Penale Sent. Sez. 4 Num. 25963 Anno 2021
Presidente: CIAMPI FRANCESCO MARIA
Relatore: SERRAO EUGENIA
Data Udienza: 18/06/2021

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

SENTENZA

sul ricorso proposto da:
CESPEDES MICAEL ADRIANO nato il 11/11/1992

avverso l'ordinanza del 17/11/2020 del TRIB. LIBERTA' di ROMA

udita la relazione svolta dal Consigliere EUGENIA SERRAO;
sentite le conclusioni del Procuratore Generale dott. PASQUALE FIMIANI, che ha chiesto il rigetto del ricorso

udito il difensore avv. Angela PORCELLI che ha concluso per l'accoglimento del ricorso

RITENUTO IN FATTO

1. Il 17 novembre 2020 il Tribunale del Riesame di Roma ha confermato l'ordinanza di custodia cautelare in carcere emessa dal G.I.P. del Tribunale di Roma il 17 settembre 2020 nei confronti di Cespedes Michael Adriano, per imputazione di concorso in acquisto e detenzione a fini di spaccio di ingenti quantitativi di cocaina, artt.110 cod. pen., 73, comma 1, e 80, comma 2, d.P.R. 9 ottobre 1990, n.309. Hanno rilevato i giudici del merito che le fonti indiziarie sono essenzialmente costituite dal costante monitoraggio, anche con riprese video, dell'ingresso e dalle intercettazioni ambientali eseguiti presso l'abitazione di Fabietti Fabrizio, all'epoca ristretto agli arresti domiciliari. Attraverso un'articolata attività di indagine, fondata prevalentemente su tali intercettazioni ambientali, gli inquirenti hanno ricostruito una complessa e articolata rete di narcotraffico avente ad oggetto ingenti quantitativi di stupefacente. Nell'ambito di tali complesse indagini, è stato disposto lo stralcio del presente procedimento, avente ad oggetto separati e distinti accordi svoltisi tra il maggio e il settembre del 2018 tra Fittirillo Roberto, fornitore del Fabietti, e quest'ultimo per l'acquisto di almeno kg.120 di cocaina, diverse decine dei quali caduti in sequestro, che il Fabietti avrebbe poi rivenduto ad una serie di soggetti. Il ricorrente, cittadino argentino residente in Ostia, secondo l'ipotesi accusatoria, sarebbe stato destinatario unitamente al cugino di almeno 2 kg di una ben più consistente partita di cocaina, consegnatagli dal Fabietti il 26 maggio 2018. Il tribunale ha condiviso le conclusioni alle quali è pervenuto il giudice per le indagini preliminari tanto con riferimento alla qualificazione giuridica dei fatti, quanto con riferimento alle esigenze cautelari ed alla scelta della misura applicata, rimarcando che l'identificazione del ricorrente era avvenuta mediante le riprese video di tutti coloro che si recavano a trovare il Fabietti per trattare l'acquisto e la vendita della droga e che gli esiti dell'attività intercettiva avevano trovato numerosi riscontri in servizi di osservazione e controllo, oltre che nel sequestro di kg.8 il 6 giugno 2018 (arresto di Raguli Massimiliano) e di kg.36,754 il 20 settembre 2018 di cocaina, oggetto di compravendita tra il Fabietti ed il suo fornitore Fittirillo.

2. Da tutti tali elementi i giudici del merito hanno tratto la sussistenza del grave quadro indiziario, affermando che il quadro cautelare nel presente procedimento si presenta particolarmente solido in quanto, nel corso delle intercettazioni ambientali, gli indagati non si erano fatti remore a parlare in maniera chiara ed esplicita dei quantitativi di cocaina compravenduti e del

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

relativo prezzo di acquisto e rivendita, nonché delle modalità di consegna e dei destinatari della sostanza. Con riguardo alle esigenze cautelari il Tribunale ha sottolineato come Michael Adriano Cespedes avesse tenuto comportamenti denotanti, al pari di altri indagati, professionalità nella compravendita di ingenti quantitativi di droga e fosse stato indicato nelle conversazioni tra i sodali come gestore di una vera e propria piazza di spaccio in Ostia; il Tribunale ha sottolineato anche come il Cespedes non abbia esitato a comunicare con l'indagato Fabietti, sebbene quest'ultimo si trovasse agli arresti domiciliari con divieto di comunicare con persone estranee al suo nucleo familiare, ritenendo sussistenti allarmanti elementi sintomatici di una pericolosità sociale non sopìta dal tempo né desumibile da segni di resipiscenza o da contegno processuale dell'indagato. Circa la scelta della misura, il Tribunale ha condiviso la decisione del G.I.P. ritenendo che non sussistessero valide alternative alla custodia in carcere, che avrebbero lasciato al prevenuto una quasi totale libertà di azione e di movimento e che sarebbero state inadeguate a prevenire il pericolo di reiterazione del reato, non offrendo l'indagato alcuna garanzia in ordine al rispetto delle prescrizioni inerenti alla misura degli arresti domiciliari, sia per aver collaborato con soggetti sottoposti a misure cautelari, sia per aver svolto l'attività di spaccio in ambiente domestico.

3. Nel pervenire alla resa statuizione, il Tribunale del riesame ha rigettato alcune eccezioni difensive. In particolare, ha ritenuto infondata l'eccezione di perdita di efficacia della misura per avere il pubblico ministero omesso di mettere a disposizione gli elementi sui quali si fonda la motivazione dell'ordinanza cautelare nonché l'eccezione di nullità e conseguente inutilizzabilità delle attività captative ed ambientali, nonostante il difensore avesse indirizzato all'organo dell'accusa istanza in tal senso in data 13 novembre 2020, dopo aver ricevuto notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza del riesame in pari data, rilevando che, lo stesso giorno della presentazione dell'istanza di riesame, ossia il 13 novembre 2020, il pubblico ministero aveva trasmesso al Tribunale, ai sensi dell'art. 309, comma 5, cod. proc. pen. tutti gli atti presentati a norma dell'art.291 cod. proc. pen., precisando nella missiva di accompagnamento che i supporti informatici relativi alle operazioni tecniche si trovavano presso la sua segreteria, luogo istituzionalmente deputato alla loro custodia ai sensi dell'art.268, comma 4, cod. proc. pen. nella formulazione vigente *ratione temporis*; conseguentemente, nel caso in esame, la difesa dell'indagato secondo il Tribunale non avrebbe avuto alcuna necessità di inviare al pubblico ministero richieste di autorizzazione ma avrebbe dovuto

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

semplicemente avvalersi della facoltà già riconosciuta dal codice di procedere all'ascolto delle conversazioni nel luogo in cui esse istituzionalmente si trovavano depositate. Facoltà della quale la difesa dell'indagato non aveva ritenuto di avvalersi, implicitamente rinunciando all'ascolto delle intercettazioni. Il Tribunale ha precisato, sul punto, che solo la mancata messa a disposizione delle intercettazioni comporta la nullità del procedimento, nel caso in esame non verificatasi. Inoltre, il Tribunale ha sottolineato come la nullità di ordine generale a regime intermedio derivante dal non aver ottenuto la difesa l'accesso ai supporti magnetici o informatici contenenti le registrazioni è gravata dal duplice onere probatorio di provare la tempestiva richiesta rivolta al pubblico ministero e l'omesso o ritardato rilascio della documentazione; ha, quindi, escluso che nel caso in esame si potesse configurare un ingiustificato ritardo addebitabile al pubblico ministero in quanto, dalla documentazione allegata, emergeva che il difensore si fosse limitato a chiedere, in data 13 novembre 2020 alle ore 15:51 a mezzo PEC, la richiesta di ascolto dei file in vista dell'udienza fissata per il 17 novembre 2020, essendo lecito dubitare della tempestività dell'istanza, che si sarebbe potuta inoltrare già dal 4 novembre 2020, quando la difesa era venuta a conoscenza dell'esecuzione del provvedimento cautelare. Partendo dal presupposto che il pubblico ministero abbia messo a disposizione dell'indagato e del tribunale i supporti e gli atti nei termini di legge, il tribunale ha escluso la violazione dell'art. 309, comma 5, cod. proc. pen.

4. Con riguardo all'eccezione di inutilizzabilità degli atti di indagine successivi al decorso di un anno dall'iscrizione del nominativo di Cespedes Brian Leonardo (Cespedes Michael Adriano neppure risulterebbe iscritto) nel registro delle notizie di reato, il Tribunale ne ha negato la fondatezza sul presupposto che l'eccezione di inutilizzabilità deve essere proposta certamente dopo il compimento dell'atto o nella prima occasione utile, da individuarsi nel riesame, e che nel caso concreto la difesa non aveva provato i fatti processuali a sostegno dell'eccezione, limitandosi a sostenere che il coimputato risultava iscritto nel registro delle notizie di reato il 2 dicembre 2016 per fatti del 2017, laddove il presente procedimento riguarda altri reati e fatti commessi nel maggio 2018, in relazione ai quali il Cespedes risulta iscritto nel registro con nuova iscrizione del 12 dicembre 2019.

5. Nel merito, sul terzo motivo inerente alla dedotta insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, il Tribunale ha ritenuto che l'asserita mancanza di prova dell'avvenuta consegna dello stupefacente non potesse assumere rilevanza rispetto alla consumazione del reato di acquisto di sostanze stupefacenti,

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

aggiungendo che, nel caso in esame, dalle intercettazioni riportate a pag. 43 dell'ordinanza, il contratto di compravendita tra il Fabietti ed il Cespedes risultava già concluso il 22 maggio 2018, essendo stato raggiunto l'accordo sulla quantità di 2 kg di cocaina e sulla data della consegna, indicata nel successivo venerdì 25 maggio. In tale data, pur non essendo avvenuta la consegna per un disguido, il Cespedes aveva chiesto al Fabietti se i soldi avrebbe dovuto darli contestualmente alla consegna ovvero in un momento successivo, segno evidente che l'accordo era stato raggiunto. Il Tribunale ha richiamato anche la conversazione intervenuta poco dopo tra il Fabietti ed il Raguli, ove il primo riferiva di aver interamente venduto la cocaina, una partita della quale era destinata a Cespedes Brian Leonardo; ma il Tribunale ha ritenuto sussistente la gravità indiziaria anche in ordine alla stessa consegna, sulla base di una conversazione intervenuta la sera del 27 maggio 2018 tra il Fabietti e Castelli Adamo da cui emergeva una discussione circa il prezzo della sostanza in occasione della quale il Fabietti aveva affermato che, se gli acquirenti non avessero accettato le sue condizioni, sarebbe stato disponibile a restituire il denaro e a riprendersi la droga, segno evidente che lo scambio era già avvenuto e che era riferibile all'acquisto effettuato dal Cespedes, rispetto al quale Castelli aveva svolto attività di mediazione accompagnandolo dal Fabietti sia il giorno 25 sia il 26 maggio. In merito all'asserita estraneità ai fatti di Cespedes Michael Adriano, il Tribunale ha evidenziato che nelle conversazioni intercettate il Fabietti avesse fatto riferimento a «quelli di Ostia» utilizzando sempre il plurale e che la presenza del ricorrente presso l'abitazione del Fabietti era stata riscontrata per ben tre volte, dovendosene pertanto escludere l'occasionalità.

6. Avverso tale provvedimento ha proposto ricorso l'indagato, denunciando:

a) vizio di violazione dell'art.309 cod. proc. pen. Premesso che aveva eccepito la mancata messa a disposizione delle intercettazioni ambientali di cui ai RIT.864/18 (progr. 11813,11830, 11836, 11853, 11855, 11984 e 12115) sul presupposto di aver richiesto alla segreteria del pubblico ministero il 13 novembre 2020 l'effettiva messa a disposizione mediante trasmissione all'ufficio competente per procedere alla estrazione, copia ed ascolto delle captazioni, deduce che l'autorizzazione del pubblico ministero è stata emessa in orario successivo alla trattazione dell'udienza del riesame, con conseguente inefficacia della misura per mancata messa a disposizione degli elementi sui quali si fonda la motivazione dell'ordinanza cautelare, nonché nullità e conseguente inutilizzabilità delle attività captative ed ambientali;

b) vizio di violazione degli artt.405 ss. cod. proc. pen. in quanto Cespedes Michael Adriano non risulta iscritto nel registro delle notizie di reato *ex* art.335

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

cod. proc. pen., non vi è un termine di decorrenza delle indagini né sono rinvenibili proroghe di indagine con conseguente inutilizzabilità degli atti d'indagine successivi alla scadenza del termine previsto dall'art.405 cod. proc. pen.;

c) vizio di violazione dell'art.273 cod. proc. pen. in ordine alla sussistenza della gravità indiziaria dell'acquisto di sostanza stupefacente in data successiva al 26/05/2018. Sul presupposto che le uniche immagini di video sorveglianza riguardanti il ricorrente sono collocate nella data del 26 maggio 2018 presso l'abitazione del Fabretti, unico elemento indiziario è costituito da dialoghi dai quali si desume la trattativa ma non la transazione. L'ipotesi accusatoria è stata formulata senza prova della cessione contestata, senza rinvenimento di sostanza stupefacente, in assenza di fatti dai quali desumere la qualità della sostanza e l'entità della trattativa, con specifico riferimento al ricorrente sulla base della sua presenza sotto l'abitazione del Fabietti in data 26/05/2018. La difesa ha, altresì, dedotto: 1) che è assente la somma in capo al cedente ed al cessionario; 2) che il tribunale, non avendo a disposizione i supporti, ha omesso di valutare che le registrazioni non consentono di ascoltare dialoghi ed ha dunque omesso di valutare la fonte delle trascrizioni; 3) che le deduzioni circa l'identità degli acquirenti indicati in conversazioni tra terzi e circa la riferibilità delle somme alla partita consegnata al Cespedes non si fondano su elementi indiziari e sono manifestamente illogiche laddove il Tribunale ha riferito al Cespedes dialoghi nei quali si indicano persone conosciute da tempo dal Fabietti;

d) vizio di violazione dell'art.292 e dell'art.275 cod. proc. pen. e carenza motivazionale con riguardo alla autonoma valutazione della posizione dell'indagato, avendo il Tribunale omesso di attribuire rilevanza all'incensuratezza del ricorrente, alla circostanza che nella sua abitazione la perquisizione ha avuto esito negativo, alla presenza di un contesto familiare sano, sovrapponendo il giudizio oggettivo inerente alle circostanze dell'azione al giudizio soggettivo di cautela. La difesa censura l'ordinanza per omessa valutazione circa l'inadeguatezza di altre misure.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Va, in primo luogo, rilevata l'inammissibilità per difetto di specificità del secondo motivo di ricorso, non essendovi compiuto confronto con il provvedimento impugnato e, specificamente, con il tema della seconda iscrizione nel registro degli indagati di Cespedes Brian Leonardo per fatti sopravvenuti. Come costantemente affermato dalla Corte di legittimità (*ex plurimis*, Sez.6, n.8700 del 21/01/2013, Leonardo, Rv. 25458401), la funzione tipica

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

dell'impugnazione è quella della critica argomentata avverso il provvedimento cui si riferisce. Tale critica argomentata si realizza attraverso la presentazione di motivi che, a pena di inammissibilità (artt. 581 e 591 cod.proc.pen.) debbono indicare specificamente le ragioni di diritto e gli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta. Contenuto essenziale dell'atto di impugnazione è, pertanto, innanzitutto e indefettibilmente il confronto puntuale (cioè con specifica indicazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che fondano il dissenso) con le argomentazioni del provvedimento il cui dispositivo si contesta; confronto che nella specie, come rilevato, difetta.

2. Il primo motivo di ricorso è, invece, fondatamente proposto.

Si pone come questione preliminare quella concernente l'asserita inutilizzabilità delle intercettazioni di conversazioni telefoniche che hanno fornito agli inquirenti gli elementi sui quali è fondata la proposizione accusatoria, assumendo la difesa che non sono stati posti a sua disposizione, prima dell'udienza di riesame, i supporti contenenti le registrazioni, così rimanendo preclusa allo stesso difensore la verifica della corrispondenza delle trascrizioni di queste registrazioni con quanto desumibile dall'ascolto diretto dei dialoghi intercettati. Nel dare seguito alla sentenza della Corte Costituzionale n.336 del 10 ottobre 2008, l'interprete ha via via fornito indicazioni sempre più dettagliate onde consentire l'esercizio e la tutela del diritto difensivo ad ottenere una copia della traccia fonica in quella sentenza riconosciuto. Tra queste, assume particolare incidenza sul giudizio che si svolge dinanzi al Tribunale del riesame, l'indicazione circa la «tempestività» che deve connotare tanto la richiesta del difensore quanto la replica della parte pubblica, data la rigorosa scansione dei tempi di questo procedimento disegnata dal legislatore nell'art.309, comma 9, cod. proc. pen. in ragione del fatto che si tratta di provvedimento che incide sulla libertà personale dell'indagato. Più volte questa Corte ha evidenziato come la richiesta del difensore, volta ad ottenere la messa a disposizione delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, debba essere tempestivamente proposta in relazione all'udienza del tribunale del riesame ed alle cadenze temporali indicate dall'art. 309, comma 9, cod. proc. pen., tenuto conto del grado di complessità delle operazioni di duplicazione delle intercettazioni, del tempo necessario per la verifica di eventuali discordanze tra i testi posti a base delle decisioni cautelari e quelli risultanti dall'ascolto diretto, nonché del momento di deposito della richiesta di riesame (Sez.5, n.44150 del 13/06/2018, M., Rv. 27411901;Sez.6, n.32571 del 24/06/2010, Vinci, Rv. 24854801). E' stata, ad esempio, ritenuta tempestiva, tenendo conto del giorno festivo, la

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

messa a disposizione dei supporti informatici avvenuta il giorno prima dell'udienza a fronte di un'istanza pervenuta il sabato precedente ed autorizzata il martedì. Si è, in altre parole, valutato che, a fronte del dovere dell'organo inquirente di provvedere tempestivamente sull'istanza, sia dovere del difensore attivarsi in tempo utile anche in considerazione dei tempi necessari per l'attività di ascolto e consultazione del materiale captativo.

3. La difesa, nel caso in esame, ha puntualmente richiamato i passi delle captazioni audiovisive nell'istanza di trasmissione dei *files* originali nella sala di ascolto della Procura di Roma (Ufficio CICE) ed ha inviato tale istanza in data 13 novembre 2020 in vista dell'udienza del 17 novembre 2020, rappresentando di aver avanzato domanda di riesame e chiedendo di poter visionare ed ascoltare i video e le intercettazioni poste a fondamento dell'ordinanza applicativa della misura cautelare; l'autorizzazione è stata firmata dal pubblico ministero in data 16 novembre 2020 e non risulta essere stata comunicata al difensore in tempo utile prima dell'udienza. Dal verbale di udienza risulta che il difensore ha eccepito l'inefficacia della misura depositando copia dell'istanza, priva di esito, già sottoposta all'esame del pubblico ministero. Nulla ha replicato il pubblico ministero.

4. Com'è noto, la Corte Costituzionale, con sentenza dell'8-10 ottobre 2008, n. 336, ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 268 cod. proc. pen., nella parte in cui non prevede che, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore possa ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate. Il Giudice delle leggi ha ricordato che, alla stregua del diritto vivente, in tal senso essendo orientata la costante ed uniforme giurisprudenza di legittimità, «in caso di incidente cautelare, se il pubblico ministero presenta al giudice per le indagini preliminari richiesta di misura restrittiva della libertà personale, può depositare, a supporto della richiesta stessa, solo i brogliacci e non le registrazioni delle comunicazioni intercettate»; e che «la trascrizione (anche quella peritale) non costituisce la prova diretta di una conversazione, ma va considerata solo come un'operazione rappresentativa in forma grafica del contenuto di prove acquisite mediante la registrazione fonica». Ha, quindi, considerato come «l'ascolto diretto delle conversazioni o comunicazioni intercettate non può essere surrogato dalle trascrizioni effettuate, senza contraddittorio, dalla polizia giudiziaria», condensate in appunti o in sintesi di esse e come risultino «spesso rilevanti le intonazioni della voce, le pause, che,

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

a parità di trascrizione dei fonemi, possono mutare in tutto o in parte il senso di una conversazione» (Sez.6, n.45984 del 10/10/2011, Cosentino, Rv. 25127401), riconoscendo il diritto della difesa di accedere alla prova diretta. Ha, inoltre, sottolineato che «l'interesse costituzionalmente protetto della difesa è quello di conoscere le registrazioni poste alla base del provvedimento eseguito, allo scopo di esperire efficacemente tutti i rimedi previsti dalle norme processuali»; ed il diritto all'accesso implica, come naturale conseguenza, quello di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni medesime, come affermato dalla Consulta, ovvero quello di essere messi in grado di ascoltare le registrazioni.

5. Considerato che l'ordinanza impugnata ha ritenuto che la trasmissione degli atti ai sensi dell'art.309, comma 5, cod. proc. pen. sia atto idoneo a «mettere a disposizione» della difesa i supporti delle captazioni, va in primo luogo osservato che tale affermazione non è condivisibile, dovendosi chiaramente distinguere la trasmissione degli atti al Tribunale ai sensi dell'art.309, comma 5, cod. proc. pen. dalla loro «messa a disposizione» della parte affinchè possa procedere all'ascolto dei *files* audio originali. Mentre la trasmissione degli atti è funzionale alla conoscibilità di essi da parte del giudice del riesame ed alla facoltà delle parti di estrarne copia ai sensi del combinato disposto degli artt.309, comma 8, e 43 disp.att. cod. proc. pen., occorre escludere che tale atto procedimentale sia sufficiente a dare seguito alla pronuncia della Corte Costituzionale, che ha riconosciuto non la facoltà ma il diritto incondizionato della difesa ad accedere ai supporti informatici delle trascrizioni. Come già affermato dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite (Sez. U, n.20300 del 22/04/2010, Lasala, in motivazione), sebbene il procedimento del riesame non sia stato direttamente attinto dalla pronuncia, «è di tutta evidenza come quella regola affermata dal Giudice delle leggi incida, poi, (anche) sulla procedura di riesame, segnatamente sotto il versante dell'esercizio del diritto di difesa, delle prospettazioni di merito in quella sede proponibili, del controllo attuale del giudice sulla sussistenza degli elementi giustificativi della imposta misura cautelare, alla stregua della evidenza procedimentale delineata e concretizzata dagli atti tutti al riguardo presentati dal pubblico ministero a supporto della richiesta di emissione del provvedimento coercitivo: inequivoco, d'altronde, è il riferimento della Corte Costituzionale a "tutti i rimedi previsti dalle norme processuali"». Onde, per rendere effettivo il predetto diritto, considerato peraltro che al pubblico ministero è consentito di utilizzare a fini cautelari i dati conoscitivi tratti dalle captazioni effettuate, senza che sia tenuto a produrre al giudice della cautela o al tribunale del riesame le registrazioni delle

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

trascrizioni, l'interprete deve individuare ogni rimedio che consenta alla difesa l'accesso ai supporti informatici di cui si tratta indipendentemente dall'adempimento dell'obbligo di cui all'art.309, comma 5, cod. proc. pen. da parte del pubblico ministero, con la diversa funzione di garantire l'effettività del diritto di difesa e la sua pratica attuazione. Né coglie nel segno, nella medesima ottica, l'ulteriore affermazione secondo la quale la difesa non avrebbe assolto all'onere di provare il fatto negativo consistente nell'omesso provvedimento da parte del pubblico ministero.

6. Altro rilievo assume, invece, il tema già accennato della «tempestività» dell'istanza in vista dell'udienza fissata per il riesame e della correlata «tempestività» del provvedimento autorizzativo, ugualmente necessaria quale cartina al tornasole di un ingiustificato ritardo addebitabile al pubblico ministero. Va, qui, ricordato che la legge impone al tribunale per il riesame di decidere entro dieci giorni dalla ricezione della richiesta e degli atti del pubblico ministero ma non prevede la possibilità, in caso di richiesta di ulteriori atti da parte del difensore, di sospendere il procedimento o di rinviarlo oltre il decimo giorno. Il diritto di accesso è esercitabile dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, come espressamente specificato dalla Corte Costituzionale ma, essendo esso finalizzato ad «esperire efficacemente tutti i rimedi previsti dalle norme processuali», anche in relazione alla richiesta di riesame al diritto del difensore di accedere alle registrazioni corrisponde un obbligo del pubblico ministero di assicurarlo. Al fine di porre il pubblico ministero nella possibilità di adempiere il proprio obbligo, è del pari necessario che la richiesta venga proposta in tempo utile rispetto alle cadenze temporali indicate dalle norme processuali, segnatamente, per quanto nella specie rileva, dall'art. 309, comma 9, cod. proc. pen. La Corte di Cassazione, nella citata pronuncia a Sezioni Unite, ha già chiarito che «ove il pubblico ministero ritenga che le copie richieste non possano, per tali o altri similari motivi, essere rilasciate tempestivamente, si prospetta al riguardo un suo onere di congrua motivazione che dia conto di tale impossibilità, sulla stessa, poi, dovendosi esercitare il controllo del giudice della cautela, solo alla stregua di tali rappresentate prospettazioni, non avendo quest'ultimo la disponibilità dell'intero compendio delle attività captative».

7. Richiamando, dunque, i principi espressi in proposito dal supremo consesso della Corte di legittimità, ove al difensore sia stato ingiustificatamente impedito il diritto di accesso alle registrazioni poste a base della richiesta del pubblico ministero, tanto non determina la nullità del genetico provvedimento

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

impositivo, legittimamente fondato sugli atti a suo tempo prodotti a sostegno della sua richiesta dal pubblico ministero, nè comporta la inutilizzabilità degli esiti delle captazioni effettuate, perché questa scaturisce solo nelle ipotesi indicate dall'art. 271, comma 1, cod. proc. pen.; non comporta la perdita di efficacia della misura, giacché la revoca e la perdita di efficacia della misura cautelare conseguono solo nelle ipotesi espressamente previste dalla legge (artt. 299, 300, 301, 302, 303, 309, comma 10, cod. proc. pen.). Determina, precisamente, un vizio nel procedimento di acquisizione della prova per la illegittima compressione del diritto di difesa ma non inficia l'attività di ricerca della stessa ed il risultato probatorio, in sé considerati. Esso comporta, quindi, una nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell'art. 178, lett. c), cod. proc. pen., soggetta al regime, alla deducibilità ed alle sanatorie di cui agli artt. 180, 182 e 183 cod. proc. pen.

7.1. Ove tale vizio sia stato ritualmente eccepito in sede di riesame ed il giudice definitivamente lo ritenga, egli non potrà fondare la sua decisione sul dato di giudizio scaturente dal contenuto delle intercettazioni riportato in forma cartacea, in mancanza della denegata possibilità di riscontrarne la sua effettiva conformità alla traccia fonica. Esso, difatti, è stato, bensì, legittimamente considerato, nella sua forma cartacea, al momento della emissione del provvedimento cautelare; ma, dovendo, poi, il tribunale distrettuale (ri)esaminare la sussistenza delle condizioni legittimanti quel provvedimento, la difensiva richiesta di accesso depriva quel dato di definitiva valenza probatoria, nella sua presunzione assoluta di conformità, che rimane non verificata prima che si dia ingresso e concreta attuazione alla espressa richiesta della parte in tal senso formulata. In sede di riesame il dato assume tale connotazione di definitività probatoria solo quando la parte sia stata posta in condizione di verificare quella conformità, esercitando il richiesto diritto di accesso.

7.2. Qualora, invece, la predetta nullità venga riscontrata e dichiarata solo in sede di legittimità, il provvedimento impugnato, affetto da tale vizio, va annullato con rinvio, comportando la dichiarazione di nullità la regressione del procedimento allo stato in cui è stato compiuto l'atto nullo e la necessità della rinnovazione di quest'ultimo, con emenda dei vizi riscontrati (art. 185 cod. proc. pen.). In sede di rinvio, il procedimento non è più soggetto ai termini perentori indicati dall'art.309, comma 10, cod. proc. pen, (Sez.U, n.5 del 17/04/1996, D'Avino, Rv. 20446301).

8. Nel caso di specie, dalla documentazione prodotta dal difensore dell'indagato (che il Tribunale del riesame ha esaminato) è dato evincere che, con istanza datata 13 novembre 2020 (nella medesima data in cui ha ricevuto

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

avviso dell'udienza), indirizzata alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma il difensore ha puntualmente richiamato i passi delle captazioni audiovisive chiedendo la trasmissione dei file originali nella sala di ascolto della Procura di Roma (Ufficio CICE) ed ha inviato tale istanza in data 13 novembre 2020 in vista dell'udienza del 17 novembre 2020, rappresentando di aver avanzato istanza di riesame e chiedendo di poter visionare ed ascoltare i video e le intercettazioni poste a fondamento dell'ordinanza applicativa della misura cautelare; l'autorizzazione non risulta essere stata comunicata al difensore in tempo utile prima dell'udienza. Dal verbale di udienza risulta che il difensore ha, quindi, eccepito l'inefficacia della misura depositando copia dell'istanza, priva di esito, già sottoposta all'esame del pubblico ministero.

8.1. Alla stregua di tanto, si desume che la richiesta difensiva non sia stata tempestivamente adempiuta da quest'ultimo mentre la richiesta medesima era intervenuta in tempo utile, dati i ristretti limiti di tempo intercorrenti tra la comunicazione dell'avviso e la data d'udienza, per essere assolta in tale lasso temporale.

8.2. Non può pertanto affermarsi, come fatto dal Tribunale del Riesame, che la difesa avrebbe dovuto inoltrare l'istanza già nel momento in cui era venuta a conoscenza dell'esecuzione del provvedimento cautelare; o che la difesa avrebbe avuto l'onere di provare il fatto negativo dell'omessa autorizzazione attraverso apposita attestazione. Come sopra evidenziato, infatti, le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno specificamente chiarito che la richiesta del difensore di accedere alle registrazioni di conversazioni intercettate utilizzate ai fini della adozione di un'ordinanza di custodia cautelare, determina l'obbligo per il pubblico ministero di provvedere in tempo utile rispetto alla decisione del riesame e che il Tribunale del riesame deve decidere senza dilazioni, affatto incompatibili con la specifica procedura *de libertate* (Sez.4, n.46478 del 21/10/2011, Saihi, Rv. 25143401).

8.3. Deve ritenersi, perciò, realizzata la nullità generale di cui sopra s'è detto, tempestivamente dedotta nel corso della udienza camerale ed illegittimamente disattesa dal Tribunale del riesame. Tanto comporta l'annullamento della ordinanza impugnata, con rinvio al giudice *a quo* per nuovo esame.

9. Gli altri motivi di ricorso assumono rilievo subordinato alla soluzione della questione sopra indicata e rimangono, pertanto, dalla stessa assorbiti.

10. Il provvedimento impugnato va, dunque, annullato, per i motivi suesposti, con rinvio al Tribunale di Roma, per nuovo esame. Deve, altresì,

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

disporsi che copia del presente provvedimento sia trasmessa al Direttore dell'istituto penitenziario competente perché provveda a quanto stabilito dall'art. 94, comma 1-*ter*, disp. att. cod. proc. pen.

P.Q.M.

Annulla l'impugnata ordinanza con rinvio al Tribunale di Roma per nuovo giudizio.

Manda alla Cancelleria per gli adempimenti di cui all'art.94, comma 1-*ter*, disp.att.cod. proc. pen.

Così deciso il 18 giugno 2021

Corte di Cassazione - copia non ufficiale