

Perenne problema delle intercettazioni utilizzabili

Autore: Baiguera Altieri Andrea

In: Diritto penale

Le questioni di Diritto rimesse a Cass., SS.UU., 28 novembre 2019, n. 51.

Il nodo ermeneutico problematico di Cass., SS.UU. 28 novembre 2019, n. 51 è “ se il divieto di utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali le intercettazioni siano state disposte, di cui all' Art. 270 Cpp, riguardi anche i reati non oggetto dell' intercettazione ab origine disposta e che, privi di collegamento strutturale, probatorio e finalistico con quelli invece già oggetto di essa, siano emersi dalle stesse operazioni di intercettazione “.

Volume consigliato

L' orientamento sostanzialistico nella Giurisprudenza di legittimità.

L' orientamento sostanzialistico si fonda su di un' interpretazione sostanziale dei lemmi “procediment[o] divers[o] “, contenuti nel comma 1 Art. 270 Cpp (“ I risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati 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 flagranza”). Tale orientamento, per la prima volta, è stato adottato, dalla Suprema Corte, in Cass., sez. pen. VI, 16 maggio 1997, n. 1972, ovverosia “ la nozione di procedimento diverso [ex comma 1 Art. 270 Cpp] non coincide con quella di diverso reato [...] essendo la prima più ampia della seconda; né la nozione di procedimento diverso può essere ricollegata ad un dato di ordine meramente formale, quale il numero di iscrizione nell' apposito registro della notizia di reato “. Quindi, come precisato da Cass., sez. pen. III, 8 aprile 2015, n. 33598, “ la formale unità dei procedimenti sotto un unico numero di registro generale, non può fungere da schermo per l' utilizzabilità indiscriminata delle intercettazioni, facendo convivere tra di loro procedimenti privi di

collegamento reale “. Ciò premesso, quando Cass., sez. pen. III, 8 aprile 2015, n. 33598 parla di “collegamento reale”, questa espressione implica che “ è decisivo [ex comma 1 Art. 270 Cpp] il [materiale] contenuto della notizia di reato, ossia il fatto-reato in relazione al quale il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono le indagini necessarie per le decisioni inerenti all' esercizio dell' azione penale “ (nello stesso solco esegetico si vedano pure Cass., sez. pen. III, 23 settembre 2014, Cass., sez. pen. II, 10 ottobre 2013, n. 3253 nonché Cass., sez. pen. II, 29 maggio 2014, n. 27473). **In buona sostanza, per l' applicazione del comma 1 Art. 270 Cpp, non contano i formalismi relativi all' Art. 335 Cpp, bensì prevale l' eventuale legame sostanziale e concreto tra i delitti oggetto di intercettazioni telefoniche e telematiche.** Come sempre e come normale, nel Diritto Penale, gli aspetti sostanziali del reato prevalgono sui profili formali, i quali, viceversa, recano un rilievo primario nella Procedura Civile. Sarebbe assurdo, d' altronde, vincolare a delle strette formalità Norme estremamente delicate come l' Art. 13 Cost. ed il comma 3 Art. 27 Cost., in tema di privazione della libertà personale e di esecuzione penitenziaria. Tale esegesi sostanzialistica, anti-formalistica e, in fondo, assai pragmatica del comma 1 Art. 270 Cpp è confermata pure da Cass., sez. pen. III, 28 febbraio 2018, n. 28516, in tanto in quanto “ il legame tra la notizia di reato [originaria] in relazione alla quale è stata autorizzata la [prima] intercettazione e quella [successiva] emersa dai risultati dell' intercettazione [...] è delineato facendo riferimento ad indagini strettamente connesse e collegate sotto il profilo oggettivo, probatorio e finalistico al reato [originario] alla cui definizione il mezzo di ricerca della prova è stato autorizzato “. Anche Cass., sez. pen. III, 5 novembre 2015, n. 2608 interpreta i lemmi “ procedimenti diversi “ ex comma 1 Art. 270 Cpp affermando che **mai e poi mai deve sussistere “ un collegamento meramente [...] occasionale “.** Anzi, più precisamente, Cass., sez. pen. VI, 16 dicembre 2014, n. 6702 e Cass., sez. pen. III, 8 aprile 2015, n. 33598 individuano tale “ procedimento diverso “ alla luce dei ben dettagliati Artt. 12 e 371 comma 2 lett. b) e c) Cpp. Quindi, come nitidamente asserito da Cassazione 6702/2014 e da Cassazione 33598/2015, vi è “ connessione “ tra procedimenti penali solo e soltanto nei seguenti casi catalogicamente e tipicamente chiusi:

1. se il reato per cui si procede è stato commesso da più persone in concorso fra di loro (cpv. 1 lett. a Art. 12 Cpp)
2. se più persone, con condotte indipendenti, hanno commesso il delitto (cpv. 2 lett. a Art. 12 Cpp)
3. se una persona è imputata di più reati commessi con una sola azione od omissione (cpv. 1 lett. b Art. 12 Cpp)
4. se una persona ha commesso più azioni od omissioni esecutive di un medesimo disegno criminoso (cpv. 2 lett. b Art.12 Cpp)
5. se dei reati per cui si procede, gli uni sono stati commessi per eseguire o per occultare gli altri (lett. c Art. 12 Cpp)
6. se si tratta di reati diversi ma commessi contestualmente gli uni agli altri (cpv. 1 comma 2 lett. b

Art. 371 Cpp)

7. se più reati sono stati commessi per conseguire o assicurare al colpevole o ad altri il profitto, il prezzo, il prodotto o l'impunità (cpv. 2 comma 2 Art. 371 Cpp)
8. se più reati sono stati commessi da più persone in danno reciproco le une delle altre (cpv. 3 comma 2 Art. 371 Cpp)
9. se la prova di un reato o di una sua circostanza influisce sulla prova di un altro reato o di un' altra circostanza (cpv. 4 comma 2 Art. 371 Cpp)
10. se la prova di più reati deriva, anche in parte, dalla stessa fonte (lett. c comma 2 Art. 371 Cpp)

Nell' ottica strettamente catalogica, **quasi algebrica** degli Artt. 12 e 371 Cpp, s' innesta pure Cass., SS.UU., 26 giugno 2014, n. 32697, a parere della quale “ la nozione di procedimento diverso [ex comma 1 Art. 270 Cpp] va ancorata ad un criterio sostanzialistico che prescinde da elementi formali [quali l' Art. 335 Cpp] [...] è decisiva l' esistenza di una connessione oggettiva, probatoria o finalistica [ex Artt. 12 e 371 Cpp] “. **A parere di chi redige, l' utilizzo pressoché matematico degli Artt. 12 e 371 Cpp è assai utile e pertinente.** Legare il lemma “ connessione “ alle iscrizioni ex Art. 335 Cpp mortifica la necessaria concretezza del Diritto Penale e della Procedura Penale. Nella Giuspenalistica non dev' essere concesso alcuno spazio a formalismi pesanti ed astratti.

Alcune Sentenze della Corte Suprema hanno manifestato un evidente imbarazzo di fronte al comma 2 Art. 270 Cpp (“ Ai fini dell' utilizzazione prevista dal comma 1, i verbali e le registrazioni delle intercettazioni sono depositati presso l' autorità competente per il diverso procedimento [...] “). In effetti, i lemmi “ diverso procedimento “ potrebbero far prevalere il requisito formalistico dell' iscrizione della notizia di reato nel Registro ex Art. 335 Cpp. Da ciò, potrebbe derivare una potenziale negazione del criterio sostanzialistico. A parere di Cass., SS.UU., 28 novembre 2019, n. 51, la problematica non dev' essere ipostatizzata, in tanto in quanto “ la disciplina di cui al comma 2 Art. 270 Cpp ben potrebbe essere riferita, in via esclusiva, ai reati per i quali è obbligatorio l' arresto in flagranza, sicché la disciplina di cui al citato comma 2 Art. 270 Cpp è sostanzialmente neutra “. Dunque, anche secondo Cass., SS.UU., 28 novembre 2019, n. 51, **l' essenziale è vincolare sempre e comunque l' Art. 270 Cpp agli Artt. 12 e 371 Cpp, giacché quello che conta veramente è la connessione, nel senso strettamente codicistico, tra i procedimenti. Ogni altro dettaglio rimane di secondaria importanza.**

Un ulteriore corollario è il necessario e non scontato collegamento tra l' Art. 270 Cpp e l' Art. 266 Cpp, il quale elenca i reati delittuosi per i quali è consentita l' intercettazione di conversazioni telefoniche e telematiche. Secondo Cass., sez. pen. VI, 15 gennaio 2004, n. 4942 (velatamente anticipata da Cass., sez. pen. I, 17 novembre 1999, n. 14595), le intercettazioni “possono essere utilizzate solo nel caso in cui, per

il reato a cui si riferiscono, il controllo avrebbe potuto essere autonomamente disposto a norma dell' Art. 266 Cpp “. Quindi, combinando i disposti dell' Art. 266 Cpp e del comma 1 Art. 270 Cpp, ne deriva che i risultati delle intercettazioni possono essere utilizzati in procedimenti diversi, purché tali procedimenti abbiano ad oggetto taluno dei reati catalogicamente contemplati dall' Art. 266 Cpp, il che è perfettamente conforme alle garanzie supreme di cui all' Art. 111 Cost. . Viceversa, esiste pure un filone interpretativo, minoritario e meno garantista, inaugurato da Cass., sez. pen. V, 16 marzo 2016, n. 45535, a parere della quale “ i risultati delle intercettazioni telefoniche [e telematiche] disposte per uno dei reati rientranti tra quelli indicati nell' Art. 266 Cpp sono utilizzabili pure relativamente ad altri reati [non solo di cui all' Art. 266 Cpp] che emergano dall' attività di captazione [...] sempre che tra il contenuto dell' originaria notizia di reato [...] e quello dei reati per cui si procede separatamente vi sia una stretta connessione sotto il profilo oggettivo, probatorio o finalistico [dunque ex Artt. 12 e 371 Cpp], cosicché il relativo procedimento possa ritenersi non diverso rispetto al primo, ai sensi del comma 1 Art. 270 Cpp “. **A parere di chi commenta, Cassazione 4942/2004, Cassazione 14595/1999 e Cassazione 45535/2016 non intaccano, a prescindere dalle sfumature, i due principi fondamentali dei limiti oggettivi ex Art. 266 Cpp e del concetto di “ connessione “ tra procedimenti ex Artt. 12 e 371 Cpp.**

Il secondo orientamento e la centralità degli Artt. 266 e 270 Cpp.

Cass., sez. pen. II, 23 febbraio 2016, n. 9500 asserisce che “ qualora l' intercettazione sia legittimamente autorizzata all' interno di un determinato procedimento concernente uno dei reati di cui all' Art. 266 Cpp, i suoi esiti sono utilizzabili anche per gli **altri reati** di cui emerga conoscenza dall' attività di captazione, mentre, nel caso in cui si tratti di reati oggetto di un procedimento diverso ab origine, l' utilizzazione è subordinata alla sussistenza dei parametri indicati espressamente dall' Art. 270 Cpp e cioè all' indispensabilità ed all' obbligatorietà dell' arresto in flagranza “ (simili sono pure Cass., sez. pen. V, 4 marzo 2016, n. 26817, Cass., sez. pen. VI, 15 luglio 2015, n. 41317 nonché Cass., sez. pen. IV, 8 aprile 2015, n. 29907). Pertanto, **questo secondo orientamento ermeneutico si fonda sui due paletti della stretta tipicità legalistica ex Art. 266 Cpp e della condizione della possibilità dell' arresto in flagranza ex cpv. ultimo comma 1 Art. 270 Cpp.** . A tal proposito, anche Cass., sez. pen. VI, 4 ottobre 2012, n. 49745 ribadisce, nel solco del secondo orientamento, la basilarietà degli Artt. 266 e 270 ult. cpv. comma 1 Cpp, ovverosia “ gli Artt. 266 e 270 Cpp dimostrano che il Legislatore si è posto il problema dell' utilizzazione dei risultati di intercettazioni legittimamente disposte [soltanto] per uno dei reati indicati nell' Art. 266 Cpp [...] riconoscendo, tuttavia, la possibilità di un' utilizzazione extra-procedimentale “. **A parere di chi scrive, rimarcare la precettività primaria degli Artt. 266 e 270 Cpp piuttosto che quella degli Artt. 12 e 371 Cpp non provoca grandi mutamenti pratici.** Probabilmente, ognimmodo, deve rimanere pressoché sacra ed inviolabile la tipicità chiusa dei reati ex Art. 266 Cpp, per i quali si possono disporre legalmente intercettazioni telefoniche e telematiche. L' Art. 266 Cpp costituisce un valido ed intangibile limite nei confronti di potenziali abusi anti-giuridici e, soprattutto, anti-democratici (v. anche Cass., sez. pen. VI, 1° marzo 2016, n. 21740 e Cass., sez. pen. VI, 16 dicembre 2014, n. 6702).

P.e., pure Cass., sez. pen. II, 18 dicembre 2015, n. 1924 afferma con vigore la assoluta centralità di un controllo telefonico e telematico “ purché disposto ai sensi dell' Art. 266 Cpp “ (v. anche Cass., sez. pen. VI, 17 giugno 2015, n. 27820 nonché Cass., sez. pen. VI, 4 novembre 2014, n. 53418). Viceversa, il vincolo totalizzante di cui all' Art. 266 Cpp è attenuato in Cass., sez. pen. VI, 21 febbraio 2018, n. 19496, a parere della quale “ i risultati delle intercettazioni telefoniche [e telematiche] disposte per uno dei reati rientranti tra quelli indicati all' Art. 266 Cpp sono utilizzabili pure relativamente ad **altri reati** che emergano dall' attività di captazione, anche se per essi le intercettazioni non sarebbero state consentite [ex Art. 266 Cpp] “ (v. anche Cass., sez. pen. V, 9 febbraio 2018, n. 15288, Cass., sez. pen. VI, 26 aprile 2017, n. 31984, Cass., sez. pen. VI, 5 aprile 2012, n. 22276 nonché Cass., sez. pen. III, 22 settembre 2010, n. 39761).

Il terzo orientamento

Iper-garantisticamente e contro il potere eccessivo della Magistratura requirente, Cass., sez. pen. III, 3 luglio 1991, n. 9993 afferma che “ al di fuori dei casi tassativamente indicati nell' Art. 270 Cpp, non è consentita l' utilizzazione, in un procedimento penale, delle risultanze emerse da intercettazioni telefoniche [e telematiche] disposte in un altro procedimento, **neppure quando i due procedimenti siano strettamente connessi sotto il profilo oggettivo e probatorio [ex Artt. 12 e 371 Cpp] “**. Similmente, Cass., sez. pen. IV, 11 dicembre 2008, n. 4169 (ma si veda anche Cass., sez. pen. II, 11 dicembre 2012, n. 49930) rimarca, restrittivamente, che “ la nozione di diverso procedimento ex comma 1 Art. 270 Cpp va ricollegata al dato dell' alterità [...] del procedimento [...] che deriva da un fatto storicamente diverso da quello oggetto delle indagini relative ad un altro, differente, anche se connesso procedimento “. Dunque, Cass., sez. pen. IV, 11 dicembre 2008, n. 4169 nega, nell' ambito delle intercettazioni, il ruolo inter-procedimentale degli Artt. 12 e 371 Cpp ed ipostatizza i lemmi “ procedimento diverso “ ex comma 1 Art. 270 Cpp. Rimane intatta, in ogni caso, la doverosa applicazione tassativa, quasi matematica dell' Art. 266 Cpp. Probabilmente, Cass., sez. pen. III, 3 luglio 1991, n. 9993 e Cass., sez. pen. IV, 11 dicembre 2008, n. 4169 s' innestano nell' ottica dell' italica polemica attinente all' eccessivo potere della Magistratura in tema di indagini preliminari. Limitare la validità e l' utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche e telematiche mortifica il potere di investigazione dell' AG e della PG, ma aumenta le garanzie a tutela dell' indagato, il tutto in perfetta conformità alla nozione di “ giusto processo “ ex Art. 111 Cost. .

Critiche giurisprudenziali al secondo orientamento.

Molte Sentenze di legittimità abbastanza recenti hanno aspramente criticato il fatto che il secondo orientamento qualifichi la “ diversità “ procedimentale ex comma 1 Art. 270 Cpp sulla base della differente cifra dell' iscrizione nel Registro di cui all' Art. 335 Cpp. Pertanto, come sottolineato da Cass., sez. pen. III, 14 aprile 1998, n. 1208, “ la diversità del procedimento ex Art. 270 Cpp viene ricollegata a

dati meramente formali, quali la materiale distinzione degli incartamenti relativi a due procedimenti o il loro diverso numero di iscrizione nel Registro delle notizie di reato “ (si veda anche Cass., sez. pen. I, 17 dicembre 2002, n. 2930). Nei Lavori Preparatori del vigente Codice di Rito Vassalli-Pisapia, il lemma “ procedimento “ è diverso dal lemma “ processo “, in tanto in quanto “ sussiste una netta scansione tra il << procedimento >>, che si articola nelle indagini preliminari, e il << processo >>, che nasce quando il pubblico ministero imbocca la strada della formulazione dell' accusa, rendendo ineludibile la pronuncia giurisdizionale “. Tuttavia, fa eccezione l' incipit dell' Art. 12 Cpp, ove il lemma “ procedimento “ è riferito a reati che determinano, o meno, la connessione tra procedimenti ex comma 1 Art. 270 Cpp. Taluni, in Dottrina, hanno proposto di interpretare la nozione di “ procedimento “, nel comma 1 Art. 270 Cpp, come “ il contenitore delle attività d' indagine “. Tuttavia, a parere di Cass., SS.UU., 28 novembre 2019, n. 51, “ la corretta interpretazione va ricercata [...] sul terreno dell' interpretazione sistematica e guardando alla ratio del divieto ed ai principi costituzionali di cui è espressione “. **A parere, comunque, di chi redige, il secondo orientamento, ben sintetizzato in Cass., sez. pen. VI, 4 ottobre 2012, è assai comodo ed automatico sotto il profilo empirico**, in tanto in quanto le uniche condizioni richieste sono i limiti di cui all' Art. 266 Cpp e la previsione dell' arresto in flagranza per il delitto in ordine al quale è disposta l' intercettazione ex capoverso ultimo comma 1 Art. 270 Cpp. Ciononostante, Cass., sez. pen. III, 8 aprile 2015, n. 33598 nega l' apparente semplicità del secondo orientamento, giacché “ la formale unità dei procedimenti [ex Art. 335 Cpp] sotto un unico numero di registro generale non può fungere da schermo per l' utilizzabilità indiscriminata delle intercettazioni, facendo convivere tra di loro procedimenti privi di un collegamento reale “. Senza dubbio, Cass., sez. pen. III, 8 aprile 2015, n. 33598 ha ragione nel richiamare alla necessità di una connessione sostanziale e più legalistica ex Artt. 12 e 371 Cpp, **ma chi scrive ribadisce la notevole praticità quotidiana di una connettibilità procedimentale fondata sull' Art. 335 Cpp**. Probabilmente, la natura quasi algebrica degli Artt. 12 e 371 Cpp massimizza, certo, le garanzie accusatorie a favore dell' indagato, ma appare incomprensibile il motivo profondo della preferenza di un meccanismo sostanziale anziché formale. Dopotutto, anche l' Art. 335 Cpp è nato per evitare potenziali lesioni ad un “ giusto processo “ che tenga conto anche del diritto alla difesa ex Art. 111 Cost. ed ex comma 2 Art. 24 Cost. . Siffatta prevalenza della sostanzialità sulla formalità è asserita pure da Cass., SS.UU., 28 novembre 2019, n. 51, ovvero sia “svincolata da qualsiasi legame sostanziale tra il reato per il quale il mezzo della ricerca della prova è stato autorizzato e l' ulteriore reato emerso dai risultati dell' intercettazione, la definizione della portata del divieto probatorio ex comma 1 Art. 270 Cpp viene, in buona sostanza, schiacciata sul contenitore delle attività d' indagine e, di conseguenza, viene delineata sulla base di fattori relativi alla sede procedimentale del tutto casuali e, dunque, forieri dei dubbi di legittimità costituzionale per violazione del principio di uguaglianza (sotto il profilo del trattamento uguale o diversificato di situazioni, rispettivamente, diverse o uguali) [...] o, comunque, dipendenti dalle opzioni investigative del pubblico ministero [spesso onnipotente, ndr]: opzioni, certo, legittime, ma che non possono svuotare di effettività l' autorizzazione del GIP e il divieto probatorio ad essa correlato“. Secondo chi commenta, Cass., SS.UU., 28 novembre 2019, n. 51, probabilmente, contesta il secondo orientamento e la ratio fondante dell' Art. 335 Cpp alla luce **del talvolta eccessivo potere del Magistrato requirente, che non rispetta l' intangibilità piena del diritto di difesa. Troppo sovente, le intercettazioni telefoniche e telematiche vengono ipostatizzate rispetto agli altri mezzi di prova**, ferma restando, comunque, la comodità pratica del criterio di connessione tra

procedimenti fondato sull' Art. 335 Cpp, nei limiti, come ovvio e doveroso, dell' Art. 266 Cpp. Quindi, in definitiva, a parere di Cass., SS.UU., 28 novembre 2019, n. 51, il secondo orientamento viola l' Art 15 Cost (“ La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili. La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell' autorità giudiziaria, con le garanzie stabilite dalla legge “). In effetti, anche Consulta n. 63/1994 ribadisce, in linea di principio, che “ fuori dalle ipotesi in cui, eccezionalmente e nei casi tassativamente indicati dalla legge, è consentita l' utilizzazione delle intercettazioni telefoniche [e telematiche] in procedimenti diversi [ex comma 1 Art. 270 Cpp] limitatamente all' accertamento di una categoria predeterminata di reati presuntivamente capaci di destare un particolare allarme sociale “. Anche Consulta n. 366/1991 asserisce che l' Art. 270 Cpp “ esige l' effettività ed il saldo ancoraggio alla fattispecie concreta dell' autorizzazione del GIP, che deve dar conto dei soggetti da sottoporre al controllo e dei fatti costituenti reato per i quali, in concreto, si procede “.

Conclusioni di Cass., SS.UU., 28 novembre 2019, n. 51.

Deve dunque essere enunciato il seguente principio ai Diritto: il divieto di cui all' Art. 270 Cpp di utilizzazione dei risultati di intercettazioni di conversazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali siano state autorizzate le intercettazioni - salvo che risultino indispensabili per l' accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l' arresto in flagranza - non opera con riferimento ai risultati relativi a reati che risultino connessi ex Art. 12 Cpp a quelli in relazione ai quali l' autorizzazione era stata ab origine disposta, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge

Volume consigliato

<https://www.diritto.it/perenne-problema-delle-intercettazioni-utilizzabili/>