesso Consiglio Superiore della Magistratura, chiamato a verificare, non solo a

fini disciplinari, la congruità delle determinazioni sia del capo dell'ufficio sia del sostituto.

Quel che sembra incontrovertibile è che, non potendo non prevalere in materia la riserva di prerogativa del procuratore della Repubblica, non è consentito procedere all'inoltro della richiesta di una misura cautelare personale in difetto di assenso del capo dell'ufficio, presupponendo necessariamente l'atto di inoltro che il tenore della richiesta venga previamente concertato fra il magistrato assegnatario del procedimento che l'ha formulata e il procuratore della Repubblica che l'ha assentita.

S'intende dire che, laddove si prospetti, per contro, un conflitto in merito alla più incisiva delle modalità di esercizio dell'attività relativa alla trattazione di un procedimento assegnato al sostituto, la rigida disciplina procedimentale in tema di "contrasto" e di "revoca" dell'assegnazione pretende che la vicenda venga doverosamente incanalata lungo i binari segnati dall'art. 2, comma 2 d.lgs. n. 106/06, sost. dalla l. n. 269/06, precludendosi decisamente sia al sostituto l'inoltro di una richiesta formulata in difetto di assenso o con l'espreso dissenso del procuratore della Repubblica, sia a quest'ultimo l'inoltro della medesima richiesta, seppure corredata dall'atto del suo parziale o totale dissenso.

Orbene, osserva il Collegio che non può seriamente dubitarsi della irritualità del percorso adottato, nel caso in esame, da tutti i protagonisti della vicenda - il procuratore della Repubblica e i magistrati assegnatari del procedimento -, i quali hanno proceduto all'inoltro al giudice di una richiesta di misura coercitiva nei confronti dell'indagato, corredata dall'espreso dissenso scritto del procuratore della Repubblica, il quale optava per l'applicazione di una meno grave misura di tipo interdittivo, così erroneamente ritenendosi l'atto di dissenso, per un verso, come un'autonoma e diretta richiesta del capo dell'ufficio da inoltrare al giudice e, per il verso opposto, come un mero parere da sottoporre alla "libera valutazione dell'organo giurisdizionale".

2.3. - E però non sembra cogliere nel segno la tesi difensiva, pur perspicuamente argomentata nei motivi di ricorso, della nullità assoluta dell'ordinanza applicativa della misura coercitiva, sotto il profilo della mancanza di una valida ed efficace domanda cautelare, in ragione del dissenso espresso dal procuratore della Repubblica sulla richiesta dei magistrati assegnatari del procedimento.

Ritiene, infatti, il Collegio che la norma dell'art. 3 d.lgs. n. 106/06 riguardi esclusivamente l'organizzazione "interna" dell'ufficio di Procura ed abbia valenza meramente ordinamentale e disciplinare, senza che le eventuali condotte elusive della prerogativa riservata al procuratore della Repubblica da parte del sostituto, da un lato, o le eventuali determinazioni strumentali del primo, lesive dei pur legittimi spazi di autonomia spettanti al secondo, dall'altro, possano rivestire alcun rilievo "esterno" sul terreno del regime propriamente processuale della misura cautelare.

A prescindere dal mero riflesso indiretto che l'osservanza della regola ordinamentale è potenzialmente idonea a determinare nella sfera giuridica del soggetto che sia privato della libertà personale, ostano, ad un'asimmetrica proiezione

delle conseguenze derivanti dal difetto di assenso del procuratore della Repubblica sul terreno processuale, insormontabili ragioni di ordine logico-sistematico.

Dalla citata fonte normativa di tipo ordinamentale non s'evince affatto che l'assenso del procuratore della Repubblica concorra al perfezionamento strutturale dell'atto di esercizio dell'azione cautelare e alla compiuta integrazione del procedimento applicativo della misura cautelare personale *ex* artt. 291 e 292 c.p.p., in termini di inammissibilità della richiesta se priva dell'assenso (a favore dell'appellabilità *ex* art. 310 c.p.p. di una siffatta declaratoria d'inammissibilità della richiesta cautelare, v. la recente Cass., sez. VI, 20/11/2008 n. 48441, P.M. in proc. Pirvan), ovvero di nullità dell'ordinanza del giudice se adottata nonostante la mancanza dell'assenso medesimo.

Sicché, a fronte del silenzio legislativo sul punto e del concreto esercizio dell'azione cautelare, che sia comunque riconducibile all'impersonale struttura dell'ufficio del pubblico ministero tramite la figura del magistrato assegnatario dell'affare che abbia inoltrato la richiesta (pur priva di assenso o corredata da un espresso dissenso del procuratore della Repubblica), il principio di tipicità e di tassatività delle ipotesi di inammissibilità o di nullità degli atti processuali di cui all'art. 177 c.p.p. preclude al giudice la rilevabilità, d'ufficio o su istanza di parte, di quella che, estranea al piano processuale, si rivela come una irregolarità di sicuro e pregnante rilievo, ma sul distinto terreno ordinamentale e disciplinare.

D'altra parte, tenuto conto che la prescrizione della "piena autonomia" del magistrato del pubblico ministero in udienza è destinata - come si è detto - a riflettere i suoi effetti anche sul potere di iniziativa cautelare dallo stesso eventualmente esercitato nelle fasi *stricto sensu* processuali, sarebbe davvero illogico ricostruire la fattispecie di invalidità dell'ordinanza cautelare in termini e funzioni differenziate, a seconda delle diverse fasi del procedimento o del processo in cui l'azione cautelare venga concretamente esercitata dal pubblico ministero.

A favore della prospettata soluzione ermeneutica converge altresì la ricognizione sistematica delle norme che dettano le regole dirette a disciplinare i momenti di interferenza tra le leggi di ordinamento giudiziario e la legge processuale, da cui si desume che il rinvio alle norme di ordinamento giudiziario è operato dal codice di rito con esclusivo riguardo alla figura del giudice ed alla funzione giurisdizionale (v. l'art. 1, sulla giurisdizione penale; l'art. 33, sulla capacità del giudice; gli artt. 178 lett. *a* e 179 comma 1, sulla nullità di ordine generale e assoluta per l'inosservanza delle disposizioni concernenti le condizioni di capacità del giudice e il numero dei giudici necessario per costituire i collegi; l'art. 36, comma 1 lett. *g*, in tema di astensione e rikusazione del giudice che si trovi in una situazione di incompatibilità; l'art. 43, sulla sostituzione del giudice astenuto o rikusato con altro magistrato dello stesso ufficio; l'art. 610 comma 1-*bis*, sull'assegnazione dei ricorsi alle singole sezioni della Corte di cassazione; l'art. 163-*bis* disp. att., circa gli effetti dell'inosservanza delle disposizioni di ordinamento giudiziario relative alla ripartizione tra sede principale e sezioni distaccate, o tra diverse sezioni distaccate, dei procedimenti nei quali il tribunale giudica in composizione monocratica; l'art. 169-*bis* disp. att., circa la

predeterminazione tabellare della sezione della corte di cassazione per l'esame dell'inammissibilità dei ricorsi). E viceversa, ancora con riferimento agli uffici giudicanti, l'art. 7-bis, comma 1 ultimo periodo, del r.d. n. 12 del 1941, aggiunto dall'art. 4, comma 19 lett. b, l. n. 111 del 2007, avverte che in nessun caso la violazione dei criteri (tabellari) per l'assegnazione degli affari, salvo il possibile rilievo disciplinare, determina la nullità dei provvedimenti adottati.

Per contro, in nessun'altra disposizione di ordinamento giudiziario o del codice di rito si fa menzione di un eventuale rilievo processuale delle eventuali violazioni di norme dirette a disciplinare l'organizzazione interna dell'ufficio del pubblico ministero, neppure in tema di previsione di nullità degli atti del procedimento per quel che attiene, ai sensi dell'art. 178 lett. b c.p.p., all'iniziativa del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale e alla sua partecipazione al procedimento.

Occorre inoltre sottolineare che, riflettendo* sul tema delle interferenze tra legge ordinamentale e legge processuale, con particolare riguardo alle regole di organizzazione degli uffici del pubblico ministero, la giurisprudenza di legittimità, sia pure in casi e per fini diversi da quelli in esame, ha in più occasioni affermato il principio di impermeabilità processuale rispetto alle eventuali violazioni di tali regole.

Hanno affermato le Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 30/10/2003 n. 45276, P.G. in proc. Andreotti, rv. 226089), con riferimento all'attribuzione del potere di impugnazione delle sentenze d'appello, che "non assumono ... alcun rilievo esterno i criteri tabellari stabiliti per l'organizzazione dei servizi e la distribuzione delle incombenze negli uffici di procura, non inerendo comunque, all'evidenza, le garanzie costituzionali di legale precostituzione e di terzietà del giudice, cui pure s'ispira il sistema tabellare, al ruolo e alla struttura organizzativa degli uffici requiranti", sicché "l'eventuale inosservanza dei criteri di organizzazione dell'ufficio della procura ... non costituisce fonte di sanzioni processuali e non incide affatto sulla legittimazione del singolo magistrato della medesima procura a ricorrere per cassazione", sempre che quel magistrato sia provvisto dei requisiti essenziali per ricoprire l'incarico e appartenga all'ufficio, inteso nella sua organica unitarietà, delle cui funzioni faccia esercizio.

E la giurisprudenza delle Sezioni semplici ha chiarito, a sua volta, che non è dato apprezzare la nullità *ex art.* 178 lett. b c.p.p., sotto il profilo della capacità o legittimazione del pubblico ministero, con riguardo alle attività compiute da magistrati onorari o ufficiali di polizia giudiziaria, delegati per l'udienza pretorile prima e per l'udienza dinanzi al tribunale in composizione monocratica poi, in violazione dei limiti operativi fissati dall'art. 72 ord. giud. (Cass., sez. VI, 3/7/1996 n. 8815, Bartolomei, rv. 205909; sez. VI, 10/1/2001 n. 20110, P.M. in proc. Sagone, rv. 219153), o alla mancanza in atti del provvedimento di assegnazione del procedimento al sostituto richiedente l'archiviazione (sez. VI, 19/11/2002 n. 18178, Stara, rv. 225212), una volta che il soggetto che svolga tali funzioni sia comunque investito delle relative attribuzioni.

Neppure può considerarsi priva di significato, infine, la circostanza che il Governo s'appresti a realizzare un'opposta soluzione normativa della questione

controversa, in termini di cogente interazione fra la disposizione di ordinamento giudiziario che disciplina le prerogative del procuratore della Repubblica in materia cautelare e le regole propriamente processuali della richiesta e dell'ordinanza cautelare.

Nel recente schema di disegno di legge governativo di riforma del procedimento penale, adottato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 6/2/2009, risulta infatti formulata un'apposita disposizione - l'art. 3, comma 1 lett. c) - che, mediante l'inserimento nell'art. 291 c.p.p. del nuovo comma 1-ter, configura esplicitamente l'assenso scritto del procuratore della Repubblica come condizione di ammissibilità della richiesta cautelare del pubblico ministero ("a pena di inammissibilità"), nei casi in cui l'assenso è previsto ai sensi dell'art. 3 d.lgs. n. 106 del 2006. E con la norma transitoria di cui al successivo art. 33, comma 5, si precisa, inoltre, che "le disposizioni di cui all'articolo 291, comma 1-ter, del codice di procedura penale, così come introdotto dall'articolo 3, comma 1 lett. c), non si applicano alle richieste di misura cautelare presentate in data anteriore a quella di entrata in vigore della presente legge".

L'innovativa scelta legislativa, rispetto al vigente quadro normativo e giurisprudenziale, sembra pertanto rafforzare - argomentandosi *a contrario* - la tesi dell'ordinaria impermeabilità del processo penale alle regole di ordinamento giudiziario inerenti all'organizzazione interna degli uffici del pubblico ministero.

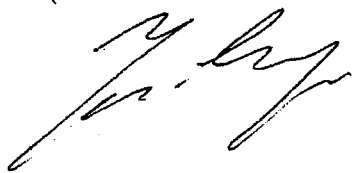
2.4. - Le precedenti riflessioni convergono dunque univocamente nel senso che "l'assenso scritto del procuratore della Repubblica, previsto dall'art. 3 comma 2 del d.lgs. 20 febbraio 2006 n. 106, non si configura come condizione di ammissibilità della richiesta di misure cautelari personali presentata dal magistrato dell'ufficio del pubblico ministero assegnatario del procedimento, né di validità della conseguente ordinanza cautelare del giudice".

Attesa pertanto, alla stregua del suindicato principio di diritto, l'infondatezza delle censure mosse dalla difesa del ricorrente avverso l'ordinanza impugnata, il ricorso va rigettato con le conseguenze di legge.

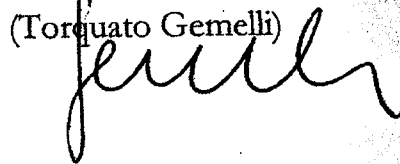
P. Q. M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.
Così deliberato in Roma il 22 gennaio 2009.

Il Consigliere estensore
(Giovanni Canzio)



Il Presidente
(Torquato Gemelli)



CASSAZIONE.NET

Depositata in Cancelleria in data

SEZIONI UNITE PENALI
Depositato in Cancelleria
febbraio 2009 24 FEB. 2009
IL CANCELLIERE

13

