

**QUALE SORTE PER LE INTERCETTAZIONI
PROVANTI IPOTESI DI REATO DIVERSE DA QUELLE
PER LE QUALI ERANO STATE AUTORIZZATE? NOTA
A ORDINANZA CASS. PEN. SEZ. V, N. 11160 DEL
13.3.2019 (UD. 13.2.2019)
(*)**

*Pietro Speranzoni (**)*

Con l'ordinanza in commento, la V Sezione Penale della Corte di cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite il seguente quesito: *“se a seguito di autorizzazione allo svolgimento di operazioni di intercettazione per uno dei reati di cui all'art. 266 cod. proc. pen., le conversazioni intercettate siano comunque utilizzabili per tutti i reati oggetto del procedimento e se dunque la nozione di “diverso procedimento” di cui all'art. 270 cod. proc. pen. sia applicabile solo nel caso di procedimento ab origine diverso e non anche nel caso di reato basato su notizia di reato emergente dalle stesse operazioni di intercettazione, ma priva di collegamento strutturale, probatorio e finalistico con il reato o i reati per i quali le intercettazioni sono state autorizzate”*.

In sostanza, viene sottoposta al Massimo Consesso la questione riguardante l'utilizzabilità degli esiti delle operazioni di intercettazione che, nell'ambito di uno stesso, unitario procedimento hanno portato all'emersione di reati diversi da quelli che avevano originariamente legittimato l'esecuzione delle operazioni captative e che, rispetto a questi ultimi, non presentano profili di connessione o collegamento, se non di tipo meramente occasionale.

Nello specifico caso sottoposto al vaglio della sezione rimettente, era intervenuta doppia conforme di condanna a carico di un appartenente alle Forze Armate per i reati di peculato e di falso, emersi grazie ad attività intercettativa disposta nei confronti di altri soggetti, per far luce su un'ipotesi di reato incentrata sull'utilizzazione indebita di notizie

riservate, ai sensi dell'art. 326 comma 3 c.p.¹.

La questione involge una serie di profili trattati diffusamente dalla giurisprudenza di legittimità che, tuttavia, su di essi non è mai riuscita a raggiungere un approdo sicuro.

Primo tra tutti è quello attinente alla portata applicativa dell'art. 270 c.p.p., che notoriamente vieta di utilizzare i risultati delle intercettazioni telefoniche “*in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti*”, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza². La *ratio* del divieto in parola risiede nel fatto che l'atto giudiziale di autorizzazione delle intercettazioni è motivato in maniera individualizzata, nel senso che devono essere predeterminati i soggetti da sottoporre a controllo ed i fatti costituenti reato, per i quali in concreto si procede; ciò all'evidente fine di impedire che il decreto autorizzativo del Gip si

trasformi in un'inammissibile “autorizzazione in bianco” in favore della Procura³ e lo strumento investigativo sia impiegato surrettiziamente, anziché come mezzo di ricerca della prova di determinati reati, come mezzo per la ricerca stessa dei reati.

Se il principio risulta unanimemente condiviso, non altrettanto può dirsi per l'estensione del concetto di “*procedimenti diversi*”: sono tali i procedimenti formalmente autonomi e separati, ancorché aventi obiettivi tratti caratterizzanti comuni⁴? Per converso, non si può mai invocare la “diversità” nel caso in cui il procedimento sia unico ed unitario, quale che sia la relazione esistente tra le diverse imputazioni che lo caratterizzano? E in caso di risposta affermativa a tale ultimo quesito, i risultati delle intercettazioni sono sempre e comunque utilizzabili, anche qualora i reati non originariamente coperti dal

(*) Il presente contributo è stato oggetto di positiva valutazione da parte del Comitato Scientifico.

(**) Avvocato del Foro di Venezia.

¹ In primo grado il Tribunale aveva ritenuto che tra i fatti in contestazione sussistesse un collegamento quantomeno sotto il profilo probatorio, circostanza seccamente smentita dall'ordinanza di rimessione, che rileva come in realtà non sia stato indicato un preciso collegamento tra i fatti per i quali erano state a mano a mano autorizzate e prorogate le operazioni di intercettazione e quelli per i quali, anche sulla base delle conversazioni intercettate, è stata confermata la condanna a carico del ricorrente.

² Sul tema, L. FILIPPI, *Intercettazione*, in AA.VV., *La prova penale*, a cura di P. FERRUA, E. MARZADURI E G. SPANGHER, Giappichelli, 2013, 926 ss.; R. CANTONE, *L'utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi*, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 1445.

³ C. Cost. 23 luglio 1991, n. 366: “*«l'art. 15 della Costituzione - oltre a garantire la "segretezza" della comunicazione e, quindi, il diritto di ciascun individuo di escludere ogni altro soggetto diverso dal destinatario della conoscenza della comunicazione - tutela pure la "libertà" della comunicazione: libertà che risulterebbe pregiudicata, gravemente scoraggiata o, comunque, turbata ove la sua garanzia non comportasse il divieto di divulgazione o di utilizzazione successiva delle notizie di cui si è venuti a conoscenza a seguito di una legittima autorizzazione di intercettazioni al fine dell'accertamento in giudizio di determinati reati*”.

⁴ Per una diffusa trattazione dei molteplici profili di inutilizzabilità connessi alle intercettazioni telefoniche, si veda l'articolo di N. GALANTINI, *Profili di inutilizzabilità delle intercettazioni anche alla luce della nuova disciplina* e pubblicato su *penalecontemporaneo.it*.

decreto autorizzativo esulino dal catalogo previsto dall'art. 266 c.p.p.? Quanto alla prima delle cennate questioni, si è ben presto affermato in giurisprudenza il principio secondo cui non possono intendersi come “diversi” procedimenti penali che, sebbene formalmente distinti, abbiano ad oggetto fatti-reato strettamente connessi o collegati sotto il profilo oggettivo, probatorio e finalistico a quello per il quale il mezzo di ricerca della prova era stato originariamente predisposto⁵: più specificamente, si è rilevato che occorre privilegiare, a questi fini, una nozione di “diverso procedimento” di tipo strutturale, che non valorizzi tanto l'aspetto estrinseco della separazione e del numero di iscrizione al Registro Generale, ma piuttosto quello sostanziale, con la conseguenza che il procedimento è da considerarsi “*identico quando tra il contenuto dell'originaria notizia di reato, alla base dell'autorizzazione, e quello dei reati per cui si procede vi sia una stretta connessione sotto il profilo oggettivo, probatorio o finalistico*”⁶.

⁵ Cass. Sez. VI, 10 maggio 1994 n. 2135, Rizzo, rv. 199917; Cass. Sez. VI, 2 dicembre 2009, n. 11472, Paviglianiti, rv. 246524.

⁶ Cass. Sez. VI, 15 novembre 2012, n. 46244, Filippi, rv. 254285; nonché Cass. Sez. II, 11 dicembre 2012, n. 49930, Perri, rv. 253916: “*ai fini del divieto di utilizzazione previsto dall'art. 270, comma primo, cod. proc. pen., il concetto di "diverso procedimento" va collegato al dato della alterità o non uguaglianza del procedimento, instaurato in relazione ad una notizia di reato che deriva da un fatto storicamente diverso da quello oggetto di indagine nell'ambito di altro, differente, anche se connesso, procedimento*”. In dottrina vedasi A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, 1996, p. 263 ss., per il quale il divieto di utilizzazione ha quale riferimento il reato, come si trae dalla seconda

La posizione è stata ribadita, seppur a livello di *obiter dictum*, dalle stesse Sezioni Unite della Suprema Corte che, chiamate a pronunciarsi sulla possibilità di considerare conversazioni intercettate alla stregua di un corpo di reato, e di ritenerle dunque in questo caso comunque utilizzabili, anche in deroga al disposto dell'art. 270 c.p.p., hanno incidentalmente affermato che va considerata “*decisiva, ai fini della individuazione della identità dei procedimenti, l'esistenza di una connessione tra il contenuto della originaria notizia di reato, per la quale sono state disposte le intercettazioni, ed i reati per i quali si procede sotto il profilo oggettivo, probatorio o finalistico*”⁷.

Si tratta, peraltro, di una tesi ritenuta estensibile anche alle intercettazioni eseguite nei confronti delle persone fisiche ed utilizzabili nel diverso procedimento a carico dell'ente ex D.Lgs. n. 231/2001, quantunque esso sia stato formalmente separato per vicende successive⁸.

parte del comma 1 dell'art. 270 c.p.p., che deroga al principio generale soltanto in relazione a specifici reati – quelli per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza –, nella sola ipotesi in cui i risultati intercettativi siano indispensabili ai fini dell'accertamento degli stessi.

⁷ Cass. Sez. Un. 26 giugno 2014, n. 32697, Floris, rv. 259777; vedasi anche Cass. Sez. III, 8 aprile 2015 n. 33598, in *Dir. e Giust.*, 31.7.2015, con commento di D. LA MUSCATELLA, *La Suprema Corte ritorna sulla utilizzabilità delle intercettazioni: il presupposto della diversità dei procedimenti va verificato sul piano sostanziale*.

⁸ Cass. Sez. VI, 13 settembre 2017 n. 41768, in *Giurisprudenza penale web*, 2017, 11 con commento di M. RICCARDI, *L'utilizzabilità delle intercettazioni nel 'procedimento diverso' a carico dell'ente*.

Ad un attento osservatore non potrà certo sfuggire, al riguardo, che – come invero spesso accade nella materia penale – principi di questo tipo, di così ampio respiro, vengono elaborati allorché si tratti di “salvare” un’imputazione che altrimenti sarebbe destinata a capitolare, per il venir meno dell’unica fonte di prova a carico, costituita magari dalla telefonata imprevista ed inaspettata, nel corso della quale un soggetto terzo, non indagato, “confessa” di aver commesso un reato in precedenza neppure ipotizzato, oppure mediante la quale il reato stesso si realizza (si pensi proprio alla rivelazione di segreti d’ufficio, ex art. 326 c.p.).

Ma tant’è ed occorre prenderne atto.

Se non che, prendendo le mosse da una simile impostazione dogmatica sarebbe lecito attendersi che debba valere anche il principio, per così dire, speculare: se il concetto di “diversità” ha natura sostanziale e se, dunque, l’esistenza di fascicoli processuali formalmente distinti non comporta, necessariamente ed automaticamente, che essi debbano essere qualificati come “diversi” ai sensi dell’art. 270 c.p.p., allora neppure l’esistenza di un unico procedimento dovrebbe impedire *ex se* di considerare le singole imputazioni presenti al suo interno come tra loro “diverse” nel senso di cui si è detto, con conseguente applicabilità del divieto di utilizzazione previsto dalla fattispecie in esame. Si tratta di un’eventualità, quest’ultima, tutt’altro che remota per chi sperimenta quotidianamente il processo penale: non è infrequente, infatti, che il Pubblico Ministero scelga, con propria insindacabile decisione, di portare a

giudizio un processo cumulativo soggettivamente ed oggettivamente, comprendente, cioè, una pluralità di imputati e di imputazioni, fra i quali non sia dato rinvenire alcun collegamento “forte”, di carattere obiettivo.

E’ dunque possibile, in simili casi, invocare l’approccio “sostanzialistico” sopra richiamato e qualificare i fatti-reato non coperti dal decreto autorizzativo dell’attività di intercettazione – e scoperti proprio grazie ad essa - come inerenti a “procedimento diverso”, ed esigere quindi l’applicazione dell’art. 270 c.p.p.? Del resto, che il carattere unitario della procedura non assuma valenza decisiva per escludere *tout court* la possibilità che ricorra un’ipotesi di “diversità fra procedimenti” (ovvero fra le imputazioni) sembra peraltro confermato anche sul piano sistematico: si pensi all’eventualità in cui, nell’ambito di uno stesso giudizio a carico di due imputati, venga richiesto l’esame di uno sulla responsabilità dell’altro, rispetto alla quale ipotesi non può non trovare applicazione l’art. 210 c.p.p., che disciplina l’esame di persona imputata “*in un procedimento connesso*” (eppure dal punto di vista formale il processo è unico per entrambi i soggetti).

Ebbene, chi si aspetta una facile risposta di segno affermativo è destinato a rimanere deluso. In seno alla giurisprudenza di legittimità si registra, infatti, un consistente filone interpretativo che si pone nel segno della conservazione dei risultati, ritenendo utilizzabili le captazioni,

purché legittimamente disposte ai sensi dell'art. 266 c.p.p., a tutti i reati relativi all'unico procedimento - anche se successivamente frazionato per scelta dell'organo inquirente - ivi compreso dunque il reato del terzo non riconducibile alla copertura iniziale fornita dal provvedimento autorizzativo e scoperto *in itinere* grazie all'attività captativa.

Insomma, secondo tale ultimo orientamento vi sarebbe una sorta di incompatibilità (onto)logica fra unicità del procedimento/processo e l'art. 270 c.p.p., destinato ad applicarsi soltanto nel caso di procedimenti *ab origine* tra loro distinti⁹: si ritiene infatti paradossale prospettare una radicale inutilizzabilità con riferimento agli ulteriori reati "interni" allo stesso procedimento, giacché, se si trattasse di procedimenti separati, gli esiti sarebbero utilizzabili ai sensi dell'art. 270 cod. proc. pen. Tale impostazione, ad avviso dei suoi sostenitori, non contrasterebbe in nulla con l'insegnamento della Corte costituzionale – sempre attenta ad assicurare l'equilibrio tra opposte istanze - in quanto fondata sul profilo sostanziale della concreta correlazione della notizia di reato originaria ai reati che l'indagine e i risultati delle captazioni hanno consentito di acquisire, in termini di derivazione consequenziale dal nucleo di partenza.

L'orientamento in parola, apparentemente rigoristico nei termini

⁹ Cass. sez. VI, 16 ottobre 2018 n. 10893; Sez. VI, n. 21740 del 1 marzo 2016, Masciotta, Rv. 266921; Sez. VI, n. 27820 del 17 giugno 2015, Morena, Rv. 264087; Sez. III, n. 28516 del 28 febbraio 2018, Marotta, Rv. 273226.

suesposti, risulta invero in parte mitigato da alcune pronunce, pur riconducibili allo stesso filone, che quantomeno richiedono che anche il reato non coperto dal decreto autorizzativo rientri nell'elenco dell'art. 266 c.p.p.¹⁰.

L'approccio interpretativo in discorso non sembra invero scalfito neppure dalla disciplina introdotta con il D.lgs. 216/2017 che, modificando l'art. 270 c.p.p. in relazione alle intercettazioni ambientali operate con captatore informatico, ha espressamente introdotto la sanzione processuale dell'inutilizzabilità dei risultati dell'attività captativa rispetto ai "*reati diversi da quelli per i quali è stato messo il decreto di autorizzazione, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza*" (art. 270 comma 1-bis c.p.p.).

Preso atto dell'esistenza del contrasto giurisprudenziale suesposto, la Quinta Sezione Penale non ha potuto che sollecitare l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, chiamate a stabilire se l'art. 270 c.p.p. sia applicabile anche nel caso di procedimento formalmente unitario ed a quali condizioni, anche con riferimento alla necessità, o meno, in caso di esito affermativo, che i reati scoperti *in itinere*, grazie all'attività

¹⁰ Cass. Sez. VI 15 giugno 2011 n. 24966, Calzetta e Cass. Sez. VI, 4 ottobre 2012 n. 49745 Sarra Fiore; *contra* Sez. VI, 21 febbraio 2018, n. 19496, che evidenzia, peraltro, come l'art. 270 c.p.p. faccia riferimento alla diversità fra procedimenti, non fra reati, sicché l'ipotesi del reato non oggetto di intercettazione e scoperto proprio grazie a quest'ultima, esulerebbe dalla portata applicativa della fattispecie.

captativa, rientrino comunque nell'elenco previsto dall'art. 266 c.p.p. La Sezione remittente, peraltro, non ha mancato di manifestare comunque il proprio (condivisibile) convincimento, là dove in chiusura ha sottolineato la necessità, comunque, di accertare l'esistenza di un collegamento strutturale e investigativo tra i reati anche qualora si discuta di procedimento cumulativo, in mancanza del quale *“dovrebbe farsi riferimento al disposto dell'art. 270 cod. proc. pen., unica norma volta specificamente a delimitare il rischio di una indefinita delega in bianco”*.