



REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo italiano
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE PENALI

13716/11 racc. gen.

Composta da:

Ernesto Lupo	- Presidente -	Sent. n. sez. 7
Giuseppe Maria Cosentino		CC – 24/02/2011
Claudia Squassoni	- Relatore -	R.G.N. 39225/2010
Filiberto Pagano		
Mario Rotella		
Francesco Ippolito		
Vincenzo Romis		
Giovanni Conti		
Margherita Cassano		

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

Fatihi Mustapha, nato a Beni Mellal (Marocco) il 01/01/1982

avverso la ordinanza del 26/07/2010 del Tribunale di Milano

visti gli atti, il provvedimento impugnato ed il ricorso;
udita la relazione svolta dal consigliere Claudia Squassoni;
udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato generale Vittorio Martusciello, che ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Con ordinanza del 26 luglio 2010, il Tribunale di Milano, adito ex art. 309 cod. proc. pen., ha confermato l'ordinanza del 2 luglio 2010 del Tribunale della stessa città con la quale era stata applicata la misura cautelare della custodia in carcere a Mustapha Fatihi, imputato del reato previsto dall'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990.

Il Tribunale ha disatteso la eccezione inerente alla illegittimità della misura coercitiva per mancanza del potere di esercitare la domanda cautelare da parte del vice procuratore onorario, che era intervenuto alla udienza di convalida e successivo giudizio direttissimo, essendo munito di delega non specifica per chiedere l'applicazione di una misura cautelare personale.

Sul punto, il Tribunale ha rilevato che l'art. 72 ord. giud. prevede che i vice procuratori onorari, in servizio da almeno sei mesi, possono svolgere le funzioni requirenti alla udienza di convalida e giudizio direttissimo con delega nominativa del procuratore della Repubblica; e dal tenore e dalla ragione della norma si desume che la delega legittima il magistrato onorario a svolgere tutte le funzioni tipiche dell'udienza, ivi compresa quella di chiedere, oltre alla convalida dello arresto, l'applicazione di una misura cautelare.

L'imputato ha proposto ricorso per cassazione, in riferimento all'art. 606, comma 1, lett. b), c), e), cod. proc. pen., deducendo contraddittorietà ed illogicità della motivazione ed erronea applicazione dell'art. 291 cod. proc. pen. e dell'art. 162 disp. att. cod. proc. pen.; e rilevando che l'autonomia del pubblico ministero onorario nella udienza deve esplicarsi nell'ambito del mandato ricevuto, con la conseguenza della nullità assoluta del provvedimento posto in essere in assenza di valida iniziativa o richiesta dell'organo della accusa.

Il ricorrente assume, dunque, che nel caso in esame il vice procuratore onorario ha travalicato i limiti del suo mandato, dal momento che la delega per la udienza di convalida e giudizio direttissimo non è comprensiva automaticamente della facoltà di iniziativa cautelare.

2. Con ordinanza del 15 dicembre 2010, la Quarta Sezione penale, assegnataria del ricorso, lo ha rimesso alle Sezioni unite, evidenziando un contrasto di giurisprudenza sulla legittimità della iniziativa cautelare del vice procuratore onorario in assenza di una delega specifica.

Con decreto del 30 dicembre 2010, il Primo presidente ha assegnato il ricorso alle Sezioni unite, fissando per la trattazione l'odierna udienza.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. La questione sottoposta all'esame delle Sezioni Unite è la seguente: <<se al vice procuratore onorario, al quale ai sensi dell'art.72, comma primo, lett. b), ord. giud. è rilasciata la delega a svolgere le funzioni di pubblico ministero nella udienza di convalida dell'arresto e nel contestuale giudizio direttissimo, debba riconoscersi anche il potere di richiedere l'applicazione di una misura cautelare personale, oppure, se occorra a tale fine una espressa delega>>.

La problematica si estende anche alla udienza di convalida dell'arresto e del fermo (art. 391 cod. proc. pen.) non seguita da giudizio direttissimo.

Sul punto, si rinviene effettivamente un contrasto nella giurisprudenza di legittimità.

Sez. 4, n. 28104 del 23/05/2007, dep. 16 /7 2007, Jemmali, ha ritenuto che il vice procuratore onorario il quale, ai sensi dell'art. 72 ord. giud., è delegato a partecipare alla udienza di convalida e al contestuale giudizio direttissimo ha il potere di richiedere in udienza l'applicazione di una misura cautelare personale; ha precisato che la rilevata facoltà è necessaria conseguenza dell'essere l'adozione della misura una fase concettualmente e strutturalmente collocata all'interno della procedura attraverso la quale si articola la convalida dell'arresto ed il successivo giudizio direttissimo.

Ad analoga conclusione è pervenuta la sentenza della Sez. 4, n. 6838 del 16/11/2010, dep. 22/02/2011, Fadlaoui; nell'occasione, la Corte ha osservato come sia conforme al sistema considerare la delega, inerente all'esercizio dell'accusa pubblica nel giudizio, idonea ad attribuire al delegato il potere di esplicare tutte le funzioni che nella udienza tipicamente si svolgono senza privarlo pregiudizialmente della possibilità di avanzare richieste cautelari. Inoltre, se fosse necessaria una presa di posizione del delegante, la sua valutazione sarebbe espressa prima che il pubblico ministero abbia potuto acquisire la visione compiuta della vicenda che costituisce il presupposto per il consapevole esercizio del potere di cui si discute.

Tale orientamento è condiviso dalla sentenza della Sez. 3, n. 2350 del 14/12/2010, dep. 25/01/2011, Karras che, sia pure in modo assertivo, ha concluso che la delega conferita per partecipare alla udienza prevista dall'art. 72, comma primo, lett. b), ord. giud. legittima il magistrato onorario a richiedere una misura cautelare personale.

A fronte di tale orientamento, è riscontrabile uno di segno opposto.

Sez. 6, n. 4290 del 03/12/2008, dep. 30/01/2009, De Tursi, ha osservato che la delega (riferita ad un giudizio dibattimentale) non conferisce all'onorario la

facoltà di iniziativa cautelare, che non è compresa nella ordinaria gestione della udienza.

Sez. 5, n. 4438 del 06/11/2009, dep. 02/02/2010, Kharifo, ha escluso che una delega generica per la udienza di convalida possa includere il potere del vice procuratore onorario di richiedere una misura coercitiva, essendo, a tale fine, richiesta una delega specifica la cui esistenza non può essere presunta; nella motivazione, è stato puntualizzato che, per un principio generale del sistema positivo, il delegato e mandatario non può esercitare poteri che esorbitano dall'ambito del mandato conferitogli.

Si registra inoltre un orientamento che si muove su altro versante, quello relativo allo specifico contenuto della delega conferita al magistrato onorario. Così, secondo Sez. 5 n. 9206 del 5/12/2006, dep. 5/3/2007, Bodino, la delega segna i limiti entro i quali il delegato può determinarsi in modo autonomo e costituisce il fondamento per il legittimo esercizio delle funzioni requirenti, sicché il pubblico ministero onorario non può prendere iniziative eccedenti il concreto ambito della delega; ciò in quanto la sua autonomia, pur prevista dall'art. 53 cod. proc. pen., deve intendersi correlativamente circoscritta. Da tale rilievo, la Corte ha tratto la conclusione che la delega del procuratore della Repubblica, per la richiesta di applicazione della custodia carceraria, non consente al magistrato onorario di formulare la diversa richiesta di applicazione degli arresti domiciliari.

2. Preliminarmente è opportuna una sintetica menzione delle coordinate normative, per la parte che interessa la problematica in esame, inerenti alla posizione giuridica del vice procuratore onorario; questa figura è stata introdotta presso le preture circondariali dall'art. 22 d.P.R. n. 499 del 1988 che costituisce una attuazione dell'art. 106 Cost. ed ha modificato il testo dell'art. 72 ord. giud.

L'ultima norma, nella formulazione attuale, individua i compiti che la magistratura onoraria può espletare nell'ambito requirente e, in particolare, prevede che il procuratore della Repubblica possa delegare proprie funzioni, specificatamente individuate ed in relazione a determinate fasi del procedimento, a vice procuratori onorari; essi, tra l'altro, possono essere delegati a partecipare alla udienza di convalida dell'arresto e del fermo e, se hanno una permanenza in servizio di sei mesi, a quella di convalida dell'arresto nel giudizio direttissimo.

L'art. 72, in coerenza con l'abolizione delle preture, ha ammesso la facoltà di delega in procedimenti nei quali il tribunale giudica in composizione monocratica; l'ultimo comma, modificato dall'art. 58 della legge n. 479 del 1999 - che ha inserito il criterio di non delegabilità delle funzioni di pubblico ministero per procedimenti relativi a reati diversi da quelli per cui si procede con citazione diretta a giudizio - è stato interpretato come indicativo di una previsione la cui

violazione non dà luogo a nullità (*ex plurimis*: Sez. 4, n.32279, del 23/06/2009, dep. 06/08/2009, Russotti).

Dalla lettura degli artt. 71 e 72 ord. giud. si desume che - a differenza dei giudici di pace, espressamente annoverati dal precedente art. 1 tra coloro ai quali è affidata, con competenze esclusive, l'amministrazione della giustizia - i vice procuratori onorari non sono titolari di funzioni giudiziarie proprie ed intervengono in supplenza della magistratura ordinaria. La Corte cost., con la sentenza n. 333 del 1990, ha avuto modo di chiarire che le persone chiamate, di volta in volta, a rappresentare il pubblico ministero in udienza non sono inquadrare nella organizzazione giurisdizionale né annoverate nell'ordine giudiziario.

3. Da quanto riferito, discende che è proprio la delega ad instaurare quel nesso di immedesimazione organica che, per i magistrati ordinari, si rinviene nell'inserimento nell'ordinamento giudiziario; detta delega è l'atto con il quale il procuratore della Repubblica affida a soggetti esterni l'esercizio di determinate attività e la rappresentanza del pubblico ministero in udienza conservando la piena titolarità delle funzioni delegate.

Il carattere di strumento sussidiario all'esercizio delle funzioni requirenti trova conferma nell'art. 7 d.lgs. n. 106 del 2006 che, abrogando il comma secondo dell'art. 72 ord. giud., permette la sostituzione del vice procuratore onorario in udienza.

L'art. 71 ord. giud. prevede che la delega possa essere rilasciata solo per le funzioni menzionate nel successivo art. 72, il quale indica che essa debba essere nominativa; non è più contemplata, perché abrogata (dall'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 106 del 2006), la disposizione che richiedeva la delega in relazione ad una determinata udienza o ad un singolo procedimento.

Sulle modalità di conferimento della delega, l'art. 162, comma 1, disp. att. cod. proc. pen. prevede che essa sia data per scritto, con annotazione su un apposito registro, e che sia esibita in dibattimento. Da quando sono state estese le funzioni del vice procuratore onorario, si deve intendere che costui debba esibire la delega in tutte le udienze alle quali partecipa per consentire al giudice di verificarne la regolarità. Il comma 2 del citato art. 162 precisa che la delega nel giudizio direttissimo può essere conferita anche per la partecipazione alla contestuale convalida.

Null'altro è normativamente disciplinato sulle formalità inerenti alla delega.

Come già rilevato, si riscontra una restrizione alla possibilità di conferire funzioni requirenti per reati diversi da quelli attribuiti al giudice monocratico o per attività non espressamente previste dall'art. 72 ord. giud.; se sono violati tali

limiti, la presenza del magistrato onorario in udienza si traduce in un difetto di partecipazione del pubblico ministero - per carenza dei requisiti dell'organo requirente privo per legge del relativo potere - con violazione dell'art. 178, comma 1, lett. *b*), cod. proc. pen., rilevabile nei modi e nei termini dell'art. 180 cod. proc. pen.

Uguualmente si deve concludere per la carenza di delega che costituisce la fonte di legittimazione del magistrato onorario.

Negli altri casi, il conferimento della delega non rispettosa delle disposizioni dell'ordinamento giudiziario (ad esempio, cumulativa per più persone) riguarda l'organizzazione interna dello ufficio e non è causa di nullità; ed alla stessa conclusione si è pervenuti per la mancata esibizione della delega (Sez.6, n. 7822 del 02/05/2000, dep. 05/07/2000, D'Agostino).

4. Tale essendo il quadro normativo, la questione da affrontare presuppone che si chiarisca innanzi tutto se la delega debba di necessità avere contenuto specifico, delimitando il potere conferito in relazione a determinati atti singolarmente individuati.

La possibilità che nella delega siano fissati limiti o direttive da osservare da parte del delegato nell'esercizio delle sue funzioni, con esclusione della assunzione di iniziative estranee o eccedenti lo specifico ambito del potere conferitogli, è stata affermata dalla citata sentenza Sez. 5, n. 9206 del 2006, Bodino, secondo cui la delega è speciale per sua natura non solo perché riferita ad un singolo determinato processo, ma perché costitutiva delle condizioni e dei limiti del potere delegato; essa può contemplare nella sua massima espansione il conferimento pieno di funzioni requirenti ovvero il potere più riduttivo di formulare specifiche e dettagliate richieste con esclusione di ogni più ampia e diversa facoltà.

Per questa sentenza, l'autonomia prevista dall'art. 53 cod. proc. pen. deve intendersi circoscritta – ove la delega sia specifica - nei limiti del mandato, con la conseguenza che costituiscono legittimo esercizio delle funzioni del magistrato onorario solo quelle svolte nell'ambito della delega.

Un'altra decisione (Sez. 1, n. 22409 del 03/03/2007, dep. 07/06/2007, Busso) ha rilevato come la delega presupponga un rapporto di subordinazione tra il procuratore della Repubblica ed il magistrato onorario derogando al principio della piena autonomia in udienza del rappresentante dell'organo della accusa.

Tali pronunce non esplicitano tuttavia se una delega incondizionata conferisca al delegato tutti i poteri normalmente connessi alla gestione della udienza, quali siano i limiti che il pubblico ministero può inserire nella delega,

quali siano le iniziative autonome che l'onorario non può assumere e quali siano le funzioni che richiedono un mandato specifico.

5. Questo orientamento, secondo cui il delegato non può esercitare poteri che esorbitano dall'ambito dello specifico incarico ricevuto, considera l'istituto in oggetto alla stregua della delega disciplinata dal diritto privato o amministrativo. In tale settore, chi è legittimato a provvedere in ordine a determinati interessi, può conferire ad altri l'incarico di provvedervi in concreto mediante il compimento di un singolo o più atti o, in genere, per l'attività richiesta al fine indicato entro i limiti e secondo le direttive stabilite nell'atto di delegazione; pertanto, la discrezionalità del delegato può essere limitata dalle direttive, anche vincolanti, imposte nella delega o successivamente.

Una tale configurazione della delega non può però essere riferibile all'istituto in esame.

La legittimazione derivata del magistrato onorario trae il suo fondamento giuridico non dalla volontà delle parti, ma dalle norme dell'ordinamento giudiziario e del codice di procedura penale alle quali l'interprete deve fare riferimento.

Infatti, pur partendo dalla considerazione della estraneità del pubblico ministero onorario all'ordine giudiziario, nessuna disposizione giustifica la conclusione di un sua subordinazione gerarchica rispetto al procuratore della Repubblica; anzi, l'art. 162, comma 3, disp. att. cod. proc. pen. contraddice una simile ipotesi ricostruttiva dell'istituto.

Detta norma prevede solo la facoltà (non l'obbligo) che il delegato si consulti con il procuratore della Repubblica prima di prestare il consenso alla applicazione di pena su richiesta o se deve procedere a nuove contestazioni.

Questa facoltà ha peraltro una limitata rilevanza processuale dal momento che la sospensione della udienza a tale fine è lasciata alla discrezionalità del giudice (art.162 , comma 4, disp. att. cod. proc. pen).

Dall'art. 162 si ricava di conseguenza il principio che il pubblico ministero onorario, anche quando deve prendere posizioni di particolare rilevanza, non ha il dovere di confrontarsi con il procuratore della Repubblica, e che l'avviso del delegante, ove sollecitato dal delegato, non è vincolante.

La normativa, che non introduce un dovere di interpello per situazioni imprevedibili ed eccedenti la delega, non è compatibile con la pretesa subordinazione del magistrato onorario a particolari direttive del procuratore della Repubblica. In altri termini, una circoscritta facoltà di autodeterminazione del magistrato onorario implicherebbe l'introduzione di una sospensione necessaria della udienza in corso per permettergli di prendere istruzioni dal delegante e per una eventuale integrazione della delega.

E' previsto invece che il procuratore della Repubblica possa dare direttive di carattere generale alle quali devono attenersi tutti i rappresentanti del pubblico ministero dell'ufficio, di carriera od onorari. E' quindi ben possibile che il procuratore della Repubblica dia indicazioni di massima al magistrato onorario delegato, al quale, tuttavia, compete la prerogativa di esercitare le sue funzioni in udienza con la piena autonomia garantita dall'art. 70, comma quarto, ord. giud. e dall'art. 53, comma 1, cod. proc. pen., che non include eccezioni per gli onorari.

L'ultima norma (di attuazione dell'art. 68 della legge-delega n. 81 del 1987) sancisce infatti la piena autonomia del magistrato del pubblico ministero designato nelle udienze penali; questi non riceve e non è tenuto ad eseguire eventuali particolari istruzioni del capo dell'ufficio, fermo restando il suo dovere deontologico di recepire le direttive sulle modalità operative dell'ufficio impartite in via generale.

La *ratio* della previsione è ordinamentale e processuale: il rappresentante del pubblico ministero deve essere indipendente non solo verso l'esterno, ma anche verso l'interno dell'ufficio, e deve potersi determinare liberamente sulla base degli sviluppi e delle risultanze acquisite nel corso della udienza.

Tale autonomia, non essendo riscontrabile alcuna previsione di segno contrario, deve dunque trovare applicazione anche rispetto al magistrato onorario; e la circostanza che l'atto di delega non crei un rapporto di dipendenza tra delegato e delegante e che anche il primo agisca in piena autonomia in udienza secondo il disposto dell'art. 53, comma 1, cod. proc. pen., è stata evidenziata dalla Corte cost. con la citata sentenza n. 333 del 1990.

Da quanto rilevato, si deve concludere che la funzione del pubblico ministero, sia esso magistrato di carriera od onorario, implica un medesimo *status* di tale organo in udienza.

Conseguono i seguenti principi.

Il contenuto della delega è circoscritto per materia dall'ordinamento giudiziario e non dalle disposizioni del procuratore della Repubblica (il quale, ad esempio, non potrebbe conferire al vice procuratore onorario il potere di proporre appello, in quanto non normativamente previsto); la delega costituisce il fondamento per il legittimo esercizio delle funzioni requirenti, ma non segna il confine entro il quale l'onorario può determinarsi in modo autonomo in udienza; le condizioni o restrizioni eventualmente inserite nella delega devono considerarsi come non apposte, per cui il giudice non deve tenerne alcun conto, spettandogli solo di controllare se la delega sia conferita con il rispetto degli artt. 72 ord. giud. e 162 disp. att. cod. proc. pen.

6. Una volta risolta, nel senso che si è detto, la questione del contenuto della delega, va ora esaminata quella su cui si è più specificamente formato il contrasto di giurisprudenza che ha dato luogo alla rimessione del ricorso alle Sezioni unite.

Ci si deve dunque domandare se quanto detto sull'autonomia del magistrato onorario in udienza riguardi anche il tema delle iniziative sulle misure cautelari personali o se sia ravvisabile in questo particolare settore, nel quale si estrinseca la più incisiva attività dell'organo requirente, la necessità di una concertazione preventiva con il procuratore della Repubblica.

E' appena il caso di rilevare come il pubblico ministero sia il soggetto cui spetta il potere di sollecitare l'applicazione di una misura cautelare e che, di norma, in assenza di una sua specifica e formale richiesta, la libertà personale non possa essere limitata; configurandosi altrimenti una nullità di ordine generale ed assoluta, ai sensi degli artt. 178, comma 1, lett. b), e 179, comma 1, cod. proc. pen. (Sez. U., n. 8388 del 22/01/2009, dep. 24/12/2009, Novi).

Necessita verificare se un simile potere possa dirsi inibito dalla mancanza, in capo al magistrato onorario, di uno specifico titolo autorizzatorio.

Non si rinvencono sentenze di legittimità che abbiano sostenuto che il procuratore della Repubblica sia il titolare esclusivo del potere di domanda cautelare con preclusione di conferirlo al magistrato onorario. Se così fosse, ne deriverebbe una incongruenza: il legislatore avrebbe ammesso a partecipare alla udienza di convalida un soggetto abilitato a prendere posizione solo in relazione alla legittimità dell'arresto con conseguente giudizio direttissimo sempre con imputato libero qualunque siano le esigenze di cautela.

Neppure condivisibile è la opinione, da tempo disattesa in dottrina e giurisprudenza, secondo la quale il giudizio direttissimo si svolge con imputato necessariamente detenuto, perché tale condizione è richiesta solo al momento in cui il pubblico ministero instaura il complesso procedimento rappresentato dalla verifica della legalità della misura precautelare e dalla domanda di contestuale giudizio per l'attivazione del quale è richiesta solo la convalida. Pertanto, è da disattendere la prospettazione di una delega implicita per il ricordato motivo.

Ugualmente superata è la tesi secondo la quale l'udienza di convalida sia la sede deputata alla sola verifica della legittimità dell'arresto o del fermo e non anche alla adozione di una misura cautelare, prospettandosi che questa ultima presenta una autonomia genetica e funzionale rispetto alla convalida.

La giurisprudenza ha affermato che l'oggetto del contraddittorio nella udienza prevista dall'art. 391 cod. proc. pen. deve ritenersi esteso all'intero tema della decisione, che comprende non solo la valutazione sulla legittimità dell'operato della polizia, ma, anche, e se del caso, la richiesta di applicazione di

una misura cautelare personale. Il principio è ricavabile dalla sentenza delle Sez. U., n. 36212 del 30/09/2010, dep. 11/10/2010, Gemeanu.

Questa constatazione è decisiva per la risoluzione del caso. Si deve, infatti, prendere atto che il legislatore ha permesso al magistrato onorario di partecipare alle udienze previste dagli artt. 391 e 558 cod. proc. pen., che si svolgono secondo la seguente sequela procedimentale: controllare retroattivamente se sussistevano i presupposti per l'arresto in flagranza e chiederne, o meno, la convalida, indi, verificare se siano riscontrabili i requisiti richiesti in via generale per l'applicazione di una misura cautelare personale.

Deriva che implicitamente, ma chiaramente, il legislatore ha attribuito al magistrato onorario la possibilità di interloquire in relazione a tutte le attività da espletare nelle menzionate udienze in rapporto alla peculiare procedura.

Tale conclusione è confortata dal testo dell'art. 72 ord. giud., che non opera alcun riferimento alle funzioni che l'onorario svolge nel procedimento e non distingue tra i momenti della convalida dell'arresto e del giudizio direttissimo, tra i quali si pone in modo eventuale, ma fisiologico, la richiesta di una misura cautelare personale.

Nessuna norma richiede che, per il procedimento applicativo di tale misura, il magistrato onorario sia munito di una specifica delega e, quindi, nessuna norma prevede la invalidità della misura non preceduta dall'assenso del delegante: la necessità di una specifica autorizzazione al magistrato onorario, non imposta dalla legge e non desumibile dal sistema, non può essere affermata in via interpretativa.

Di conseguenza, si deve ritenere che quanto già detto sulla non possibilità di introdurre limitazione alla delega e sulla autonomia del procuratore onorario in udienza valga anche per quanto concerne la richiesta di applicazione di misure cautelari personali.

Le sentenze che concludono diversamente non individuano il parametro invalidante cui ricondurre la illegittimità del titolo cautelare e danno luogo ad una non superabile difficoltà in un sistema processuale ispirato al principio del contraddittorio.

Il pubblico ministero dovrebbe prendere una decisione prima della udienza con una conoscenza parziale e cartolare della situazione, non essendo al corrente delle tesi o delle produzioni difensive proposte in udienza che potrebbero modificare il quadro probatorio e cautelare iniziale; pertanto, le scelte sull'applicazione di una misura potrebbero non essere in sintonia con le emergenze processuali.

La imposizione al magistrato onorario di seguire le istruzioni del delegante equivarrebbe a vincolarlo ad una condotta processuale e ad una richiesta

cautelare eventualmente incongrua, in palese violazione della funzione che il pubblico ministero deve esercitare quale custode della legge.

Il rilievo, secondo cui la richiesta sulla libertà deve essere ponderata in esito ai risultati della udienza, si desume, in modo inequivoco, dalla norma ordinamentale (inserita con l'art. 3, commi 1 e 2, d.lgs. n. 106 del 2006) che non prevede la necessità dell'assenso scritto del procuratore capo ai sostituti per le misure applicabili in occasione della convalida dell'arresto o del fermo.

La tesi che sostiene la necessità della delega si fonda, in sostanza, sulla considerazione che il vaglio sulla libertà dell'imputato, incidente sul più rilevante diritto garantito dalla Costituzione, debba essere lasciato al procuratore della Repubblica e non possa derivare dalla autonoma iniziativa di un magistrato onorario, che non sarebbe idoneo a gestire la delicata materia.

Questa opinione non considera che il legislatore ha garantito per i processi più impegnativi il massimo livello di professionalità del rappresentante del pubblico ministero, che deve essere di carriera; e ha ammesso la facoltà di delega solo per una fascia di reati, ritenuti meno gravi, facendo una ponderazione preventiva sulla normale capacità del magistrato onorario, dopo il necessario periodo di formazione e tirocinio, a trattare i relativi procedimenti.

Il giudizio sulla idoneità del delegato passa attraverso la valutazione astratta del legislatore e quella concreta del procuratore della Repubblica, che, prima di rilasciare la delega, deve considerare il livello di cultura giuridica e di esperienza del magistrato onorario e la sua capacità di fare fronte alle emergenze processuali non prevedibili.

7. Alla stregua delle considerazioni svolte, va enunciato il seguente principio: *"la delega conferita al vice procuratore onorario dal procuratore della Repubblica, a norma degli artt. 72, comma primo, lett. b), ord. giud. e 162 disp. att. cod. proc. pen., per lo svolgimento delle funzioni di pubblico ministero nella udienza di convalida dell'arresto o del fermo (art. 391 cod. proc. pen.) o in quella di convalida dell'arresto nel contestuale giudizio direttissimo (artt. 449 e 558 cod. proc. pen.), comprende la facoltà di richiedere l'applicazione di una misura cautelare personale, dovendosi altresì considerare prive di effetto giuridico limitazioni a tale iniziativa eventualmente contenute nell'atto di delega".*

8. Seppure non direttamente implicata dal presente ricorso, è il caso di precisare che ad analoghe conclusioni, valendo la stessa *ratio*, deve pervenirsi con riferimento alla posizione dei magistrati ordinari in tirocinio (già "uditori giudiziari"), i quali, in base all'art. 72, comma primo, lett. b), ord. giud., possono essere delegati a svolgere le funzioni di pubblico ministero nella udienza di convalida dell'arresto o del fermo (art. 391 cod. proc. pen.).

9. Il ricorso è circoscritto alla questione dei limiti di esercizio del potere requirente da parte del vice procuratore onorario e, in particolare, alla mancanza del potere, in difetto di espressa delega, di richiedere una misura cautelare nel giudizio previsto dall'art. 449 cod. proc. pen.

Le deduzioni difensive hanno trovato risposta e confutazione da quanto rilevato senza necessità di ulteriori argomenti per il caso specifico.

Pertanto il ricorso deve essere rigettato con le conseguenze di legge.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

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

Così deciso il 24 febbraio 2011

Il Componente estensore
Claudia Squassoni

Il Presidente
Ernesto Lupo

Depositata in data
6 apr 2011